Studies in Management and Economics,
Dissertation No. 63
International Graduate School of Management and Industrial Engineering,
Dissertation No. 82

ACTA IURIS LINCOPENSIS

Oskälighet och 36 § avtalslagen

Andreas Norlén

2004
Avdelningen för rätt och rättsfilosofi
Linköpings universitet

Oskälighet och 36 § avtalslagen

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f426a

"Det rätta är evigt, ej rotas där ut
från jorden dess trampade lilja,
erövrar det onda all världen till slut,
så kan du det rätta dock vilja."

Ur "Det eviga" av Esaias Tegnér.

© Andreas Norlén, 2004
andno@eki.liu.se

ISBN: 91-85295-04-3
ISSN: 0347-8920
ISSN: 1401-4637

UniTryck, Linköping

Distribueras av:
Linköpings universitet
Ekonomiska institutionen
Avdelningen för rätt och rättsfilosofi
581 83 Linköping
Telefon: 013-28 10 00
Telefax: 013-28 18 73

FÖRORD

Det finns två personer, utan vilkas entusiastiska stöd den här avhandlingen aldrig hade kommit till, och vilka jag därför nu är ett stort tack skyldig: min handledare, professor Ingrid Arnesdotter, och min mor, Gunilla Norlén.

Jag har svårt att tänka mig en handledare, som hade kunnat fullgöra sin uppgift med större engagemang, kreativitet och noggrannhet än Ingrid Arnesdotter. Hon har alltid varit tillgänglig för frågor och diskussion och har med sin kunnighet och ambition varit en klippa att luta sig mot, när det har behövts, en prövande granskare, när det har varit motiverat, och en brinnande kreatör, när det har krävts nytt bränsle. Tack, Ingrid!

Det är brukligt att tacka familjemedlemmar i slutet av sådana här förord, men i mitt fall har min mor definitivt förtjänat en framskjuten placering. Också hon har fyllt rollen som förtroendeingivande klippa att luta sig mot, när tiden inte riktigt har räckt till eller när det annars funnits behov av en hjälpande hand (vilket är inte alltför sällan). Dessutom var det hon som fick mig att inse att jag hade nått vägs ände med det avhandlingsämne, som jag först började arbeta med, och uppmuntrade mig att delvis byta inriktning. Tack, mamma!

Utöver dessa två är det naturligtvis en mängd människor som i större eller mindre utsträckning bidragit på olika sätt till denna avhandlings förverkligande. Jag vill tacka alla kollegor vid Avdelningen för rätt och rättsfilosofi vid Linköpings universitet, där jag alltid funnit vänskap och stimulans. Jag tackar i synnerhet forskarvännerna professor Hans Stenberg, docent Bo H Lindberg, universitetslektor Jan Kellgren, jur dr Anders Holm, universitetsadjunkt Johan Wessén och doktorand Joel Westerlund för många och kloka synpunkter vid tusen och en diskussion under årens lopp. Ett särskilt tack riktar jag till ämnesstudierektor Maria Boyce, som trollat med tjänstgöringsscheman och givit utrymme för en utdragen ”avhandlingsspurt”. En ros går också till ämnesadministratör Birgitta Schenell, avdelningens stöttepelare, som alltid har tid för ett ord av omtänksamhet och uppmuntran.

Ett varmt tack förtjänar även Johanna Romare, doktorand i etik vid Linköpings universitet, som har läst avhandlingens tredje kapitel och kommit med värdefulla råd och kloka påpekanden. Kapitlet behandlades vid ett seminarum under ledning av professor Göran Collste på Centrum för tillämpad etik vid Linköpings universitet, varför jag även tackar deltagarna i det seminariet för en intressant och givande diskussion. Vidare tackar jag varmt Rechtsreferendar Johannes Lerm, som svarat för översättningen av sammanfattningen till tyska språket, och professor Bert Lehrberg, som hade vänligheten att läsa ett tidigt utkast angående avhandlingens inriktning, och medverka vid ett seminarium angående detta.

Jag vänder mig också med uppskattning till kollegorna inom årgång 1998 av forskarskolan IMIE, International Graduate School of Management and

Industrial Engineering, samt IMIE:s övriga medarbetare. Vi hade, inte minst under de första doktorandåren, många intressanta diskussioner.

Personalen på Humanistiska biblioteket, i synnerhet bibliotekarie Anna Bladh, tackar jag för vänligt tillmötesgående.

Motala den 2 augusti 2004

Andreas Norlén

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

KAPITEL 1: INLEDNING
1.1 Problembakgrund 11
1.1.1 Fyra utgångspunkter 11
1.1.2 Den första utgångspunkten – innebörden av oskälighetsrekvisitet behöver preciseras 12
1.1.3 Den andra utgångspunkten – kopplingen mellan etik och juridik 14
1.1.4 Den tredje utgångspunkten – paragrafens kontext 15
1.1.5 Den fjärde utgångspunkten – det europeiska integrationsarbetet 17

1.2 Syfte 20
1.3 Utländsk doktrin – användbarhet och urvalskriterier 22
1.4 Avgränsningar 24
1.5 Disposition 24

KAPITEL 2: 36 § AVTALSLAGEN – EN INTRODUKTION
2.1 Inledning 26
2.2 Litteratur m m 26
2.3 Paragrafens karaktäristika 27
2.3.1 Inledning 27
2.3.2 Avtalsvillkor – inte avtal 29
2.3.3 Jämkning – inte enbart ogiltighet 29
2.3.4 Oskäligt – inte otillbörligt 30
2.3.5 Oskäligt – inte otillbörlig tillämpning 31
2.3.6 Avtalets innehåll 32
2.3.7 Omständigheterna vid avtalets tillkomst 33
2.3.8 Senare inträffade förhållanden 34
2.3.9 Omständigheterna i övrigt 35
2.3.10 Underlägsen ställning 38
2.3.11 EU-direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal 38

KAPITEL 3: ATT RÄTTFÄRDIGA JURIDISKA STÄLLNINGSTAGANDEN
3.1 Inledning 40
3.2 Värdeteoretiska begrepp 42
3.3 Rättspositivismens och rättsrealismens tillkortakommanden
3.3.1 Inledning 47
3.3.2 Exkurs: skillnaden mellan rättspositivism och rättsrealism 50
3.3.3 Emotivismens svagheter 52
3.3.4 Värdenihilismens och värdeskepticismens svagheter 54
3.3.5 Värderingsfrihetens svårigheter 58
3.3.6 Positivismen och demokratin 65
3.3.7 Positivismen och rättssäkerheten 66

3.4 En vetenskaplig, värdebaserad diskussion 67
3.4.1 Inledning 67
3.4.2 Värdeteoretiska utgångspunkter 68
3.4.3 Kravet på vetenskaplighet 70
3.4.4 Diskursteori och avvägningar 72
3.4.5 Topik 77
3.4.6 Om begreppen objektiv, subjektiv och skönsmässig 78
3.4.7 Hur går den slutgiltiga avvägningen till? 80
3.4.8 Är detta en avhandling de lege lata eller de lege ferenda? 86
3.5 Tillåtna argument i diskussionen om 36 § avtalslagen 88
3.5.1 Inledning 88
3.5.2 Oskälighetsbegreppet – en språklig analys 92
3.5.3 Varför tillkom 36 § avtalslagen? – en ändamålsanalys baserad på förarbetena 97
3.5.4 Inledande om etik 100
3.5.5 Konsekvensetik 101
3.5.5.1 Inledning 101
3.5.5.2 Utilitarismen 102
3.5.5.3 Rättsvetenskap o ekonomisk effektivitet 109
3.5.5.4 Ekonomiska resonemang och 36 § avtalslagen 113
3.5.6 Deontologisk etik 118
3.5.6.1 Inledning 118
3.5.6.2 Pliktetik 119
3.5.6.3 Dygdeetik 123
3.5.6.4 Dygdeetik och avtalsrelationen 133
3.5.6.5 Avtalsrelationensdygder 139
3.5.6.6 Dygder och principer 153

KAPITEL 4: AVTALSRÄTTENS DYGDER OCH PRINCIPER
4.1 Vilka principer hör ihop med dygderna? 159
4.2 Förutsebarhetsprincipen, likhetsprincipen och andra principer bakom rättstillämpningen i allmänhet 162
4.2.1 Inledning 162
4.2.2 Lojalitet 164
4.2.3 Regelnärhet 165
4.2.4 Förutsebarhet 167
4.2.5 Likabehandling 170
4.2.6 Materiell lämplighet 171
4.3 Viljeprincipen 173
4.3.1 Inledning 173
4.3.2 Viljeprincipens befriande sida 175
4.3.2.1 Allmänt om viljeprincipens befriande sida 175
4.3.2.2 Den fria viljan 177
4.3.2.3 Den fullt ut informerade viljan 180

4.3.2.4 Den mogna och friska viljan 182
4.3.3 Viljeprincipens bindande sida 183
4.3.4 Argument angående viljeprincipen 184
4.3.5 Viljeprincipen och avtalsrelationens dygder 191
4.4 Tillitsprincipen 194
4.4.1 Allmänt om tillit och tillitsprincipen 194
4.4.2 Argument angående tillitsprincipen 196
4.4.3 Tillitsprincipen och avtalsrelationens dygder 209
4.5 Vigilansprincipen och caveat emptor-principen 212
4.5.1 Relationen mellan vigilansprincipen och caveat emptor-principen 212
4.5.2 Mer om vigilansprincipen och argument angående den 213
4.5.3 Vigilansprincipen och avtalsrelationens dygder 217
4.6 Ekvivalensprincipen 219
4.6.1 Allmänt om ekvivalensprincipen 219
4.6.2 Argument angående ekvivalensprincipen 225
4.6.3 Ekvivalensprincipen och avtalsrelationens dygder 229
4.7 Principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder 230
4.7.1 Allmänt om principen 230
4.7.2 Argument angående principen 233
4.7.3 Principen och avtalsrelationens dygder 238
4.8 Lojalitetsprincipen 239
4.8.1 Allmänt om lojalitetsprincipen 239
4.8.2 Argument angående lojalitetsprincipen 240
4.8.3 Lojalitetsprincipen och avtalsrelationens dygder 244

KAPITEL 5: AVTALSRELATIONENS DYGDER OCH PRINCIPER I FÖRARBETEN, PRAXIS OCH DOKTRIN ANGÅENDE 36 § AVTALSLAGEN
5.1 Inledning 246
5.2 Viljeprincipen 248
5.3 Tillitsprincipen 251
5.4 Vigilansprincipen 252
5.5 Ekvivalensprincipen 255
5.6 Principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder 256
5.7 Lojalitetsprincipen 261

KAPITEL 6: TILLÄMPNINGEN AV 36 § AVTALSLAGEN
6.1 Inledning 266
6.2 Att hantera omständigheter 268
6.2.1 Omständighetslistor 268
6.2.1.1 Aristoteles och Rescher 268
6.2.1.2 En induktiv komplettering? 273
6.2.2 De enskilda omständigheternas innebörd och och rättsliga relevans 275
6.2.2.1 Inledning 275

6.2.2.2 Vem gjorde det? 275
6.2.2.3 Vad gjorde han? 290
6.2.2.4 Hur gjorde han det? 294
6.2.2.5 I vilket sammanhang gjorde han det? 295
6.2.2.6 Varför gjorde han det? 297
6.3 Tillämpningen av 36 § avtalslagen – falldiskussioner med utvikningar 301
6.3.1 Inledning 301
6.3.2 Fallet med den oinformerade tobakshandlaren 301
6.3.2.1 Fallet 301
6.3.2.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter 302
6.3.2.2.1 Inledning 302
6.3.2.2.2 36 § avtalslagen och förutsättningsläran 305
6.3.2.2.3 Närmare om upplysningspliktens omfattning 317
6.3.2.2.3 Vad-frågan med inslag av vem-frågan, när-frågan och hur-frågan 323
6.3.2.2.4 Varför-frågan – syftet 337
6.3.2.2.5 Något ytterligare om hur-frågan 340
6.3.2.2.6 Avvägningen 341
6.3.2.3 Sammanfattning 343
6.3.3 Fallet med den prisvärda skärgårdstomten 347
6.3.3.1 Fallet 347
6.3.3.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter 348
6.3.3.2.1 Inledning 348
6.3.3.2.2 Ekvivalensfrågan 350
6.3.3.2.3 Motivfrågan 357
6.3.3.2.4 Avvägningen 363
6.3.3.3 Sammanfattning 367
6.3.4 Fallet med det tvingade rederiet 370
6.3.4.1 Fallet 370
6.3.4.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter 370
6.3.4.2.1 Inledning 370
6.3.4.2.2 Den fria viljan och för avtalsrelationen irrelevanta påtryckningar 373
6.3.4.2.3 Den fria viljan och påtryckningar med anknytning till avtalsrelationen – samt avvägningarna i fallet med det tvingade rederiet 383

6.3.4.3 Sammanfattning 390
6.3.5 Fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet 393
6.3.5.1 Fallet 393
6.3.5.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter 395
6.3.5.2.1 Inledning 395
6.3.5.2.2 Senare inträffade förhållanden och bristande förutsättningar 397
6.3.5.2.3 Balansfrågan vid jämkning med hänvisning till senare inträffade förhållanden 399
6.3.5.2.4 När är senare? Skillnaden mellan lite senare och mycket senare 414
6.3.5.2.5 Parternas förmåga att bedöma framtiden 416
6.3.5.2.6 Avvägningen i fallet 420
6.3.5.3 Sammanfattning 422

KAPITEL 7: SLUTORD 427

ZUSAMMENFASSUNG 432

KÄLLOR M M 437
Offentligt tryck 437
Rättsfall 437
Webbplatser 439
Litteratur 439

VISSA FÖRKORTNINGAR 445

INLEDNING

1.1 Problembakgrund

1.1.1 Fyra utgångspunkter

I tredje kapitlet Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område[1] regleras som bekant olika situationer, när avtal eller – i några fall – avtalsklausuler kan förklaras vara ogiltiga. Den paragraf som har vidast tillämpningsområde, 36 §, ger även möjligheten att jämka ett avtalsvillkor som alternativ till att ogiltigförklara villkoret eller hela avtalet.[2] Kärnstadgandet i 36 § AvtL innebär att avtalsvillkor *"får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt*".

Föreliggande avhandling har, som dess titel anger, till syfte att behandla oskälighetsbegreppet och 36 § avtalslagen. Ämnesvalet och avhandlingsarbetets inriktning bygger på några utgångspunkter, vilkas innehåll utvecklas i följande delavsnitt.

• **Innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen är delvis oklar och behöver preciseras.** Det finns i förarbeten och praxis ett antal exempel på när paragrafen kan tillämpas, varför det i vissa situationer är tämligen uppenbart att oskälighet i paragrafens mening föreligger. För att man skall kunna säga något om även andra situationer, behövs sannolikt en fördjupad diskussion, om *såväl* vilka – delvis motstridiga – värdeståndpunkter oskälighetsbegreppet vilar på *som* vilka omständigheter som skall tillmätas vikt vid bestämmandet av om oskälighet föreligger *och* hur dessa värdeståndpunkter, givet olika omständigheter, bör avvägas mot varandra, när man skall avgöra enskilda fall. Man måste bli mer abstrakt, för att kunna vara konkret i fler fall, skulle man kunna säga.
• **Det finns en tydlig koppling mellan etik och rättstillämpning.** När man gör en avvägning mellan olika tänkbara argument i samband med bestämmandet av innebörden i oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen – i synnerhet på ett område som inte behandlas i förarbetena eller i HD:s praxis – är resultatet av avvägningen inte självklart, och därmed inte heller enkelt (eller kanske inte ens möjligt) att motivera enbart med stöd av de traditionella rättskällorna, utan man gör ett normativt, etiskt ställningstagande och bör kunna anföra argument från den normativa etiken, för att rättfärdiga sitt ställningstagande. Därmed är det

[1] I det följande benämns lagen på vedertaget sätt avtalslagen eller AvtL.
[2] När jag i det följande använder uttrycket "avtals ogiltighet" eller liknande, inkluderar jag därmed också avtalsvillkors ogiltighet samt jämkning av avtalsvillkor med stöd av 36 § AvtL, så länge inte motsatsen uttryckligen anges.

intressant att bestämma innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen med normativ etik som en kompletterande rättskälla.

• **36 § avtalslagen tillkom under första hälften av 1970-talet närmast som ett slags pendang till en bestämmelse i lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden**[3], men det problemområde paragrafen avser att reglera – ytterst balansen mellan avtalsbundenhet och möjligheten att komma ifrån avtalsförpliktelser – knyter an till en månghundraårig, pågående, bred diskussion inom rättsvetenskapen i hela västvärlden. Således är det intressant att vidga referensramen och sätta in oskälighetsbegreppet och 36 § avtalslagen i ett etiskt och juridiskt sammanhang som går utöver svensk konsumentpolitik.

• **Sverige är en del av den Europeiska unionen, vars strävanden mot utökad integration även gör sig påminda på det rättsliga området**, till exempel i form av arbetet med vad som skulle kunna bli en europeisk civilrättskodifikation. Det förefaller bland annat därför intressant att analysera oskälighetsbegreppet och 36 § avtalslagen med beaktande av både avtalsrättslig doktrin från andra europeiska länder och ett av de mest kända resultaten av enhetssträvandena så här långt, Principles of European Contract Law (PECL).

1.1.2 Den första utgångspunkten – innebörden av oskälighetsrekvisitet behöver preciseras

Nyckelrekvisitet i 36 § avtalslagen – ”oskäligt” – uppfattas som ett oprecist begrepp, vilket har gjort att många funnit paragrafen *”gåtfull och svårfångad till sin natur. /…/ Den förefaller kunna tillämpas på allt eller intet”*.[4] Hov har, apropå den norska motsvarigheten till den svenska generalklausulen, sagt att bestämmelsen *”fått en så rund og ullen form att den kan bety alt og ingenting”*[5]. André hävdar att *”36 § avtalslagen är en mycket lösligt konstruerad generalklausul”* samt slår fast: *”36 § saknar helt enkelt rekvisit”*[6]. I samma starkt kritiska anda menar Karnell att domstolarna inte får vägledning i vare sig lagtext eller förarbeten vid sin bedömning av vad som är oskäligt. Inte heller doktrinen ger någon verklig ledning, eftersom den får sin näring från praxis, vilken är sparsam. Han frågar sig därför om vi avlägsnar oss från rättstillämpning och i stället närmar oss ”*skönstillämpning*”[7].

---

[3] Jfr t ex prop 1975/76:81, s 101 ff och Håstad, Torgny, 36 § avtalslagen i praktiken i Konsumenträtt & ekonomi nr 2/85, s 13. Den sistnämnde skriver: *”Viss osäkerhet rådde emellertid om i vad mån marknadsdomstolens bedömningar enligt avtalsvillkorslagen kunde slå igenom i de allmänna domstolarnas prövning av klausuler i träffade avtal… Bl a för att komma till rätta med dessa brister infördes den nya 36 § avtalslagen år 1976…”*.

[4] von Post, Claes-Robert, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, Stockholm 1999, s 23.

[5] Hov, Jo, Avtalerett, 1 uppl, Oslo 1980, s 123. I senare upplagor har dock författaren förklarat sig ha insett att generalklausulen kommit för att stanna.

[6] André, Mathias, Strukturer i 36 § avtalslagen, SvJT 1986, 526 f.

[7] Karnell, Gunnar, Avtalsparter mellan rätt och skönstillämpning, Om våra rättigheter II, antologi utgiven av Rättsfonden 1983, s 63 ff.

Lehrberg framhåller: *”i sig själv är … oskälighetsnormen tämligen intetsägande”*. Han fortsätter: *”Oskälighetsnormen är med andra ord allmän och opreciserad, vilket från teoretisk synpunkt kan te sig betänkligt men i praktiken torde vara ofrånkomligt, då den har till funktion att ’lägga ny mark under plogen’. Domstolarna har med andra ord själva att bestämma vilka normer som skall vara avgörande vid oskälighetsprövningen”*. Han konstaterar också att oskälighetsnormen i viss utsträckning har *”preciserats genom uttalanden i generalklausulens förarbeten samt i rättspraxis”*.[8] Vad beträffar förekomsten av rättspraxis, säger dock von Post: *”Utredningens förhoppning om vägledande praxis kan knappast sägas ha uppfyllts. De rättsfall som innefattar principiellt hållna bedömningar är få”*[9].

Ovanstående korta redogörelse visar att det genom åren har förekommit viss kritik mot 36 § AvtL som företeelse[10], men också att paragrafens närmare tillämpningsområde är i behov av ytterligare precisering. Behovet av precisering torde vara påtagligt för många av dem som har att hantera avtalsrättsliga frågor, och då åsyftas inte i första hand domare, utan snarare advokater, företagsjurister och andra som arbetar med avtalsförhandlingar och avtalsskrivande. Vid samtal – förda helt ad hoc – med advokater har jag fått intrycket att verkan av 36 § AvtL uppfattas som en osäkerhetsfaktor, vilken måste beaktas så att inte en uppgörelse riskerar att omkullkastas, för den händelse motparten vid efterföljande oenighet mellan parterna skulle bestämma sig för att driva fram en domstolsprövning.[11] Att beakta paragrafen uppfattas dock stundtals som svårt, eftersom principerna för dess tillämpning endast delvis är tydliggjorda.

När det gäller förekomsten av vägledande rättspraxis, bör man påminna om att det redan i propositionen påpekas att domstolarnas möjligheter att ge sina avgöranden en principiell karaktär är begränsade.[12] Dels får domstolarna inte till grund för domslutet lägga andra omständigheter än sådana som part åberopat till stöd för sin talan, dels är många ”*typer av avtalsvillkor … sådana att bedömningen av deras skälighet utfaller olika, beroende på omständigheterna i det särskilda fallet”*.[13] Frågan är dock vad som menas med ”principiell”. I propositionen (och även i generalklausulutredningen och von Posts verk) förefaller ”principiell” närmast likställas med ”abstrakt” eller ”avskalad alla individuella omständigheter” och då kan domstolarna få svårt att leva upp till

---

[8] Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s 159.
[9] von Post, a a, s 107. Jag har efter egen genomgång konstaterat att han i sin avhandling gör en uttömmande genomgång av samtliga vid avhandlingens färdigställande existerande NJA-fall som rör generalklausulen. Han behandlar även ett betydande antal RH-fall med anknytning till samma lagrum, samt avgöranden från Danmark, Norge och Finland beträffande dessa länders respektive motsvarighet till 36 § AvtL. Se a a, s 309 ff.
[10] Det är dock värt att notera att en del av de kritiska synpunkterna framfördes relativt kort tid efter generalklausulens ikraftträdande, innan någon mer omfattande praxis hade hunnit växa fram.
[11] Jfr Ramberg, Jan, Avtalsskrivaren och 36 § avtalslagen, i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 509: *”…det är … naturligt att den ’vidöppna’ möjligheten att jämka oskäliga avtalsvillkor enligt 36 § avtalslagen emellanåt förskräcker avtalsskrivaren”*.
[12] Prop 1975/76:81, s 111.
[13] Prop 1975/76:81, s 111.

önskemålen, med tanke på att paragrafen föreskriver att en helhetsbedömning skall göras. Det torde dock också vara möjligt att hävda att en ”principiell” bedömning skall vara en bedömning som vilar på principer och då finns det ingen motsättning mellan kravet på principiellt inriktade domslut och beaktande av många olika omständigheter.

En princip är, enligt Peczenik, en norm som uppställer ett ideal (vilket senare kommer att utvecklas).[14] En princip ger prima facie-skäl att företaga eller underlåta en viss handling, men det slutgiltiga ställningstagandet till om handlingen är god eller ond beror på en avvägning mellan olika kolliderande principer. Hur den avvägningen utfaller, beror på omständigheterna i det enskilda fallet, som alltså är oundgängliga för att man skall komma fram till ett välövervägt ställningstagande. Man kan hävda, även om det inte är oomstritt[15], att rättsordningen vilar på ett antal dygder och principer och att de regler rättsordningen innehåller kan ses som konkretiseringar av dessa dygder och principer. Mot den bakgrunden skulle man kunna hävda att det en domstol gör, när den tillämpar 36 § avtalslagen, är att den uppställer en handlingsregel (efter att handlingen redan är utförd) för ett visst, enskilt fall (”det här avtalsvillkoret borde du inte ha påtvingat din motpart”) och att domstolen därvid konkretiserar någon eller några av de dygder och principer som det avtalsrättsliga systemet vilar på.

För att kunna bestämma innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen och därmed kunna tillämpa sagda lagrum, finns det därför goda skäl att söka identifiera ett antal dygder och principer, som kan sägas ligga till grund för avtalsrätten, och diskutera hur dessa dygder och principer skulle kunna påverka bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Samtidigt bör också belysas vilka slags omständigheter som är relevanta att beakta, när dygderna och principerna skall avvägas mot varandra i enskilda fall.

1.1.3 Den andra utgångspunkten – kopplingen mellan etik och juridik

Begreppet ”etik” kommer av det grekiska ordet ”ethos”, vilket betyder ”sed, sedvänja”. Samma etymologiska betydelse har det latinska ordet ”moralis”, som givit oss begreppet ”moral”.[16] Modern moralfilosofi använder moralbegreppet för att beteckna praktiken – handlingar och ställningstaganden – medan etik står för teorin, det vill säga reflektionen över det moraliska handlandet och de moraliska ställningstagandena.[17] Sokrates sade att ämnet etik inte sysslar med

[14] Se delavsnitt 2.5.7.
[15] Se t ex Holm, Anders, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, Linköping 2004, bl a s 183 ff.
[16] Collste, Göran, Inledning till etiken, Lund 1996, s 12.
[17] Collste, a a, s 13.

”någon liten fråga, utan hur vi bör leva”.[18] Vad är rätt och vad är orätt, gott och ont?[19]

Enligt Svenska Akademiens ordbok har ordet oskälig flera betydelser; det talas bland annat om ”oskäliga djur”. Den betydelse som är relevant i förevarande sammanhang är denna: *”som icke överensstämmer med en sund och naturlig uppfattning om vad som är rätt och billigt, icke skälig; särskilt (i synnerhet om krav, pris, vinst, straff och dylikt): som går för långt eller är alltför högt tilltagen”*.[20] Det som är oskäligt är således orätt. Alltså är det en etisk fråga vad som är skäligt och vad som är oskäligt.

Enligt det rättspositivistiska paradigmet är det emellertid – starkt förenklat och lite vårdslöst uttryckt– lagstiftaren som står för de etiska bedömningarna, som avgör vad som är rätt och orätt, medan rättsväsendet skall verkställa lagstiftarens befallningar. Man kan diskutera sanningshalten i detta generellt (och så sker också i viss utsträckning i kapitel tre), men man kan i vart fall konstatera att det inte stämmer särskilt väl överens med utformningen av 36 § avtalslagen (eller andra generalklausuler). Innebörden av att en generalklausul införs är väl just att lagstiftaren överlåter åt domstolarna att avgöra vad som är rätt och orätt i mycket större utsträckning än vad som blir fallet, när en paragraf med mer preciserat innehåll införs. Vad beträffar tillämpningen av 36 § avtalslagen ges vägledning i förarbetena, men trots att dessa fått uppskattande omdömen[21] är det ändå *”…domstolarna och i sista hand Högsta domstolen, som får ge §:n innehåll”*[22].

Därav följer att det blir svårt att komma ifrån att domstolarna måste göra etiska avvägningar, för att kunna närmare utforma tillämpningen av 36 § avtalslagen, och därmed blir det också legitimt att i det sammanhanget inte enbart beakta argument hämtade ur de traditionella rättskällorna, utan även argument ur den normativa etiken. Detta utvecklas i kapitel tre.

1.1.4 Den tredje utgångspunkten – paragrafens kontext

När den marknadsrättsliga lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden tillkom, innebar den en möjlighet för marknadsdomstolen att förbjuda användningen av ”otillbörliga” avtalsvillkor, vilket 1974 ändrades till ”oskäliga” avtalsvillkor. Så småningom ansågs det föreligga ett behov av även utökade civilrättsliga möjligheter att i vissa fall inskrida mot avtalsvillkor och det som sedermera kom att kallas Generalklausulutredningen tillsattes. Utredningen föreslog i sitt betänkande (SOU 1974:83) att en ny generalklausul skulle införas i

---

[18] Rachels, James, The Elements of Moral Philosophy, 2 uppl, Singapore 1995, s xi. Översättning från engelskan av författaren.
[19] Collste, a a, s 27 f.
[20] Svenska Akademiens ordbok, studerad på Internet www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad avseende detta ord 2004-07-08. Förkortade ord har skrivits ut i deras helhet.
[21] Se t ex Peczenik i Vad är rätt?, s 370: *”Det finns däremot klara riktlinjer i förarbetena… Tack vare dessa kunde domstolarna utan problem skapa ett antal prejudikat…”*.
[22] Håstad, 36 § avtalslagen i praktiken, s 13.

avtalslagens tredje kapitel, vilket också blev regeringens förslag (prop 1975/76:81) och riksdagens beslut. I både utredningen och propositionen framhålls de konsumentpolitiska motiven bakom den nya generalklausulen (även om det samtidigt betonas att paragrafens tillämpning inte är begränsad till konsumentförhållanden).[23]

Om man fokuserar på generalklausulens tillkomsthistoria i snäv mening, framstår paragrafen tydligt som ett led i 1970-talets omfattande reformarbete på konsumenträttens område. När paragrafen tillkom, uppfattades den som i viss utsträckning nyskapande. I propositionen sägs att *"…domstolarna skall få ökade möjligheter att jämka eller åsidosätta oskäliga villkor i avtal och andra rättshandlingar"*.[24] Lehrberg noterar att syftet med lagrummet var att *"…lägga ny mark under plogen"*.[25]

Generalklausulutredningen betonar dock att det råder *"…allmän enighet om att generalklausulen i 8 § skuldebrevslagen ger uttryck för en allmän obligationsrättslig grundsats…"*[26]. 8 § skuldebrevslagen kan betecknas som nuvarande 36 § avtalslagens närmaste föregångare och hade följande lydelse: *"Skulle tillämpning av villkor som upptagits i skuldebrev uppenbarligen vara stridande mot gott affärsskick eller eljest otillbörlig, må villkoret jämkas eller lämnas utan avseende"*. Paragrafen upphävdes i och med att nuvarande 36 § avtalslagen trädde i kraft. Det var således en "allmän obligationsrättslig grundsats" att avtalsvillkor, vars tillämpning var uppenbart otillbörlig, kunde jämkas eller ogiltigförklaras. Senare i avhandlingen diskuteras skillnaden mellan 36 § avtalslagen och bland annat 8 § skuldebrevslagen närmare, men man kan konstatera att det finns tämligen stora likheter mellan lagrummen, låt vara att 8 § skuldebrevslagen, genom rekvisitet "uppenbarligen", hade ett snävare tillämpningsområde än sin efterföljare.[27]

Redan mot bakgrund av det nu sagda förefaller det som om det är mer korrekt att beskriva generalklausulen i 36 § avtalslagen som ett led i en kontinuerlig rättsutveckling, än som en dramatisk nymodighet. Vidgar man det historiska perspektivet ytterligare, skall man finna att det redan i den romerska rätten fördes omfattande diskussioner beträffande under vilka omständigheter avtal inte skulle vara bindande. Den romerska rätten öppnade möjligheter för avtalsparter att komma ifrån sina åtaganden med hänvisning till olika omständigheter, bland annat avtalets innehåll (kraftig obalans mellan parternas prestationer) och

---

[23] Se t ex prop 1975/76:81, s 103 ff.
[24] Prop 1975/76:81, s 1.
[25] Lehrberg, Bert, Förutsättningsläran, s 159.
[26] SOU 1974:83, s 50.
[27] Hur snävt tillämpningsområdet för 8 § SkbrL egentligen var kan dock diskuteras. I prop 1975/76:81, s 20, noteras att departementschefen i skadeståndslagspropositionen från 1972 (1972:5) apropå sagda lagrum framhöll (s 240) *"…att denna bestämmelse och dess motiv gav utrymme för en tillämpning som var mindre återhållsam än den som hade kommit till uttryck i rättspraxis"*. Språkligt sett var 8 § SkbrL onekligen snävare utformad än nuvarande 36 § AvtL, men det finns således stöd för att hävda att praxis gjorde tillämpningsområdet för 8 § SkbrL än snävare.

omständigheter vid avtalets tillkomst (tvång, svek m m). Dessa diskussioner har sedan förts vidare genom århundradena.[28] Som exempel kan nämnas att svenska domstolar under 1600-talet tillämpade den romerska laesio enormis-regeln, en slags tidig motsvarighet till 36 § avtalslagen.[29] Det är således fullt möjligt att se 36 § avtalslagen som det senaste steget i den svenska delen av en lång, internationell rättsutveckling.

Om man vidgar avhandlingens referensram till att i någon utsträckning också inkludera delar av denna historiska och internationella utveckling – som bör anses tillhöra paragrafens kontext (om än kontext i vid mening) – erbjuds en möjlighet till en utveckling av den svenska diskussionen om hur man skall avväga vikten av att avtal hålls mot vikten av att avtal är skäliga och tillkommer under rättvisa förhållanden – vilket som sagt är vad 36 § avtalslagen ytterst handlar om.

1.1.5 Den fjärde utgångspunkten – det europeiska integrationsarbetet

Det finns ett antal av EU antagna rättsakter som berör avtalsrättens område.[30] Många av rättsakterna berör speciell avtalsrätt eller till avtalsrätten anknytande frågor, som inte behandlas i föreliggande avhandling, varför för denna avhandlings vidkommande framför allt EU-direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden (93/13/EEG) torde vara av intresse. Det implementerades i svensk rätt genom stiftandet av en ny lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, till vilken en samtidigt tillkommen hänvisning i 36 § AvtL refererar.[31]

Sedan ett antal år tillbaka pågår emellertid, utöver det konkreta lagstiftningsarbetet på avtalsrättens område, ett omfattande arbete inom EU, vilket syftar till att närma de europeiska ländernas civilrättsliga system till varandra. Redan 1989 antog Europaparlamentet ett uttalande, i vilket något slags europeisk civillag efterlystes.[32] Också inom kommissionen har dessa tankar vunnit gehör och vid ett EU-toppmöte 2001 uttalade sig Europeiska rådet för att

---

[28] Till exempel belyses rättsutvecklingen från 1700-talet och framåt när det gäller balansen mellan avtalsbundenhet och möjligheten att undgå avtalsförpliktelser för engelsk rätts vidkommande utförligt och grundligt av Atiyah, P S, i The Rise and Fall of Freedom of Contract", Oxford 1985. Beträffande svenska förhållanden kan nämnas Jägerskiöld, Stig, Handelsbalkens utländska källor, Lund 1967.

[29] Jägerskiöld, a a, s 23 ff. Se även delavsnitt 4.6.1 i denna avhandling.

[30] Se för en utförlig genomgång av "acquis communautaire" på EU-avtalsrättens, i synnerhet EU-köprättens, område Remy-Corlay, Pauline, The Law of Sales: Acquis and Improved Acquis in European Contract Law, ERA-Forum 2/2003, s 39 ff. Jfr även Berntiz, En europeisk civillag? Aktuell utveckling och svensk hållning [cit Bernitz, En europeisk civillag?], JT 2003-2004 nr 3, s 506 (artikeln finns på s 503-521).

[31] Se prop 1994/95:17 Oskäliga avtalsvillkor m m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Jfr även Remy-Corlay, a a, s 48 f.

[32] Se angående denna bakgrundsskildring Bernitz, Ulf, En europeisk civillag?, s 503. Se ang rättsharmonisering allmänt Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, 2 uppl, Stockholm 2003, s 30 f.

behovet av ökad harmonisering av civilrätten skulle undersökas. Detta resulterade i att kommissionen senare samma år presenterade ett Meddelande om europeisk avtalsrätt, som innehöll fyra alternativa handlingsvägar, av vilka en innebar tillskapandet av en civillag på EU-nivå.[33] Dokumentet remissbehandlades och arbetet fortskred.

I februari 2003 antog EU-kommissionen ”En mer samordnad europeisk avtalsrätt – en handlingsplan”.[34] Handlingsplanen hörde till diskussionsämnena vid en konferens om europeisk avtalsrätt i Trier i april 2003.[35] Ett av de viktigaste förslagen i handlingsplanen är att en gemensam referensram beträffande avtalsrätt skall utarbetas. Förslaget har flera syften, bland annat att referensramen skall vara ett verktyg för att utveckla gemenskapsrätten på avtalsrättens område och en hjälp vid ny avtalsrättslig lagstiftning på europeisk nivå, att den skall kunna ligga till grund för ett ”optional instrument” [36] gällande europeisk avtalsrätt, att den skall hjälpa medlemsländerna vid implementering av EU:s rättsakter och vid anpassning av nationell rätt till EU-rätten på områden som gränsar till av EU reglerade områden samt att den skall hjälpa praktiskt verksamma jurister att tolka såväl EU-rätt som nationell rätt som bygger på EU:s rättsakter.[37] Arbetet med referensramen pågår och bedrivs i ett antal arbetsgrupper.

Det ”optional instrument” som omnämns är ett tänkt avtalsrättsligt regelverk, men dess exakta tillämpningsområde, om det blir verklighet, är inte fastställt. Det mest närliggande alternativet synes vara att det skall kunna användas av avtalsparter som regelverk för deras avtal, i stället för det ena eller det andra nationella regelverket. På så vis skulle parterna få en möjlighet att välja bort nationell lagstiftning (en ”opt out-möjlighet”).[38] Detta upplägg är mindre ambitiöst än tanken på en gemensam europeisk civillag, men skulle inte desto mindre kunna bli ett betydelsefullt steg mot ökad rättslikhet i Europa på avtalsrättens område.

Parallellt med det beskrivna arbetet inom EU:s institutioner har ett omfattande akademiskt arbete bedrivits. Främst bör framhållas det arbete som genomförts

---

[33] Alternativen var följande: 1. Inga åtgärder vidtas på EU-nivå. 2. EU främjar framtagandet av gemensamma avtalsrättsliga principer och riktlinjer, som kan påverka medlemsstaternas rättsutveckling, men inte är bindande. 3. Kvaliteten på befintlig gemenskapsrättslig lagstiftning inom avtalsrättens område förbättras. 4. Heltäckande EU-lagstiftning införs i form av en europeisk civillag. (Se Bernitz, En europeisk civillag?, s 508.)

[34] Se Bernitz, En europeisk civillag?, s 504. Se även Fuchs, Angelika, A Common Frame of Reference – How should it be filled? i ERA-Forum nr 2/2003, utgiven av Association for the Promotion of the Academy of European Law in Trier, s 99 ff.

[35] Fuchs, a a, s 100.

[36] Begreppet skulle kanske kunna översättas med ”alternativt regelverk”. ”Instrument” är uppenbarligen inte en ordagrann motsvarighet till ”regelverk”, men med tanke på vad detta ”optional instrument” skall användas till, är översättningen tänkbar.

[37] Schulte-Nölke, Hans, The Commission’s Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group i ERA-Forum nr 2/2003, s 143. Se även Bernitz, En europeisk civillag?, s 510.

[38] Se Bernitz, En europeisk civillag?, s 504 och 511.

inom ramen för den delvis EU-finansierade Commission on European Contract Law, den så kallade Landokommissionen. Dess insatser har resulterat i Principles of European Contract Law (PECL), del I, II och III[39], som innehåller ett stort antal obligationsrättsliga regler och principer, vilka, enligt upphovsmännens uppfattning, bygger på värdeståndpunkter som i stor utsträckning är gemensamma för de olika europeiska rättsordningarna. Detta arbete uppmärksammas i kommissionens dokument från år 2001 och kommer, såvitt kan förstås, att ligga till grund för de fortsatta strävandena mot ökad europeisk rättslikhet inom avtalsrätten.[40]

Utgångspunkten för detta akademiska arbete har således varit de skilda nationella rättsordningarna och de värden och principer dessa vilar på. Därifrån har arbetet inriktats på att finna vad som bäst kan beskrivas som ett antal ”minsta gemensamma nämnare” både när det gäller principer och mer konkreta lösningar, närmast på regelnivån.

Mot bakgrund av dessa enhetssträvanden kan man hävda att det vore lämpligt att den svenska diskussionen om balansen mellan avtalsbundenhet och avtals skälighet anknöts till den alleuropeiska debatten om dessa frågor. I den svenska diskussionen bör de på europeisk nivå föreslagna lösningarna beaktas, inte minst med tanke på att Sverige i hög grad är en handelsnation, som har livliga affärsförbindelser med övriga EU-länder och att det underlättar den internationella handeln om de nationella rättsordningarna strävar mot ökad enhet.[41] För denna avhandlings vidkommande kan det framför allt bli aktuellt att beakta de stadganden i PECL, som har anknytning till diskussionen om avvägningen mellan avtalsbundenhet och avtals skälighet (bl a artiklarna 4:102 – 4:110).[42]

---

[39] PECL del I och II recenseras av Jon Kihlman i Juridisk Tidskrift 2000-2001, nr 1, s 194-205.
[40] Se von Bar, Christian, The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code i ERA-Forum nr 2/2003, s 100 f. (Denna ”Study Group” bygger vidare på Landokommissionens arbete. Gruppen nämns av Bernitz i En europeisk civillag?, s 505.) Se ang Landokommissionen även Bernitz, En europeisk civillag?, s 505.
[41] I Lando, Ole/Beale, Hugh (red), Principles of European Contract Law, del I och II [cit PECL], Haag 2000, s xxi ff beskrivs syftena bakom utarbetandet av PECL. Där nämns bl a underlättande av gränsöverskridande handel i Europa och stärkande av EU:s inre marknad.
[42] När det gäller gränsöverskridande avtalsrättsligt samarbete, som inte bara omfattar EU:s medlemsstater, bör Unidroits Principles of International Commercial Contracts nämnas. Dessa principer har, liksom PECL, utarbetats av rättsvetenskapsmän, men har, i motsats till PECL, formulerats för att vara tillämpliga över hela världen, men enbart på avtal i affärsförhållanden. Unidroits principer kommer dock inte att behandlas i denna avhandling. Principerna återges i Ramberg Jan/Ramberg Christina, Allmän avtalsrätt, 6 uppl, Stockholm 2003, s 337 ff. Se för en kritisk diskussion kring principerna Hellner, Jan, Unidroit’s principer för internationella avtal i Rosén, Jan (red), Lex Ferenda, skriftserien nr 50, Stockholm 1996, s 69 ff. Se även Hultmark, Christina, Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts, JT 1995-96, nr 3, s 655 ff. Ett annat viktigt internationellt avtalsrättsligt (närmare bestämt köprättsligt) aktstycke är den så kallade Wienkonventionen, Förenta nationernas konvention av den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor. Den implementerades i svensk rätt genom Lag (1987:822) om internationella köp. Eftersom denna avhandling berör allmän avtalsrätt, kommer emellertid varken konventionen eller den svenska implementeringslagen att närmare behandlas här.

Emellertid synes det finnas anledning att inte enbart beakta de på europeisk nivå utarbetade rättsakterna och förslagen. Svensk juridisk debatt och i förlängningen även svensk rättstillämpning påverkas av europeiska rättsliga lösningar, som i sin tur växer fram genom ett samspel mellan de nationella rättsordningarna, eller, mer exakt, mellan de principer och regler som finns i dessa rättsordningar. PECL har som nämnts arbetats fram genom att gemensamma grunder för de europeiska staternas avtalsrättsliga system har efterforskats och en liknande metod kommer att användas för att skapa den ovan nämnda gemensamma referensram, som ingår i kommissionens handlingsplan.[43] Mot bakgrund av detta synes det vara legitimt att i den svenska diskursen om bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen och därmed tillämpningen av sagda paragraf något beakta hur motsvarande problem hanteras i olika nationella rättsordningar i EU:s medlemsstater.[44] Det skulle kunna bidra till att närmare anknyta svensk avtalsrätt till en europeisk kontext, vilket bl a skulle kunna bidra till ökad rättslikhet mellan Sverige och andra europeiska länder, eller i vart fall till ökad insikt i vad som förenar svensk avtalsrätt med avtalsrätten i andra EU-länder och var skillnaderna finns.[45] Det skulle också kunna berika den svenska avtalsrättsliga diskussionen genom exempel på goda lösningar av avtalsrättsliga problem.[46]

Med hänvisning till det just sagda kommer i denna avhandling norsk, dansk, tysk och engelsk avtalsrättslig doktrin att något behandlas, med strävan att i viss mån sätta in den svenska diskussionen om avtalsbundenhet och avtals skälighet i ett europeiskt sammanhang och att finna inspiration till kloka lösningar på hithörande problem. Samtidigt skall betonas att detta är en avhandling om svensk rätt och de slutsatser som dras avser svenska förhållanden. Huvuddelen av litteraturen och källmaterialet gäller därför svensk rätt.

1.2 Syfte

Såsom de fyra utgångspunkterna för detta avhandlingsarbete har presenterats, skulle man kunna få intrycket att arbetet har flera olika syften/delsyften. Ett övergripande syfte kan dock formuleras på följande sätt.

---

[43] Bernitz (En europeisk civillag?, s 506) talar om att det finns en strävan att finna *"jus commune europæum"* eller den *"gemensamma kärnan"* i olika rättsordningar.
[44] Jfr Bogdan, a a, s 58: *"De jämförda rättsreglerna skall motsvara varandra* ***funktionellt****: de skall vara avsedda att lösa samma problem"*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)
[45] Jfr Zimmermann, Reinhard, Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today, Oxford 2001, s 109: *"This new* ***ius commune*** *will have to be built around shared values and generally recognized legal methods as well as common principles… and it will have to be shaped by judges, legislators, and professors…"*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)
[46] Jfr Bogdan, a a, s 28, där han talar om *"…att använda sig av den enorma erfarenhetsbank som finns i de främmande rättsordningarna"*. Se även a a, s 32: *"Det kan också vara lämpligt att domstolarna vid utfyllandet av eventuella luckor i den inhemska rättsordningen tar hjälp av komparativ rätt"*.

Att närmare bestämma innebörden som oskälighetsrekvisitet kan ges, och därmed 36 § avtalslagen de lege lata, med normativ etik som en kompletterande rättskälla och med beaktande av viss avtalsrättslig doktrin från andra europeiska länder samt Principles of European Contract Law.

Som inslag i arbetet för att uppnå det sagda målet kan följande bisyften identifieras.

3 Att diskutera värdeteoretiska och metodologiska frågeställningar med anknytning till frågan om huruvida värdeomdömen kan behandlas vetenskapligt.
4 Att på ett utvalt rättsområde (en del av avtalsrätten) diskutera och påvisa hur man kan använda den normativa etiken som kompletterande rättskälla i ett svenskt rättsdogmatiskt arbete.
5 Att på ett utvalt rättsområde (en del av avtalsrätten) påvisa hur man kan beakta avtalsrättslig doktrin från andra europeiska länder samt PECL i ett svenskt rättsdogmatiskt arbete.

Om man vill fördjupa analysen av 36 § AvtL, kan det både handla om att bli mer abstrakt och mer konkret – mer abstrakt genom att formulera principer för paragrafens tillämpning vilka får en generell räckvidd och därmed kan användas för att lösa en mängd fall; mer konkret genom att lyfta fram exempel på situationer, i vilka paragrafen skulle kunna tillämpas, och diskutera hur en sådan tillämpning skulle kunna motiveras och genomföras. Att ge konkreta exempel på hur paragrafen skulle kunna tillämpas är dock vare sig risk- eller invändningsfritt. Hellner skriver: *”I sämsta fall blir rättsvetenskapen ett slags filigransarbete, där det gäller att komma ner till de minsta detaljerna och leta fram så många tänkbara fall som möjligt och uttala en mening om hur dessa ska bedömas”*.[47] Mot bakgrund av denna varning, förefaller det angeläget att vinnlägga sig om att de situationer, som lyfts fram, så långt det är möjligt kan tjäna som illustrativa tillämpningar av de abstrakta dygder och principer som formuleras, till exempel sådana situationer som ger utrymme för diskussion av hur en kollision mellan olika dygder och principer bör hanteras. Detta torde ligga i linje med Anderssons uppfattning att man bör eftersträva en arbetsmetod *”…som kan förena de deduktiva och induktiva inslagen. En enbart fallorienterad metod blir diffus i begreppsbildningen, och en ren teori leder till patentlösningar som ändå aldrig blir heltäckande”*.[48]

Vilken är målgruppen för en avhandling med dessa syften? Jag skulle vilja säga att arbetet vänder sig till både deltagarna i det vetenskapliga juridiska samtalet och till praktiskt verksamma jurister, i den mån de inte ingår redan i den förstnämnda gruppen.

---

[47] Hellner, Jan, Civilrättsforskningen och framtiden, s 396.
[48] Andersson, Håkan, Skyddsändamål och adekvans, Uppsala 1993, s 215. På ett annat ställe skriver han om sin skyddsändamålslära: *”…det finns en teori som kan rättfärdiga resultaten, men det är genom problemorientering som läran induktivt växer fram”*, a a, s177.

En diskussion om hur europeisk doktrin kan tillåtas influera svensk doktrin är måhända främst av intresse för rättsvetenskapen, liksom frågan som gäller om värdeomdömen kan behandlas vetenskapligt. Kopplingen mellan etik och juridik borde däremot intressera även praktiskt verksamma jurister, eftersom den normativa etiken kan ge praktikern en användbar kompletterande rättskälla, med vars hjälp han kan argumentera för lämpliga lösningar av rättsliga problem.

En diskussion om bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, och därmed om tillämpningen av sagda lagrum, borde vara intressant för såväl forskaren, i egenskap av deltagare i den vetenskapliga avtalsrättsliga diskursen, som domaren, vilken har att tillämpa eller inte tillämpa 36 § avtalslagen i ett konkret fall, och den juridiske rådgivaren, som har att ta ställning till hur paragrafen skulle kunna påverka något ärende han är engagerad i.

1.3 Utländsk doktrin – användbarhet och urvalskriterier

Både i den kontinentaleuropeiska och i den engelska rättstraditionen finns en rik diskussion om avtals ogiltighet. Här kommer, som tidigare nämnts, att något knytas an till denna doktrin.[49]

Vilken relevans har då utländskt juridiskt material för juridisk forskning i allmänhet och den här avhandlingen i synnerhet?[50] *”Styrkan i en rättsvetenskaplig undersökning ligger i om den på ett koherent sätt lyckas sammanställa den struktur av skäl som kan användas för att motivera utgången av rättsliga problem”*, menar Andersson.[51] Med denna utgångspunkt blir det ett beaktansvärt argument i en avtalsrättslig diskussion, att en välmotiverad ståndpunkt kan anknytas till och visas harmoniera med den svenska avtalsrätten, även om den framförs av en rättsvetenskapsman från ett annat land. En förutsättning är dock att den utländska ståndpunkten också är förenlig med de värden som utgör grundvalen för den svenska avtalsrätten, så att koherensen består även med hänsyn till de sistnämnda värdena.[52] Om man på angivet sätt kan anknyta till utländsk doktrin och denna doktrin inte strider mot värdegrunden för den svenska avtalsrätten, har man, enligt min uppfattning, användbara argument i en diskussion om svensk rätt – inte med hänvisning till att sådant material kommer högt upp i den rättsdogmatiska metodens rättskällehierarki, utan med hänvisning till att lösningarna helt enkelt är goda. Mot denna bakgrund blir det

---

[49] Beträffande vilka verk som används hänvisas till litteraturförteckningen.
[50] Detta är måhända snarare en metodfråga än en fråga om referensram, men den behandlas här, eftersom den bedömts svår att foga in i kapitel tre.
[51] Andersson, Håkan, Skyddsändamål och adekvans, Uppsala 1993, s 179.
[52] Andersson för en diskussion som ligger i linje med det just sagda, när han lanserar sin av tysk rätt inspirerade skyddsändamålslära: *”…det tyska systemet kommer således i detta syfte att användas som bakgrunds- och inspirationsmaterial. För att inte okritiskt ta över delar av den tyska läran som inte passar i svensk rätt måste man veta vilka företeelser i den tyska läran som är systemberoende”* (a a, s 165). Jfr Bogdan, a a, s 74.

relevant att använda till exempel europeisk doktrin om oskäliga avtal, och på det sättet tillföra nytt material till den svenska rättsvetenskapliga debatten.[53] Värdegrunden för svensk avtalsrätt kommer att diskuteras främst i kapitel fyra och då kommer även värdegrunden för norsk, dansk, tysk och engelsk avtalsrätt att något beröras.[54]

När man arbetar med utländskt rättsligt material uppkommer alltid frågan vilka länders material man skall välja. De kriterier jag har använt är följande:
• Materialet skall finnas tillgängligt på ett språk jag behärskar någorlunda väl, vilket innebär att texter på andra språk än svenska, norska, danska, engelska och tyska är uteslutna.
• Materialet skall komma från länder med olika rättsliga traditioner, eftersom jag eftersträvar en så allsidig belysning som möjligt av mina frågeställningar.
• Materialet skall av tidsskäl inte komma från fler än tre länder/grupper av länder.

Mot bakgrund av ovanstående kriterier har jag valt att använda material ur norsk rätt, dansk rätt, tysk rätt och engelsk rätt. Anledningen till att jag talar om både norsk och dansk rätt och inte har valt att fokusera på t ex enbart norsk rätt är att såväl Norge som Danmark (och Finland) har en motsvarighet till den svenska avtalslagen, inklusive dess 36:e paragraf, något som gör Norden till ett område där det råder en betydande rättslikhet på den allmänna avtalsrättens område. Att Finland trots detta har utelämnats beror dels på en strävan att begränsa framställningens omfång, dels på att en stor del av den finska doktrinen är författad på ett språk jag inte behärskar.[55]

Vad beträffar ambitionen att använda material från England, kan man diskutera om det vore adekvatare att säga sig vilja använda common law-material, med tanke på att länderna i ”common law-familjen” tycks ha avsevärt större ömsesidig påverkan på varandra när det gäller till exempel nya principers

---

[53] Jfr Andersson, a a, s 166: *”Det utländska materialet kommer således att användas som hjälpmedel för att förstå och systematisera svensk rätt, och därigenom i slutänden för att vinna argument för lösningar av konkreta problem. Med avseende på begreppsbildning, distinktioner och systematik kan utländsk rätt vara givande även för den svenska rätten; åtminstone förtjänar den ett jämförande betraktande”*. Jfr även Bogdan, a a, s 28 f och 31 f.

[54] Jfr ang den s k likhetspresumtionen inom civilrätten, Bogdan, a a, s 87 f. Inom civilrätten kan rättsreglerna i olika länder presumeras ha samma innebörd, även om deras tekniska utformning kan variera, framhåller Bogdan. Hur det förhåller sig med värdegrunden är dock en annan fråga (även om det förefaller rimligt att tänka sig att rättssystem med likartad reglering av ett visst rättsområde står varandra nära också beträffande värdegrunden för sagda rättsområde).

[55] Det finns dock finländska rättsvetenskapliga arbeten författade på svenska eller engelska, t ex Wilhelmsson, Tomas, Social civilrätt, Helsingfors 1987, dens, Standardavtal, 2 uppl, Helsingfors 1995 och Nystén-Haarala, Soili, The Long-Term Contract, Contract Law and Contracting, Helsingfors 1998 och sådana verk kommer att i viss mån beaktas i det följande. von Post behandlar i sitt arbete finsk rätt tämligen kortfattat med hänvisning (a a, s 71) till att en stor del av finsk rättspraxis inte varit åtkomlig för honom till följd av bristande språkkunskaper, varför även jag tar mig friheten att utelämna större delen av det finländska materialet. Jfr även Wilhelmsen, Trine-Lise, Avtaleloven § 36 og Økonomisk effektivitet, s 15, där hon berör samma språkproblem.

genomslag i praxis än länderna på den europeiska kontinenten har[56] och det därför finns visst fog för att se ”common law-området” som ett enda rättsområde. Av främst två skäl kommer denna avhandling trots detta att fokusera på engelsk rätt. För det första ingår USA i ”common law-området” och där är civilrätten i huvudsak en fråga för delstaterna, varför det, trots enhetssträvandena med främst UCC (Uniform Commercial Code), finns skäl att misstänka att den allmänna avtalsrätten inom ”common law-området” trots allt inte är så enhetlig att man bör försöka beskriva den med alltför generella uttalanden. För det andra är författaren inte så väl bevandrad i common law-systemet, till exempel dess prejudikatvärdering, att han vågar försöka göra generaliseringar giltiga för hela området utifrån rättsfall från något av de ingående länderna. Om det däremot, i en text om engelsk rätt, anförs rättsfall från andra common law-länder och de principer som där kommer till uttryck anges vara relevanta för engelskt vidkommande, förbehåller sig författaren rätten att beakta sagda uttalanden och rättsfall.[57]

1.4 Avgränsningar

Såsom framgått ovan pågår en utveckling, som synes innebära att även civilrätten blir föremål för mer av europeiskt samarbete. Denna internationalisering kommer, som nämnts, att beaktas i föreliggande framställning. Även utländsk doktrin med anknytning till oskäliga avtalsvillkor kommer att uppmärksammas. Detta till trots är avhandlingen huvudsakligen ett arbete om svensk rätt och de slutsatser som dras avser svenska förhållanden.

Detta är också ett arbete i allmän avtalsrätt, vilket innebär att frågor som hör till den speciella avtalsrätten inte kommer att behandlas.

1.5 Disposition

Avhandlingen är indelad i sex kapitel, varav det första snart är till ända.

I **kapitel två** ges en översiktlig presentation av 36 § avtalslagen. Syftet är enbart att ge en kort introduktion till den följande framställningen.

Kapitel tre behandlar rättsteoretiska utgångspunkter och metodfrågor. Där diskuteras bland annat den värdeteoretiska frågan om det är rimligt att utgå ifrån

---

[56] En illustration: I Good Faith and Fault in Contract Law finns i flera artiklar hänvisningar till såväl engelska som australiensiska och kanadensiska rättsfall, utan någon särskild diskussion rörande huruvida t ex australiensiska avgöranden bör beaktas i engelska domstolar.

[57] Att det i avhandlingen talas om engelsk rätt och inte om brittisk rätt beror på att man som bekant i Skottland inte har ett common law-system, utan ett rättssystem som har stora likheter med de kontinentaleuropeiska systemen (”civil law”). Atiya konstaterar följande i inledningen till The Rise and Fall of Freedom of Contract, s viii: *”Although, no doubt, much that is discussed here is also relevant to Scotland, the differences between English and Scots law, and my ignorance of the latter, compel me to add that in this work England is not deemed to include Scotland*”.

att värdeutsagor inte enbart är känsloyttringar, utan något som kan bli föremål för vetenskaplig diskussion. Vidare diskuteras om det är legitimt att hämta argument till diskussionen om 36 § avtalslagen ur värdesatser, som formulerats inom ramen för normativa etiska läror, om ingen auktoritativ rättskälla ger ett otvetydigt svar på hur paragrafen i en given situationen skall tillämpas. Olika normativa etiska läror behandlas, närmare bestämt konsekvensetik, pliktetik och dygdeetik. Vidare identifieras fem avtalsrättsliga dygder, och deras innehåll och lämplighet att användas som normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen diskuteras.

I **kapitel fyra** identifieras sju avtalsrättsliga principer och deras relation till avtalsrättens dygder behandlas. Vidare diskuteras principernas innehåll och lämplighet att användas som normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Denna diskussion genomförs med användande av såväl svenskt material som norsk, dansk, tysk och engelsk doktrin.

I **kapitel fem** diskuteras vilket rättskällestöd som kan anföras för att de identifierade dygderna och principerna kan anses utgöra en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen.

I **kapitel sex** kommer den arbetsmetod för bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, som utarbetas i föregående tre kapitel, till användning i en diskussion om hur 36 § avtalslagen bör tillämpas i ett antal konkreta fall. Fallen används dock endast som utgångspunkter för en bredare diskussion om paragrafens tillämpning. De har valts, för att illustrera vilka avvägningar mellan olika principer och dygder som måste göras vid paragrafens tillämpning, och hur en lämplig avvägning skulle kunna se ut, men också för att ge utrymme för en diskussion om tillämpningen av i vart fall tre av ”hjälprekvisiten” i 36 § 1 st: avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden. I kapitel sex behandlas också en metod för att strukturera diskussionen om vilka omständigheter, som är rättsligt relevanta vid tillämpningen av 36 § avtalslagen.

KAPITEL 2

36 § AVTALSLAGEN – EN INTRODUKTION

2.1 Inledning

Som en introduktion till den följande framställningen kommer i detta kapitel generalklausulens innehåll att översiktligt presenteras. Redogörelsen fördjupas något med hjälp av hänvisningar till förarbetena. Oskälighetsrekvisitet kommer att bli föremål för en något bredare diskussion. Inledningsvis kommer något att sägas angående litteratur m m som behandlar paragrafen.

2.2 Litteratur m m

När det gäller behandlingen av 36 § AvtL i den svenska doktrinen, tycks von Posts arbete, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden[58], vara den enda avhandling som har generalklausulen som fokus. von Post beskriver utförligt förarbeten, rättspraxis och doktrin med anknytning till lagrummet och hans avhandling innehåller bl a en jämförelse mellan tillämpningsanvisningarna i förarbetena och den praxis som utvecklats. Generalklausulen behandlas också i andra avhandlingar, men inte som huvudämne. Ett exempel på en avhandling, där lagrummet blir föremål för en tämligen omfattande bearbetning är Lehrbergs arbete, Förutsättningsläran[59], där skiljelinjen mellan generalklausulens och förutsättningslärans tillämpningsområde analyseras. Vidare bör nämnas Runessons avhandling Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader[60], samt Kihlmans avhandling, Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom[61], vilka båda innehåller tämligen omfattande diskussioner kring 36 § avtalslagen.

Härutöver förekommer mer eller mindre omfattande analyser av 36 § i olika arbeten i allmän avtalsrätt[62] samt i ett relativt betydande antal tidskriftsartiklar.[63] Det finns också två publicerade examensarbeten i ämnet från Lunds universitet.[64]

---

[58] Stockholm 1999.
[59] Uppsala 1989.
[60] Stockholm 1996.
[61] Stockholm 1999.
[62] Några exempel på verk, där paragrafen ägnas betydande uppmärksamhet: Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 3 uppl, Stockholm 1995, Ramberg/Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl, Stockholm 2002, Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 11 uppl, Lund 2000, Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 6 uppl, Stockholm 1999.
[63] I detta avseende hänvisas till käll- och litteraturförteckningen.
[64] Katzin, Jeanette, Oskäliga avtalsvillkor inom civilrätten, Lund 1984 samt Jansohn, Åsa, och Kjellin, Henrik, Vad är oskäligt? En analys av 36 § avtalslagen, Handelsrättslig skriftserie Nr 2, Lund 1990.

Ett verk som har stor auktoritet på området är Hellners utredningsbetänkande, Generalklausul i förmögenhetsrätten (SOU 1974:83). von Posts arbete följer betänkandet mycket nära och han skriver: *"Enligt min mening … kommer motiven till generalklausulen sannolikt för överskådlig framtid att spela en avgörande roll vid dess tillämpning. Praxis kan inte förväntas medföra någon avgörande förändring i detta avseende. Det blir fråga om enstaka nedslag och därtill kommer att värderingarna av vad som är oskäligt förändras över tiden. Kvar finns emellertid utredningens betänkande och många frågeställningar som där belysts och resultaten härav torde vara att se som tidlösa, om något sådant nu kan påstås"*[65].

Även propositionen om införande av generalklausulen (prop 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m m) citeras flitigt, såväl i von Posts avhandling som i andra sammanhang och tycks åtnjuta betydande auktoritet. Propositionen följer utredningens förslag nära, även om vissa avvikelser från det framlagda förslaget görs.

2.3 Paragrafens karaktäristika

2.3.1 Inledning

36 § avtalslagen har följande lydelse:

"Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.
Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.
Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.
I fråga om jämkning av vissa avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller dessutom 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden."

---

[65] von Post, a a, s 40. Om man vill fördjupa sig i detaljer, skulle man kunna fundera över den inre logiken i detta citat. Givet att värdet av äldre rättsfall successivt blir lägre, beroende på att värderingarna – i samhället i stort, får man förmoda – förändras över tid, är det svårt att förstå varför värderingarna skulle bestå just vad avser de frågeställningar som berörs i betänkandet. Om det å andra sidan är så att utredningsresultaten är tidlösa, framstår det inte som helt invändningsfritt att påstå att just de värderingar som ligger till grund för HD:s avgöranden skulle vara särskilt utsatta för tidens tand.

Paragrafen trädde i kraft den 1 juli 1976 och föregicks av Generalklausulutredningens betänkande Generalklausul i förmögenhetsrätten (SOU 1974:83) samt proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m m.

I och med paragrafens ikraftträdande upphävdes de dåvarande förmögenhetsrättsliga generalklausulerna, 8 § skuldebrevslagen, 8 § 1 st avbetalningsköplagen, 34 § försäkringsavtalslagen, 9 § lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar, 29 § upphovsrättslagen samt 8 kap 27 § och 12 kap 64 § jordabalken. Den enda generalklausul som blev kvar från tidigare var 33 § avtalslagen.

Även de danska, finska och norska avtalslagarna innehåller i respektive 36 § en generalklausul, som liknar den svenska. De fyra paragraferna är innehållsligt mycket lika varandra, men det finns vissa skillnader. Det tycks också ha funnits vissa skillnader mellan ländernas lagstiftare i synen på hur ”fria händer” som paragrafen skulle ge rättstillämpningen.[66] På det hela taget är bestämmelserna dock så likartade att det kan vara av intresse att beakta doktrin och praxis från Danmark, Finland och Norge, när den svenska paragrafen studeras. Som tidigare sagts kommer visst danskt och norskt material att beaktas i denna avhandling.

36 § avtalslagen innehåller några nyckelrekvisit, som i det följande kommer att presenteras närmare. För att tydligt illustrera vad som är kännetecknande för generalklausulen, kommer paragrafen att jämföras dels med ett antal av de ursprungliga, generella ogiltighetsreglerna i avtalslagens tredje kapitel, nämligen 28 – 31 §§ och 33 §[67], dels med den paragraf som det ligger närmast till hands att beteckna som 36 §:ns föregångare: 8 § skuldebrevslagen[68].

---

[66] von Post går igenom rättsläget beträffande respektive lands generalklausul i sitt kapitel tre: Norden. Generalklausulerna i Danmark, Norge och Finland, a a, s 47 ff.

[67] 28 § föreskriver avtals ogiltighet då avtalet ingåtts under så kallat råntvång, 29 § gäller avtals ogiltighet vid rättsstridigt tvång av annat slag än råntvång, 30 § gäller avtals ogiltighet vid svikligt förledande, medan 31 § föreskriver avtals ogiltighet vid ocker. 33 §, den så kallade lilla generalklausulen, lyder som följer: *”Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap”*.

[68] 8 § skuldebrevslagen hade följande lydelse: *”Skulle tillämpning av villkor som upptagits i skuldebrev uppenbarligen vara stridande mot gott affärsskick eller eljest otillbörlig, må villkoret jämkas eller lämnas utan avseende”*. När den infördes 1936 framhöll lagrådet att den torde komma att få vidsträckt analogisk tillämpning, och att dess införande innebar lagfästandet av en allmän princip om domstols rätt att åsidosätta avtalsvillkor, vilkas tillämpning i det enskilda fallet betraktades som otillbörlig. (Se SOU 1974:83, s 45 f.) I praxis tycks detta uttalande ha följts, vilket framgår av bland annat rättsfallsredovisningen i SOU 1974:83, s 56 ff. Utredningen betonar också att det råder *”…allmän enighet om att generalklausulen i 8 § skuldebrevslagen ger uttryck för en allmän obligationsrättslig grundsats…”* (s 50 f).

2.3.2 Avtalsvillkor – inte avtal

36 § avtalslagen är i huvudsak inriktad på prövningen av ett visst avtalsvillkor, medan resten av avtalet i princip inte berörs. (Dock kan hela avtalet komma att påverkas; se vidare nedan.) Detta har den nya generalklausulen gemensamt med tidigare 8 § SkbrL. Tillämpning av övriga nämnda paragrafer i tredje kapitlet avtalslagen, däremot, tar sikte på avtalet i dess helhet, vilket antingen förblir giltigt sådant det var från början eller förklaras ogiltigt helt och hållet.

I Generalklausulutredningens betänkande diskuteras inte betydelsen av att sätta enskilda avtalsvillkor och inte avtalet som helhet i fokus för den nya generalklausulens tillämpning, utan det framstår som en självklarhet att lagstiftningen skall ge utrymme för jämkning av avtalsvillkor. Mot bakgrund av att det tack vare 8 § SkbrL redan fanns möjlighet att inskrida mot enskilda avtalsklausuler, och utredningens uppdrag var att ge domstolarna vidgade möjligheter att ogiltigförklara eller jämka avtal eller avtalsvillkor[69], framstår utredningens utgångspunkt i detta avseende som helt naturlig.

2.3.3 Jämkning – inte enbart ogiltighet

En annan sak, som förenar 36 § avtalslagen med dess föregångare i skuldebrevslagen, är att båda två ger möjlighet till jämkning av ett avtalsvillkor, inte blott till dess ogiltigförklaring, även om den sistnämnda möjligheten också står till buds i och med formuleringarna om att villkoret – eller, under vissa förutsättningar, avtalet i dess helhet – kan lämnas ”utan avseende”.[70]

Ogiltigförklaring – och därtill av hela avtalet – är däremot den enda rättsföljd som är möjlig vid tillämpning av 28-31 §§ och 33 § avtalslagen. Dock fanns redan 1915 två lagrum i tredje kapitlet avtalslagen som medgav jämkning av avtalsvillkor: dåvarande 36 och 37 §§ som handlade om jämkning av viten och liknande åtaganden. Generalklausulutredningen påpekar att det vid avtalslagens tillkomst *”…betecknade ett ganska radikalt steg att överhuvud tillåta jämkning…”*[71], och framhåller att både jämknings- och ogiltigförklaringsmöjligheterna bör finnas som rättsföljder enligt den nya 36 § avtalslagen.[72]

Däremot diskuterar utredningen om någon av de båda rättsföljderna bör utpekas som huvudalternativ, och kommer fram till att jämkning ofta är att föredra.[73] Till stöd för detta anförs bland annat att generalklausulen får särskild betydelse i de fall då en vid ett villkors tillkomst oförutsedd situation inträder, varför domstolarna bör få *”…full frihet att välja de lösningar som är mest praktiska och*

[69] SOU 1974:83, s 15.
[70] Jfr von Post, a a, s 101 och 251 ff.
[71] SOU 1974:83, s 125.
[72] A a, s 120.
[73] A a, s 121.

bäst tillgodoser parts yrkanden".[74] I propositionen påpekas också att det ofta vore ofördelaktigt för den förfördelade parten, om avtalet i sin helhet skulle bli ogiltigt, varför jämkningsmöjligheten många gånger är att föredra.[75]

Möjligheterna att vid behov även jämka andra avtalsvillkor än det ifrågasatta och att ogiltigförklara hela avtalet illustrerar ytterligare att såväl utredningen som lagstiftaren avsåg att ge domstolarna så stor handlingsfrihet som möjligt i deras strävan efter skäliga lösningar på enskilda fall.

Alternativet att lämna hela det tvistiga avtalet utan avseende fanns inte uttryckligen enligt 8 § SkbrL, men generalklausulutredningen menar att en sådan möjlighet fyller en funktion. Även om prövningen enligt 36 § avtalslagen skall ta sikte på ett visst eller vissa avtalsvillkor, kan det vara så att en part inte bör tvingas kvarstå vid ett avtal, även om vissa villkor skulle avlägsnas eller jämkas. Utredningen utesluter för övrigt inte heller att ett avtal kan ogiltigförklaras i sin helhet på talan av motparten, även om den part som vill avlägsna eller jämka ett förment oskäligt villkor hellre skulle vilja att avtalet i övrigt bestod.[76]

2.3.4 Oskäligt – inte otillbörligt

En skillnad mellan tidigare 8 § skuldebrevslagen och nya 36 § avtalslagen är det centrala rekvisitet i respektive paragraf.[77] 8 § SkbrL hade följande lydelse: *"Skulle tillämpning av villkor som upptagits i skuldebrev uppenbarligen vara stridande mot gott affärsskick eller eljest otillbörlig, må villkoret jämkas eller lämnas utan avseende"*. Nyckelordet är således "otillbörlig", medan 36 § avtalslagen säger att avtalsvillkor som är "oskäligt" får jämkas eller lämnas utan avseende. Frågan är vilken betydelse som skall tillmätas denna förändring.

Oskälighetsbegreppet introducerades i avtalsvillkorslagen för konsumentförhållanden, när den 1974 ändrades på så sätt att Marknadsdomstolen kunde förbjuda användningen av "oskäliga" i stället för "otillbörliga" avtalsvillkor.[78] Tanken bakom den lagändringen var att göra det möjligt för MD att inskrida i fler fall än tidigare. Det uppfattades alltså – enkelt uttryckt – som att otillbörlighetsrekvisitet krävde mer för att ett avtalsvillkor skulle kunna åsidosättas än vad oskälighetsrekvisitet gör.[79]

När frågan sedan uppkom vilket av de två begreppen, som skulle användas i 36 § AvtL, menade utredningen att otillbörlighetsbegreppet var att föredra, eftersom det vunnit hävd i dittills gällande generalklausuler inom civilrätten. Utredningen

---

[74] A a, s 121.
[75] Prop 1975/76:81, s 32.
[76] SOU 1974:83, s 121. Utredningen påpekar dock att den sistnämnda möjligheten bör brukas med försiktighet, för att inte inskränka det skydd generalklausulen är tänkt att bereda underlägsen part.
[77] 28-31 §§ avtalslagen har helt andra centrala rekvisit än 36 §, varför någon jämförelse avseende rekvisiten mellan dessa paragrafer inte kommer att göras.
[78] SOU 1974:83, s 118 beskriver lagändringen.
[79] Ib.

menade också att prövningen i MD respektive i de allmänna domstolarna var av olika slag, varför olikheten i ordval inte borde vara missvisande. Utredningen anger dock inte om den anser att någon skillnad i innebörd föreligger mellan de båda begreppen.[80]

Föredragande statsrådet ansåg att det var viktigt att upprätthålla parallellitet mellan rekvisiten i avtalsvillkorslagen och i avtalslagen, och menade därför – i likhet med flera remissinstanser – att oskälighetsbegreppet borde väljas även i den sistnämnda lagen, vilket också blev riksdagens beslut.[81] Någon diskussion om innebörden av oskälighetsbegreppet som sådant fördes dock inte heller i propositionen, annat än på det sättet att föredraganden tycktes ansluta sig till uppfattningen att det är ”enklare” att uppnå oskälighet än otillbörlighet.

Inte heller relationen mellan oskälighetsbegreppet och tro och hederbegreppet i 33 § avtalslagen diskuteras för övrigt i utredningen eller propositionen.[82] Rimligen uppfattas det sistnämnda begreppet som väsentligt mer avgränsat än oskälighetsbegreppet. Redan språkkänslan torde ge vid handen att det krävs mera för att något skall strida mot tro och heder än för att det skall anses vara oskäligt.[83]

Oskälighetsbegreppet analyseras ytterligare i kapitel tre, delavsnitt 3.5.2.

2.3.5 Oskäligt – inte otillbörlig tillämpning

En ytterligare skillnad mellan tidigare 8 § skuldebrevslagen och nya 36 § avtalslagen har att göra med sättet att beskriva vad det är som skall vara otillbörligt respektive oskäligt. 8 § SkbrL stadgade att *”(s)kulle tillämpning av villkor … vara … otillbörlig”*, får villkoret jämkas. 36 § AvtL säger i stället att ”*om villkoret är oskäligt”*, får det jämkas.

Ett tydligt syfte med den nya generalklausulen var, enligt utredningen, att ge domstolarna en explicit möjlighet att förklara ett avtalsvillkor av en viss typ oskäligt i och för sig, det vill säga enbart med hänsyn till villkorets innehåll och oavsett omständigheterna i det enskilda fallet.[84] Den möjligheten fanns inte enligt 8 § SkbrL, som enligt sin lydelse syftade till en prövning av ett visst villkors tillämpning i ett enskilt fall. Detta är rimligen förklaringen till att 36 § AvtL har givits en annan utformning i nu diskuterat hänseende än 8 § SkbrL. Den nya generalklausulen är inte begränsad till att pröva ett villkors *tillämpning*, utan *”villkoret”* kort och gott.

---

[80] SOU 1974:83, s 118 f.
[81] Prop 1975/76:81, s 107.
[82] Förhållandet mellan 33 § och nya 36 § avtalslagen generellt sett diskuteras i SOU 1974:83, s 111 ff.
[83] Utredningen skriver i den andan att *”…det skall finnas möjlighet att ta hänsyn till avtalets innehåll och omständigheterna vid dess ingående, även när omständigheterna inte är så starkt utpräglade att … 33 § avtalslagen är tillämplig”* (sid 132).
[84] SOU 1974:83, s 116.

Det just sagda utesluter självfallet inte att prövningen enligt 36 § AvtL starkt påverkas av omständigheterna i det enskilda fallet. Omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt, som domstolen uttryckligen skall beakta vid tillämpningen av generalklausulen, är uppenbarligen unika för varje enskilt fall. Endast skäligheten i avtalets innehåll kan prövas utan beaktande av det särskilda fallet – men det är å andra sidan inte meningen att prövningen av avtalets innehåll endast skall vara en objektiv granskning. Om ett avtalsvillkor inte befinns vara till innehållet oskäligt i och för sig, måste även prövas om avtalets innehåll är oskäligt i det enskilda fall som är under bedömning.

Ogiltighetsreglerna i 28-31 §§ samt 33 § avtalslagen avser uppenbarligen en prövning av omständigheterna vid avtalets tillkomst i det enskilda fallet.

2.3.6 Avtalets innehåll

Nu följer en översiktlig genomgång av de fyra grupper av omständigheter, som enligt 36 § avtalslagen skall vägas in vid bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt eller inte. Syftet är att introducera omständighetsgrupperna och att något beskriva hur de enligt utredningen och propositionen var tänkta att tillämpas. von Posts framställning ansluter sig vad avser beskrivningen av rekvisiten nära till dessa förarbeten, men också den har beaktats.

Inledningsvis anges i paragrafen att avtalets innehåll skall beaktas.[85] Utredningen diskuterar några olika exempel på vad i ett avtals innehåll som kan göra det oskäligt. I propositionen refereras utredningens synpunkter utan kritiska kommentarer, varför regeringen tycks ha delat utredningens bedömningar.[86]

Först pekar utredningen på att avtalsvillkor, som ger den ena parten rätt att ensidigt och med bindande verkan för den andra parten fatta beslut i olika frågor, ofta bör betraktas som oskäliga. Vanligen har sådana villkor introducerats av en part som i kraft av överlägsen ställning har makt att bestämma över avtalets innehåll, och det finns därmed risk att vederbörande missbrukar sin beslutsrätt.[87] Ett exempel på ett avtalsvillkor av denna typ är prisklausuler som ensidigt lägger i den ena partens hand att fatta beslut om inträffade förändringar är tillräckliga för att motivera en prishöjning. Det är förvisso inte säkert att jämkning bör ske, eftersom priset inledningsvis kanske sattes lägre än vad som skulle ha varit fallet om prisklausulen inte hade funnits, men det kan definitivt inte uteslutas.[88] Ett liknande exempel är ett villkor i ett skuldebrev som innebär att banken ensidigt

[85] von Post behandlar rekvisitet i a a, s 150 ff.
[86] Prop 1975/76:81, s 118 f.
[87] SOU 1974:83, s 149 f.
[88] SOU 1974:83, s 150.

har rätt att avgöra om gäldenärens betalningsförmåga försämrats i sådan utsträckning att banken har rätt att säga upp lånet till förtida betalning.[89]

Därefter lyfter utredningen fram att man vid tillämpningen av 36 § avtalslagen bör kunna ta hänsyn till proportionen mellan avtalsparternas respektive förmåner. *”Detta torde i själva verket vara en viktig förutsättning för att köpeskilling, hyra, arrendeavgift osv skall kunna jämkas…”*.[90]

Även förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd kan göra att ett avtalsvillkor blir föremål för jämkning, enligt utredningen. Om ett obetydligt avtalsbrott ger upphov till en sträng sanktion, till exempel hävning, kan det vara att bedöma som oskäligt. Utredningen hänvisar till Köplagen, där hävning vanligen förutsätter väsentligt kontraktsbrott, och menar att i synnerhet i relationen mellan näringsidkare och konsument kan avsaknad av ett väsentlighetskrav för hävning motivera jämkning enligt 36 § AvtL.[91]

Ett i bland annat tysk och fransk rätt uppmärksammat problem är missbruk av rättighet. Därmed avses att part *”…utövar en rättighet för att tillgodose ett intresse som är annat än det vilket rättsordningen avsett att skydda och som inte kan godtas”*.[92] Utredningens exempel är relativt vaga, bortsett från chikan och repressalier, som är extrema fall av missbruk av rättighet. Chikan innebär att utnyttja en rättighet enbart för att åsamka motparten förlust och förtret, medan repressalier som namnet antyder innebär att man till exempel som hämnd för någon upplevd oförrätt kräver kompensation för ett obetydligt kontraktsbrott.[93]

Förutom dessa mer generella synpunkter på avtalets innehåll, tillhandahåller utredningen också en värdering av ett antal särskilda klausuler, nämligen prisklausuler, indexklausuler, förfalloklausuler, vitesklausuler, klausuler om standardiserade skadestånd, förverkandeklausuler, friskrivningsklausuler, andra skadeståndsklausuler, generalpantklausuler samt skiljedomsklausuler och andra klausuler om avgörande av tvister.[94]

2.3.7 Omständigheterna vid avtalets tillkomst

Ogiltighetsreglerna i 28-31 §§ samt 33 § avtalslagen tar enbart sikte på omständigheterna vid avtalets tillkomst, men även 36 § avtalslagen kan tillämpas om det vid avtalsslutet har förekommit förfaranden som kan anses göra ett avtalsvillkor oskäligt.[95]

---

[89] SOU 1974:83, s 151.
[90] SOU 1974:83, s 152.
[91] SOU 1974:83, s 153 ff.
[92] SOU 1974:83, s 155.
[93] SOU 1974:83, s 155.
[94] SOU 1974:83, s 163 ff.
[95] I propositionen återges i princip utredningens ståndpunkter (dock utan att det alltid framgår att ståndpunkterna härrör från utredningen), varför regeringen synes dela utredningens åsikter

För det första kan generalklausulen åberopas när *”…omständigheterna inte är så starkt utpräglade att ockerbestämmelsen eller 33 § avtalslagen är tillämplig”*.[96] På så sätt fångar alltså 36 § AvtL upp förfaranden, som är graverande för en av avtalsparterna, men inte så graverande att någon av ogiltighetsreglerna är tillämpliga. Om ett förfarande å andra sidan är så allvarligt att det faktiskt kan hänföras till någon av ogiltighetsreglerna, kan det ändå bli aktuellt att tillämpa 36 §, nämligen i de fall den förfördelade parten hellre vill att ett avtalsvillkor skall jämkas än att hela avtalet skall förklaras vara ogiltigt.[97]

Andra omständigheter som kan föranleda tillämpning av 36 § AvtL är, menar utredningen, att den ena parten fått till stånd ett avtal genom aggressivt uppträdande, överraskningstaktik, tvång (utöver de fall som täcks av 28-29 §§ AvtL, får man anta) eller annat missbruk av förhandlingsläget. Lämnande av missvisande uppgifter – oavsett om det skett utan uppsåt/oaktsamhet – eller förtigande av upplysningar, som borde ha lämnats, är ytterligare exempel. De vilseledande uppgifterna kan antingen ha kommit direkt från avtalsparten eller från tredje man, exempelvis tillverkaren av en vara som avtalsparten är återförsäljare för. Om medkontrahenten inte förstått vad som står i avtalet eller delar därav, till följd till exempel av att vederbörande har bristande kunskaper i svenska språket, kan även det åberopas som stöd för tillämpning av generalklausulen.[98]

2.3.8 Senare inträffade förhållanden

Möjligheten att jämka avtalsvillkor med hänsyn till utvecklingen efter avtalsslutet är, enligt utredningen, främst tänkt att komma till användning vid långvariga avtal, eftersom *”…utvecklingen inte sällan (blir) en annan än parterna kunnat förutse när avtalet upprättades”*.[99] I sådana fall kan det bli aktuellt att jämka avtalet även till förmån för den part som hade en starkare ställning, när avtalet ingicks.[100] Utredningen påpekar att även avtal som slutits på obestämd tid utan uppsägningsrätt, det vill säga för all framtid, kan angripas med stöd av 36 § avtalslagen.

Om ny lagstiftning har tillkommit på det område som avtalet avser, kan det finnas visst utrymme att åberopa generalklausulen, för den händelse att

---

beträffande betydelsen av omständigheterna vid avtalets tillkomst (prop 1975/76:81, s 125 f). Rekvisitet behandlas av von Post i a a, s 156 ff.

[96] SOU 1974:83, s 132.

[97] SOU 1974:83, s 134.

[98] SOU 1974:83, s 132 f.

[99] SOU 1974:83, s 156. Rekvisitet behandlas av von Post i a a, s 161 ff.

[100] I propositionen återges utredningens ståndpunkter utan kritiska kommentarer, även om föredraganden gör vissa ytterligare kommentarer i detaljfrågor med anledning av synpunkter framförda under remissbehandlingen. I princip synes dock regeringen dela utredningens åsikter (prop 1975/76:81, s 126 ff).

avtalsvillkoren *”…klart strider mot viktiga principer i nyare lagstiftning”*.[101] Detta kan, enligt utredningen, i synnerhet bli aktuellt, om det gått lång tid sedan lagändringen, att parterna har haft tid att anpassa sig till densamma (men inte gjort det, får man förmoda).

Utredningen berör däremot inte i vilken utsträckning generalklausulen är tänkt att tillämpas på händelser som avsevärt förändrat parternas situation, men som inträffat relativt kort tid efter avtalsslutet. Det enda uttalande som har något med hithörande fråga att göra, är att utredningen påpekar att generalklausulen inte skall träda i stället för förutsättningsläran om någon parts avtalsförutsättningar visar sig brista. Med anledning av detta uttalande påpekar föredragande statsrådet att förutsättningsläran dock torde få en mer begränsad betydelse efter införandet av generalklausulen.[102] Förutsättningsläran återkommer framställningen till i det följande (kapitel sex).

2.3.9 Omständigheterna i övrigt

Förutom de grupper av omständigheter som uttryckligen betecknas som relevanta för tillämpningen av 36 § avtalslagen, anges i paragrafen att även omständigheterna i övrigt får beaktas.[103] Rent principiellt kan således vilken omständighet som helst åberopas, och det centrala blir hur bedömningen av vilka omständigheter, som är relevanta, skall göras.

Utredningen säger emellertid ingenting generellt om vilka övriga omständigheter som skall anses vara av betydelse för tillämpningen av generalklausulen.[104] I stället redovisar utredningen sin syn på vissa typer av omständigheter som inte kan hänföras till någon av de tre explicit nämnda omständighetskategorierna, varför de torde få ses som utredningens exempel på relevanta omständigheter i övrigt. I propositionen framgår att regeringen även i dessa hänseenden i princip tycks ha delat utredningens bedömningar. Det som i sak framförs har snarast karaktären av randanmärkningar, möjligen bortsett från kommentaren avseende dispositiva lagbestämmelser (se vidare nedan).[105]

Utredningen betonar att om ett avtal eller ett avtalsvillkor innebär ett försök att kringgå tvingande lagbestämmelser, så är det en omständighet som kan föranleda jämkning av avtalet eller avtalsvillkoret. Däremot ger utredningen ingen vägledning när det gäller bedömningen av vad som skall anses vara ett försök till kringgående och vad som skall betraktas som att ”företagare på ett giltigt sätt anpassar villkoren efter den situation som de tvingande reglerna skapar”. Frågan

---

[101] SOU 1974:83, s 158.
[102] Prop 1975/76:81, s 128.
[103] Rekvisitet behandlas av von Post i a a, s 171 ff.
[104] von Post skriver att utredningen till rekvisitet omständigheterna i övrigt *”hänför”* vissa frågor, men något uttryckligt ”hänförande” står inte att finna i betänkandet. Se von Post, a a, s 171.
[105] Prop 1975/76:81, s 119 ff (förhållandet till gott affärsskick etc), s 121 ff (förhållandet till andra rättsregler) och s 129 f (förhållandet mellan olika avtal).

överlämnas till domstolarnas prövning.[106] Utredningen påpekar också att det i vissa fall kan vara motiverat att vid oskälighetsbedömningen analogivis *”…hämta ledning från värderingar och principer som lagstiftaren lagt till grund för tvingande lagstiftning inom speciella områden”*.[107] Utredningen diskuterar i vilka situationer en analogi kan vara motiverad, och pekar särskilt på fall då endast rättstekniska eller liknande skäl gjort att en viss fråga inom ett i övrigt detaljreglerat område inte reglerats, eller att ett visst område inte reglerats i detalj (vissa nyttjanderättsupplåtelser) med hänvisning till att näraliggande områden (hyra och arrende) är väl reglerade.

Även Marknadsdomstolens och Konsumentombudsmannens praxis bör kunna användas som argument vid en oskälighetsbedömning, menar utredningen. Om Marknadsdomstolen har förbjudit ett visst avtalsvillkor kan det, menar utredningen, vara ett skäl i sig för att anse villkoret oskäligt. Samtidigt påpekar utredningen att den civilrättsliga och den marknadsrättsliga bedömningen har olika utgångspunkter, varför en noggrann civilrättslig prövning inte får försummas.[108]

Vilken betydelse som skall tilläggas att ett avtalsvillkor avviker från dispositiv lagstiftning måste, anser utredningen, bedömas beroende på lagstiftningens karaktär. Om dess syfte är ”rent dispositivt”, det vill säga att enbart tillhandahålla en supplerande regel för den händelse parterna förbiser att reglera en viss fråga, är skälen att åberopa avvikelse från den dispositiva regeln som grund för tillämpning av generalklausulen skäligen svaga. Om å andra sidan regeln ger uttryck för ett rättspolitiskt ställningstagande från lagstiftarens sida är skälen starkare – i synnerhet dels om regeln vid sitt införande innebar en avsevärd förändring av tidigare gällande lagstiftning, dels om avvikelsen i avtalet från regeln är avsevärd.[109] Föredragande statsrådet delar i stort utredningens uppfattningar om dispositiva lagbestämmelsers betydelse för tillämpningen av generalklausulen, men betonar att de *”…inte får tillmätas så stor betydelse vid bedömningen av vad som skall anses skäligt att de i praktiken övergår till att bli tvingande”*.[110] I någon mån nyanseras alltså utredningens ståndpunkter.

Utredningen framhåller vidare, angående betydelsen av partspraxis, att om part i ett enskilt fall avviker från hur han vanligen behandlar fall av detta slag, och avvikelsen är till motpartens nackdel, detta är en omständighet som bör vägas in i oskälighetsbedömningen. Om part – till exempel en bank eller ett försäkringsbolag – normalt tillämpar vissa avtalsvillkor generösare än villkorens ordalydelse kräver (så kallad kulans), skall vederbörande inte godtyckligt kunna

[106] SOU 1974:83, s 135.
[107] SOU 1974:83, s 135.
[108] SOU 1974:83, s 104 ff.
[109] SOU 1974:83, s 137 ff.
[110] Prop 1975/76:81, s 124.

välja att plötsligt börja tillämpa villkoren bokstavligen gentemot en eller annan motpart.[111]

Till samma krets av omständigheter som partspraxis kan betydelsen av affärssed, affärsskick, branschpraxis och dylikt hänföras. I de äldre generalklausulerna (8 § SkbrL m fl) fanns uttryckliga hänvisningar till ”gott affärsskick” eller liknande normer, och utredningen framhåller att det är ett tydligt indicium på oskälighet om en parts agerande innebär ett tydligt avsteg från i näringslivet eller aktuell bransch allmänt accepterade normer för affärsverksamhets bedrivande. Det kan emellertid också vara så att ett avtalsvillkor betraktas som oskäligt, även om det överensstämmer med etablerad branschpraxis eller vad som i näringslivet betraktas som gott affärsskick.[112]

Vad gäller diskriminering på grund av de omständigheter som nämns i lagstiftningen om olaga diskriminering, menar utredningen att det bör betraktas som en möjlig grund för jämkning av avtal med stöd av generalklausulen.[113] När utredningsbetänkandet presenterades handlade det om diskriminering utifrån ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse. Nu har även diskriminering på andra grunder, till exempel sexuell läggning, gjorts till föremål för lagstiftning.[114] Utredningen pekar på att diskriminering kan ske även med hänsyn till andra omständigheter än dem som kriminaliserats, till exempel ålder, politisk uppfattning och organisationstillhörighet, och menar att det inte kan uteslutas att det kan vara motiverat att tillämpa generalklausulen också vid sådan diskriminering, men *”…finner det inte möjligt att gå in på någon närmare diskussion av förutsättningarna härför”*.[115]

Ett annat problemområde, som kan hänföras till kategorin omständigheterna i övrigt, rör förhållandet mellan olika avtal. Utredningen påpekar att ett avtals verkningar kan vara beroende av att flera olika avtal är sammankopplade. Det kan dels vara fråga om att samma parter ingår flera avtal, dels att den ena parten samtidigt ingår skilda (men på något sätt inbördes sammanlänkade) avtal med två eller flera olika parter. Ofta kan det i sådana fall vara motiverat att beakta den helhet som avtalen tillsammans utgör, för att rätt kunna bedöma parternas rättigheter och skyldigheter.[116]

---

[111] *”Detta gäller särskilt när villkoren är vidsträckt formulerade så att de lämnar stort utrymme för den överlägsna partens skön eller om de direkt hänvisar till detta skön”* (SOU 1974:83, s 146; se även s 145).
[112] SOU 1974:83, s 145 f.
[113] SOU 1974:83, s 147 f.
[114] Se bl a Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering, vars ändamål (se 1 §) är att motverka diskriminering som har samband med etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller funktionshinder. Brottet olaga diskriminering, 16 kap 9 § BrB, omfattar dock inte fler diskrimineringsgrunder än när Generalklausulutredningen presenterades.
[115] SOU 1974:83, s 148.
[116] SOU 1974:83, s 158 f.

Ett avtalsvillkor kan alltså komma att betraktas som oskäligt i ljuset av verkningarna av samtliga avtal, trots att det kanske inte framstår som oskäligt i det enskilda avtalet.[117] Samtidigt kan det rimligen inte uteslutas att ett avtalsvillkor som sett för sig skulle anses vara oskäligt, får betraktas som skäligt med hänsyn till förmåner som erhålls enligt något annat, anslutande avtal.

2.3.10 Underlägsen ställning

36 § avtalslagen säger uttryckligen att man vid tillämpningen av paragrafen skall ta särskild hänsyn till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller på annat sätt intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Denna formulering skall inte minst ses i ljuset av att Generalklausulutredningen tillsattes i nära samband med utarbetandet av den näringsrättsliga lagen om förbud mot oskäliga avtalsvillkor (avtalsvillkorslagen).[118] Utredningen framhåller också att *”(d)en översyn av den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen om otillbörliga avtalsvillkor som anförtrotts Generalklausulutredningen får främst ses som ett led i den civilrättsliga regleringen av konsumentskyddet”*.[119]

Samtidigt är det viktigt att framhålla att 36 § avtalslagen på intet sätt är begränsad till att enbart gälla avtal mellan näringsidkare och konsument. Utredningen framhåller att både småföretagare och andra företagare kan ha behov av samma typ av skydd som konsumenter har.[120] I vissa situationer kan till och med ett företag, som i och för sig har stora resurser, sakna tid eller möjlighet att granska av motparten föreslagna avtalsvillkor.[121] *”Många av de skäl för jämkning som skall anföras i det följande är av den karaktär att de bör kunna få tillämpning även i förhållandet mellan jämställda näringsidkare”*, betonar utredningen. En inte oväsentlig del av de fall, på vilka HD har tillämpat generalklausulen, rör för övrigt förhållandet mellan näringsidkare. Paragrafens konsumentskyddsaspekt tycks således ha blivit mindre framträdande än vad som ursprungligen antogs bli fallet.[122]

2.3.11 EU-direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal

Det fjärde stycket i 36 § avtalslagen tillkom den 1 januari 1995, som ett resultat av att Sverige implementerade EU-direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (93/13/EEG). Till grund för riksdagens beslut låg prop

---

[117] SOU 1974:83, s 158 f.
[118] SOU 1974:83, s 104. Se även von Post, a a, s 88 f.
[119] SOU 1974:83, s 25.
[120] SOU 1974:83, s 109 ff. Jfr von Post, a a, s 109 ff. Han förordar på s 113 att ordet ”småföretagare” införs i paragrafens andra stycke för att ytterligare understryka skyddsbehovet för denna grupp.
[121] *”Detta kan gälla exempelvis vid kortvarig förvaring av varor i magasin eller motsvarande”*, skriver utredningen (s 110).
[122] Jfr Hellner Metodproblem, s 90: *”Det antogs ursprungligen att 36 § skulle tillämpas huvudsakligen på avtal mellan näringsidkare och konsumenter… Så småningom vidgades tillämpningen … till att allt mer avse kommersiella förhållanden”*. Värd att notera är därvid också titeln på von Posts avhandling: 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden.

1994/95:17 Oskäliga avtalsvillkor m m. Den huvudsakliga lagstiftningsnyheten var dock inte tillägget till generalklausulen, utan den nya lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK).

Det är inte motiverat att närmare behandla direktivets innebörd i detta sammanhang.[123] Hänvisningen från 36 § 4 st avtalslagen till 11 § AVLK innebär att omständigheter, som inträffar efter avtalets ingående, inte får beaktas till konsumentens nackdel på så sätt att ett avtalsvillkor, som annars vore att anse som oskäligt, inte kan åsidosättas eller jämkas.[124]

Bestämmelsen gäller enbart avtal mellan näringsidkare och konsument och enbart avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling, d v s så kallade standardvillkor.[125]

[123] Se för ytterligare kommentarer Bernitz, Ulf, Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor, SvJT 1995 s 625-642; von Post, a a, s 41 ff. För kommentarer till direktivet från andra EU-länder, se t ex Willet, Chris (ed), Aspects of Fairness in Contract, London 1996, där tre artiklar uttryckligen handlar om detsamma.
[124] Se Bernitz, a a, s 636 f.
[125] Jfr Bernitz, a a, s 629 f.

KAPITEL 3

ATT RÄTTFÄRDIGA JURIDISKA STÄLLNINGSTAGANDEN

3.1 Inledning

Det är närmast en truism att påpeka att varje vetenskapligt arbete påverkas av vetenskapsmannens ställningstaganden till frågor av till exempel ontologisk och epistemologisk (kunskapsteoretisk) karaktär. Hur är världen beskaffad? Vad är vetenskap?[126] Vad kan man nå kunskap om? Hur når man kunskap? Svaren på sådana frågor tas dock ofta för givna av vetenskapsmän som är verksamma inom ett visst paradigm[127] och de anses därför inte behöva diskuteras närmare i varje vetenskapligt arbete. Härtill kan tänkas komma att problem av denna art förefaller abstrakta och komplicerade och att det därför kan innebära en risk att närma sig dem för en forskare, som anser sig behärska sitt specialområde men inte har fördjupat sig i vetenskapsteori i samma utsträckning som en ”vetenskapsteoretiker av facket” har gjort.

Mot bakgrund av det sagda kan man ställa sig frågan hur ett teoretiskt och metodologiskt avsnitt i en rättsvetenskaplig avhandling bör vara utformat. Hur brett respektive djupt bör det vara? Vilken abstraktionsnivå bör det utgå ifrån? Bör det ta sin utgångspunkt i allmän vetenskapsfilosofi, i rättsteorin eller i mer konkreta frågor om rättsvetenskaplig metod? Att döma av empiriskt material i form av vid svenska universitet godkända rättsvetenskapliga avhandlingar från senare år kan något enhetligt svar på frågan knappast ges. Omfång och teoretisk nivå skiljer sig i hög grad åt. Dock ligger det väl i sakens natur att den, som på något sätt har åsikter som avviker från dem som ryms inom det rådande paradigmet, har bevisbördan för sina ståndpunkter och därför måste motivera sig utförligare än den, som helt verkar inom paradigmets ram. Härutöver spelar rimligen författarens intresse för rättsteoretiska och metodologiska frågor in, i enlighet med talesättet ”varav hjärtat är fullt talar munnen”.

Personligen har jag valt att skriva ett tämligen omfångsrikt kapitel om teoretiska frågeställningar. Ett viktigt skäl till det är att flera av de i kapitel ett beskrivna utgångspunkterna för avhandlingsarbetet förutsätter ställningstaganden och arbetsmetoder, som jag uppfattar inte är helt okontroversiella inom nutida svensk rättsvetenskap och som därför behöver legitimeras. Det torde till exempel gälla användandet av normativ etik som en kompletterande rättskälla, bland annat eftersom det tycks förutsätta värderande ställningstaganden från

---

[126] Jfr Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? (utgiven 1951, omtryckt i de lege, Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok 1991, ”Per Olof Ekelöf. Valda skrifter 1942-1990”, s 91 ff) och Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt, Stockholm 2001, s 31 ff (cit Hellner, Metodproblem). Den sistnämnde påpekar att redan Jhering i en föreläsning år 1868 ställde frågan om juridiken är en vetenskap.

[127] Se angående paradigmbegreppet t ex Peczenik, Vad är rätt?, s 325 f.

avhandlingsförfattarens sida. Eftersom jag inte är rättsteoretiker eller filosof, kan det te sig pretentiöst om jag resonerar kring teoretiska spörsmål.[128] Samtidigt upplever jag att det är angeläget att skapa broar mellan rättsteorin och rättsdogmatiken och väljer därför trots allt att våga ett försök till sådant brobyggande.

Den övergripande rättsteoretiska frågeställningen för rättsvetenskapsmannen är, vill jag påstå, hur man får gå till väga, för att med anspråk på vetenskaplighet rättfärdiga ett ställningstagande i en rättslig fråga, till exempel angående innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. En hel del av den följande diskussionen förs med denna utgångspunkt.

Angående skillnaden mellan rättsteori och rättsvetenskap kan nämnas att Hellner skiljer mellan rättsteori – som han använder som en samlingsbeteckning för rättsfilosofi, allmän rättslära, rättskälleteori, logisk analys av rättsregler och andra *"…rent principiellt syftande framställningar"* – och rättsvetenskap, vilket med hans terminologi uppenbarligen är vetenskapen om den "praktiska" rätten, det vill säga de regler och principer som reglerar skilda områden av samhällslivet – avtalsrätt, associationsrätt, straffrätt etc.[129] När rättsteorin diskuterar vad som ger rätten dess legitimitet eller vad som skall betraktas som rättskällor, diskuterar rättsvetenskapen hur ett lagrum bör tolkas eller vilken regel som kan läsas ut ur ett visst rättsfall. Ett annat vanligt begrepp, som möjligen uppfattas som självklart men som kan behöva nämnas i detta sammanhang, är rättsdogmatik. Rättsdogmatiken kan sägas utgöra en del av rättsvetenskapen, närmare bestämt den del som ägnar sig åt att, med stöd av rättskällorna i form av främst författningar, förarbeten och prejudikat, formulera utsagor om vad som är att betrakta som gällande rätt inom olika rättsområden.[130] Hellner framhåller att han inte anser rättsvetenskapen begränsad till studiet av "gällande rätt" och ger flera exempel på andra uppgifter för rättsvetenskapen, bland annat, med referens till Agell, att analysera *"rättsinstitut"* och *"rättsgrundsatser"*.[131]

När det gäller frågan på vilken abstraktionsnivå man bör gå in i den teoretiska diskussionen, är det min uppfattning såväl att analysen i sig blir tydligare som att förståelsen av den underlättas, om författaren strävar efter att göra så många av sina teoretiska och metodologiska ställningstaganden som möjligt uttryckliga, i stället för att ta dem för givna. Jag har valt att ta min utgångspunkt i värdeteorin,

---

[128] *"Den professionelle rättsvetenskapsmannen blir från rättsteoretikerns utgångspunkt en amatör på hans område"*, framhåller Hellner i Metodproblem, s 17, och noterar att om den förstnämnde *"…ger sig in på rättsteoretiska frågor … betraktas hans bidrag till diskussionen ofta som negligibla av de professionella rättsteoretikerna"*.

[129] Hellner Metodproblem, s 17 ff.

[130] Hellner Metodproblem, s 22 ff. Se även Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Stockholm 1995, s 312 ff. Peczenik framhåller: *"Rättdogmatikens begrepps- och satssystem gör det … möjligt att samla, testa och förbättra åsikter av många generationer jurister. Slutsatser testats effektivt och nya insikter alstras, otillgängliga för dem som endast ägnar sig åt en* ***ad hoc****-motivering"* (s 313). (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)

[131] Hellner, a a, s 23 f. Referensen till Agell återfinns i not 25 på s 24.

för att få en begreppsapparat som kan utgöra ett verktyg i diskussionen om rättsteoretiska och rättsvetenskapliga utgångspunkter. En analys av rättsteoretiska och rättsvetenskapliga frågeställningar, gjord med värdeteorins hjälp, torde leda till en så principiellt inriktad diskussion, att en inledande behandling av allmänna vetenskapsfilosofiska frågor inte blir nödvändig.

Fortsättningen av detta kapitel är strukturerad på följande sätt. Närmast kommer en kort diskussion av värdeteoretiska begrepp, som syftar till att tillhandahålla verktyg för den därpå följande diskussionen om rättspositivism. Avsikten med det sistnämnda avsnittet är att söka påvisa svagheter i ett renodlat rättspositivistiskt betraktelsesätt, för att därigenom legitimera att rättsvetenskapsmannen kan ha behov att arbeta på andra sätt än de som en renodlad rättspositivism förmodligen skulle godta.[132] Därpå följer ett avsnitt om alternativ till rättspositivismen, vilket handlar dels om möjligheten att föra en vetenskaplig diskurs om värderande ställningstaganden dels om avvägningen som diskursens mål.

Kapitlets andra del utgörs dels av en rättskälleinriktad diskussion om vilka argument som är tillåtna att använda i ett rättsvetenskapligt arbete, dels av en användning av några slags argument (språkliga, teleologiska och etiska) som hjälpmedel vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. I avsnittet om etiska argument återfinns också en kort beskrivning av tre viktiga etiska riktningar – konsekvensetiken, pliktetiken och dygdeetiken – och en viss diskussion om några av deras förtjänster och svagheter. Avslutningsvis följer ett försök att formulera ”en etik för avtalsrätten”, som kan användas vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen.

3.2 Värdeteoretiska begrepp

I detta avsnitt följer en beskrivning av samt en viss diskussion om olika värdeteoretiska begrepp.[133] Syftet är, som nämnts, att tillhandahålla redskap för den fortsatta rättsteoretiska och rättsvetenskapliga analysen. Värdeteorin analyserar värdeomdömen ur filosofisk synvinkel, bl a ur kunskapsteoretisk, språkfilosofisk, metafysisk och logisk synvinkel.[134] För att närmare förstå innebörden av till exempel rättspositivism och rättsrealism är det praktiskt att använda sig av ett antal värdeteoretiska begrepp.

Bergström uppställer i sin bok ”Värdeteori” en taxonomi för värdeteorin, dvs en klassifikation av värdeteoretiska ståndpunkter.[135] Han skiljer därvid mellan

---

[132] Se vidare delavsnitt 3.3.1 angående problemet att det finns många varianter av rättspositivism.
[133] Framställningen bygger i huvudsak på Bergström, Lars, Värdeteori, 2 uppl, Stockholm 1992. Med hänvisning till avsnittets begränsade syfte, menar jag att det bör anses rimligt att utgå från ett begränsat litteratururval.
[134] Bergström, a a, s 10
[135] Bergström, a a, s 64 f

värdesemantik, värdeontologi och värdeepistemologi samt sorterar in olika åsikter i värdefrågor i sin taxonomi.[136]

Värdesemantiken besvarar den språkfilosofiska frågan ”Vad menar en viss person att vederbörande utför för ’språkhandling’, när vederbörande avger ett värdeomdöme om någon eller något?”. Med andra ord skulle man kunna fråga ”Vad vill en viss person ge uttryck för/vad menar en viss person, när vederbörande avger ett värdeomdöme om någon eller något?”. De tre värdesemantiska ståndpunkter som Bergström beskriver är objektivism, naturalism och emotivism.

Är man **värdeobjektivist** och säger att en viss handling är god – dvs avger ett värdeomdöme om handlingen – menar man att ett visst sakförhållande föreligger, att handlingen har en (icke reducerbar) värdeegenskap, nämligen att vara god.[137] Att en värdeegenskap enligt värdeobjektivismen är icke reducerbar innebär att den *”…inte uttömmande kan definieras med någon eller några egenskaper som betecknas av något annat än värdetermer”*.[138] Den sistnämnda ståndpunkten utgör den huvudsakliga skillnaden mellan värdeobjektivism och naturalism.

Är man **naturalist** anser man nämligen att värdeomdömen betecknar empiriska egenskaper, dvs att värdeomdömet ”god” kan definieras uttömmande genom att man räknar upp vissa med de empiriska vetenskapernas metoder fastställbara fakta, som skall föreligga för att något skall vara ”gott”.[139] Peczenik menar till exempel att Nozicks rättviselära bygger på en naturalistisk hållning i och med att den *”…likställer rättvisa med vissa fakta. /…/ En rättvis överlåtelse likställs med att innehavaren frivilligt överlåtit denna sak. Ett rättvist statsskick likställs med det faktum att statens uppgifter bestämts genom frivilliga överenskommelser som skyddar så förvärvade innehav”*.[140]

En **emotivist**, slutligen, anser att värdeomdömen är uttryck för inställningar till saker och ting, och inte för att man menar att ett visst sakförhållande föreligger, dvs att något har en viss egenskap.[141] Om en emotivist uttalar en värdesats, till exempel ”det här är ett gott avtal”, vill han inte säga någonting annat än att han eller hon tycker om det aktuella avtalet, att han eller hon har en positiv inställning till avtalet.

Från värdesemantiken skiljer Bergström **värdeontologin**, som helt enkelt kan sägas söka besvara frågan: ”Finns värden?” eller – om man så vill – ”Kan värden vara sanna eller falska (eller kan de varken vara sanna eller falska)?” Han

[136] Bergström, a a, s 66
[137] Bergström, a a, s 61
[138] Bergström, a a, s 64
[139] Bergström, a a, s 63
[140] Peczenik, a a, s 426
[141] Bergström, a a, s 25

identifierar tre huvudsakliga värdeontologiska hållningar: värderealism, värdeidealism och värdenihilism.[142]

Värderealismen utgår ifrån att värden finns och att de kan vara sanna i objektiv mening.[143] Att de kan vara sanna i ”objektiv mening” innebär, om jag tillåts en något ofilosofisk formulering, att ett värdeomdömes sanningshalt är oberoende av om människor existerar eller inte. Satsen ”Omberg från sjösidan en sensommarkväll är vackert”[144] kan enligt värderealismen vara sann på samma sätt som satsen ”Ombergs högsta punkt befinner sig 263 meter över havet”. Att det sistnämnda påståendet är sant, oavsett om någon människa har brytt sig om att mäta höjden eller inte och oavsett om det alls finns några människor på jorden eller inte, torde vara uppenbart. Värderealisten anser att även det förstnämnda påståendet är sant på samma sätt. Skönheten skulle därmed inte sitta i betraktarens öga, utan existerar helt oberoende av om det finns människor eller inte.

Värdeidealismen (som Bergström även kallar värdekonstruktivism) utgår också ifrån att värden finns och att de kan vara sanna, men endast sanna i subjektiv mening.[145] Det innebär att en värdeidealist ser värden som skapade av människor. Om det inte funnes några människor, skulle inte heller några värden existera. Omberg är vackert enbart så länge det finns människor som kan titta på det och avge ett värdeomdöme.

Värdenihilismen, slutligen, har som huvudtes att värden inte existerar, och att värdeomdömen därmed varken kan vara sanna eller falska.[146] Om jag säger att Omberg är vackert har jag inte givit uttryck för något som kan bevisas eller falsifieras, utan bara luftat min inställning till berget i fråga.

Värdeepistemologin besvarar två spörsmål: ”Kan vi få kunskap om värden (kan vi ha rationellt underbyggda åsikter om värden) och, om svaret är ja, hur får vi kunskap om värden?”. När det gäller kunskapsbegreppet faller Bergström tillbaka på Platon och säger att kunskap (vetande) förutsätter tro, sanning och goda skäl.[147] Någon *vet* att ett avtal tillkommit till följd av råntvång, (1) om han *tror* att avtalet tillkommit till följd av råntvång, (2) det är *sant* att avtalet tillkommit till följd av råntvång och (3) han har *goda skäl* att tro avtalet tillkommit till följd av råntvång.

Detta illustrerar att kunskap inte är en gång för alla given, varken inom naturvetenskaperna eller någon annan vetenskap. Det man förr trodde var sant

---

[142] Bergström, a a, s 66
[143] Bergström, a a, s 73
[144] Den geografiskt fåkunnige kan upplysas om att Omberg är Östergötlands högsta berg, att det delas mellan Ödeshögs och Vadstena kommuner och att dess västra sida speglar sig i Vättern.
[145] Bergström, a a, s 65 f
[146] Bergström, a a, s 66.
[147] Bergström, a a, s 89

med avseende på atomernas beskaffenhet, nämligen till exempel att de var små, kompakta partiklar, universums minsta byggstenar, vet vi nu är osant (vi har nu kunskap om att det är osant). Atomerna består, såvitt vi nu vet, av bland annat elektroner, protoner och neutroner. Forna tiders fysiker hade således inte den kunskap om universums uppbyggnad som de trodde sig ha. Förmodligen tror vi oss nu ha kunskap om en hel del företeelser, som senare tiders forskning skall visa att vi inte alls hade kunskap om. (Observera att detta konstaterande inte innebär att jag anser att sanning är föränderlig på samma sätt som kunskap. Det var lika sant förr som nu att atomer består av än mindre partiklar, men man hade inte kunskap om att det förhöll sig på det sättet.)

När det gäller skillnaden mellan att det är sant att avtalet tillkommit till följd av råntvång och att en person har goda skäl att tro att avtalet tillkommit till följd av råntvång, förefaller det sistnämnda innebära att det måste finnas rimliga argument till stöd för tron (uppfattningen måste vara välgrundad), medan det förstnämnda faktumet föreligger oavsett om någon människa kan anföra rimliga argument för det eller inte. Att tro att något är sant i kombination med att det faktiskt är sant innebär således inte att man har kunskap om det, så länge man inte kan anföra några argument för att det är rimligt att tro att det är sant. Enbart att något är sant är alltså inte ett gott skäl att tro att det är sant![148]

Om man vill komplicera tillvaron, menar jag att det kan vara intressant att problematisera sanningsbegreppet och sanningskriteriet i definitionen av kunskap. Ovan hävdas att sanningen är objektiv, medan vår kunskap förändras, bland annat i takt med att vi inser att sådant som vi trott har varit sant i själva verket har varit falskt, medan annat som vi betraktat som falskt har visat sig vara sant. Om vi reviderar vår syn på vad som är sant, reviderar vi därmed också innehållet i vår kunskap. *(”Det skall vara möjligt att ha goda skäl för något som ändå visar sig vara falskt”*, skriver Bergström.[149]) Tidigare generationer fysiker hade inte kunskap om universums minsta byggstenar, trots att de (och alla andra) trodde att de hade sådan kunskap. Vi kan således inte, bortsett från i relativt enkla situationer, med säkerhet säga vad som är sant och inte sant. Det vi kan säga är om det finns goda argument för en viss uppfattning eller inte.

Av de tre kunskapskriterierna är det alltså strängt taget så, att vi här och nu endast kan se om det första och det tredje är för handen eller inte. Sanningskriteriet kan vi vanligen endast ha en uppfattning om, varför sanningskriteriet för oss ofullkomliga människor tycks smälta samman med ”goda skäl-kriteriet”. Om den framtida vetenskapliga diskursen inte leder till någon annan uppfattning om vad som är sant än den vi hyser i dag, innebär det att vi hade den kunskap vi trodde oss ha, i motsatt fall innebär det att vi inte hade sagda kunskap. I många fall blir det, mot bakgrund av det sagda, ”goda skäl-kriteriet” som avgör om vi kan anses ha kunskap eller inte. (Bergström likställer i

[148] Jfr Bergström, a a, s 93 f
[149] Bergström, a a, s 90

en formulering ”kunskap” med ”rationellt underbyggda åsikter”[150], vilket tycks ligga i linje med detta påstående.)

Bergström menar att det finns två huvudsakliga sätt att besvara de epistemologiska frågorna på, dels det som kognitivismen levererar, dels det som skepticismen har att erbjuda.[151]

Det som är gemensamt för alla **kognitivister** är att de svarar ja på fråga ett. De anser således att det är möjligt att nå kunskap om värden. Däremot skiljer sig svaret på ”hur-frågan” avsevärt mellan olika inriktningar. De viktigaste varianterna av kognitivismen är fundamentism och koherentism.

Fundamentismen innebär att vi kan *”nå kunskap genom att utgå från vissa uppfattningar som inte behöver ytterligare stöd”*.[152] Dessa uppfattningar är välgrundade i sig själva och behöver inte bevisas. Även fundamentismen kan indelas ytterligare, närmare bestämt i rationalism och empirism.

Rationalismens tanke är att vissa åsikter är så självklara att alla rationella människor inser dem med hjälp av enbart sitt förnuft. Bergström refererar till Sidgwick, som ansåg att det är självklart att man inte bör föredra något mindre gott nu framför något större gott senare.[153]

Empirismen bygger på tanken att man kan nå kunskap om värdefakta genom empiriska observationer eller intuitiv varseblivning. *”Det är alltså fråga om en varseblivning eller observation av ett värdefaktum.”*[154] Om man ser att en konstitution tillkommit genom frivilliga överenskommelser mellan medborgarna i staten, och författningen skyddar rättigheter som förvärvats genom avtal, ser man samtidigt att konstitutionen är rättvis.

Koherentismen anser att man bör sträva efter att ens åsikter i olika frågor (ens åsiktsmängd) skall utgöra en sammanhängande (koherent) helhet.[155] Om de olika åsikter man företräder är logiskt förenliga och kanske till och med implicerar eller bevisar varandra är åsiktsmängden sammanhängande. Värdeomdömen kan ingå i en koherent åsiktsmängd och bidra till att den blir mer sammanhängande. Det skulle betyda att man kan ha kunskap om värden.

Värdeskepticismens bärande idé är att det inte går att nå kunskap om värden. Detta förklaras i de flesta fall sannolikt av att värdeskepticismen och värdenihilismen går hand i hand. Om man inte tror att värden finns, tror man självfallet inte heller att det går att nå kunskap om värden.

---

[150] Bergström, a a, s 66
[151] Bergström, a a, s 66
[152] Bergström, a a, ib
[153] Bergström, a a, s 96
[154] Bergström, a a, s 97
[155] Bergström, a a, s 66 samt 100 ff

3.3 Rättspositivismens och rättsrealismens tillkortakommanden

3.3.1 Inledning

Det är måhända inte okontroversiellt att påstå att traditionell rättsdogmatisk metod och de positivistiska utgångspunkter den vilar på utgör paradigmet inom svensk rättsvetenskap – kanske är det kontroversiellt att påstå att det alls finns ett paradigm inom rättsvetenskapen – men Hellner hävdar i alla händelser att *”[p]ositivism i den mening som nu åsyftas torde kännetecknа större delen av den rättsvetenskap som bedrivs i Sverige”*.[156] Om man, som jag, anser att vissa inslag i den positivistiska vetenskapssynen är problematiska och avser att i viss utsträckning bedriva rättsvetenskapligt arbete som sannolikt inte i varje avseende är förenligt med rättspositivismens krav, tycks det därför finnas goda skäl att närmare analysera rättspositivismen, söka påvisa vilka problem den ger upphov till, förklara vad man vill göra som inte är förenligt med positivismen samt på vilka grunder man anser det vara berättigat att göra så. Att rättsrealismen också nämns i rubriken beror på att den ur Uppsalaskolan sprungna ”skandinaviska realismen” har haft betydande inflytande på svensk rättsvetenskaplig forskning och att den i flera avseenden kan sägas ge upphov till samma problem för rättsvetenskapen som rättspositivismen gör.[157] Den bör därför något uppmärksammas, oavsett om den kan antas utgöra en del av det rådande rättsvetenskapliga paradigmet eller inte.

Rubriken till avsnittet är egentligen missvisande. Varken rättspositivism eller rättsrealism är entydiga begrepp, utan har som bekant formulerats på olika sätt av olika författare.[158] Det är alltid riskabelt att använda denna typ av svepande begrepp, eftersom utsagor om hur rättspositivismen i bestämd form singular ser på den ena eller den andra frågan kan angripas med hänvisning till någon rättspositivistisk författare, som haft en annan åsikt i frågan. För denna avhandlings vidkommande torde det dock räcka att diskutera några kännetecken som brukar anses karaktärisera rättspositivism och rättsrealism, väl medveten om att varje kännetecken kanske inte återfinns hos varje förekommande rättspositivistisk/rättsrealistisk skolbildning eller författare. När uttryck som ”rättspositivismen” och ”rättsrealismen” används innebär det således en medveten förenkling.

---

[156] Hellner Metodproblem, s 126. Ett exempel på en nyligen presenterad avhandling, där författaren uttryckligen bekänner sig till positivismen, är Norberg, Per, Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden, Lund 2002. Se i synnerhet s 18 f.

[157] Jfr Peczenik, a a, s 394 ff.

[158] Se t ex Hellner som, med referens till Ross och Ott, talar om ett *”flertal varianter”* av rättspositivism och positivism (Hellner Metodproblem, s 117, not 1). Se även Strömholm, a a , s 78 ff.

Rättspositivismen som en uppfattning om grunden för rättsreglers giltighet kan, enligt Hellner, kallas *”rättspositivism i inskränkt mening”*.[159] Den sortens rättspositivism utgår från föreställningen att rättsreglerna är uttryck för någons vilja (statens, suveränens) och att de får sin legitimitet genom detta faktum.[160] Föreställningen att staten som organism skulle ha en egen vilja och andra ”metafysiska” inslag i rättspositivismen kritiserades effektivt av företrädare för rättsrealismen[161], men samtidigt kan man inte bortse ifrån att det ännu är vanligt förekommande att hänvisa till ”lagstiftarens vilja”,[162] vilket onekligen låter som en återklang av det synsätt som ”rättspositivismen i inskränkt mening” står för. Sannolikt avser nutida hänvisningar till lagstiftarviljan inte att ge uttryck för något annat än en respekt för beslut tillkomna i demokratisk ordning.[163]

Intressantare för denna avhandlings vidkommande är det Hellner kallar positivism inom rättsvetenskapen, varmed vanligen förstås *”…en metod som inriktas på lag, lagförarbeten, rättspraxis och annat material vars existens kan påvisas med enkla medel”*.[164] Till den sistnämnda kategorin material hänför han uppenbarligen även *”rättens konsekvenser för samhällslivet”*, eftersom de, enligt hans uppfattning, kan påvisas med hjälp av empiriskt givet material.[165] Med sådan positivism förknippas ofta också inställningen att allt som är att betrakta som ”metafysik”, det vill säga saknar förankring i empiriskt verifierbara fakta, bör avvisas från rättsvetenskapen. Rättens bindande kraft är oberoende av etiska eller andra utomrättsliga normer (”metafysik”), utan följer av att den har antagits på ett formellt korrekt sätt av därtill behörigt organ.[166] Ett annat viktigt kännetecken på positivism av detta slag är att rättsvetenskapen inte skall värdera.[167] [168] Det torde, om man drar det till sin spets, innebära både att

---

[159] Hellner Metodproblem, s 117.

[160] Hellner Metodproblem, s 117. Jfr Strömholm, a a, s 79. Karl Olivecrona var som bekant en av dem som tydligast tog avstånd från den positivistiska föreställningen att rätten är ett uttryck för lagstiftarens vilja. Han försökte på ett, enligt sin egen uppfattning, mer *realistiskt* sätt förklara vad rätten egentligen är, utan att använda metafysiska begrepp som lagstiftare och lagstiftarvilja. På samma sätt hävdade han att begrepp som ”rättighet” och ”skyldighet” inte betecknar något verkligt (*realistiskt*), några fakta, och därför principiellt är innehållslösa (Peczenik, a a, s 391 f; jfr även Ekstedt, Olle, Journalismen och rätten, JT 1997-98, s 996).

[161] Hellner Metodproblem s 117. Jfr Strömholm, a a, s 82.

[162] Jfr Hellner Metodproblem, s 118.

[163] Samtidigt riskerar dock användningen av uttryckssätt som ”lagstiftarens vilja” i kraft av ordets makt över tanken att ge upphov till illusionen att det bakom varje förarbetsuttalande finns en välövervägd ståndpunkt, vilken riksdagens majoritet ställt sig bakom. Detta kan i sin tur leda till överdriven respekt för förarbetsuttalanden, vilka möjligen inte varit föremål för samma noggranna överväganden som själva lagtexten förhoppningsvis har varit.

[164] Hellner Metodproblem, s 118. Detta är inte en okontroversiell ståndpunkt. I det följande kommer konsekvensetiskt motiverade åsikter att ifrågasättas, bland annat med hänvisning till svårigheten att med empiriska medel påvisa vilka konsekvenser en viss reglering faktiskt ger upphov till.

[165] Hellner Metodproblem, s 125.

[166] Peczenik, a a, s 110. Jfr Fletcher, George P, Basic Concepts of Legal Thought, New York 1996, s 33, där han säger att *”Positivism holds that all law is enacted law”*.

[167] Hellner Metodproblem, s 122 och 125. Den sistnämnda ståndpunkten är, framhåller han, *”…en tillämpning på rättsvetenskapen av den allmänna meningen att vetenskap är enbart deskriptiv och analytisk, inte normativ, vilken ofta anses kännetecknа positivismen”* (s 125). Fletcher framhåller att

rättsvetenskapen inte kan ifrågasätta en positivrättslig norms giltighet med hänvisning till dess innehåll, så länge den tillkommit på ett formellt korrekt sätt, och att rättsvetenskapen inte med anspråk på vetenskaplighet kan formulera ståndpunkter som kräver värderande ställningstaganden.[169] [170]

När det gäller skillnaden mellan rättspositivism och rättsrealism, brukar den av Axel Hägerström grundade Uppsalaskolan betecknas som rättsrealistisk[171], men man ser också ofta Hägerström som en uttalad rättspositivist[172]. Man kan sannolikt hävda att rättsrealismen och rättspositivismen är samstämmiga i värdeteoretiskt hänseende – båda riktningarna tycks stå för emotivism, värdenihilism och värdeskepticism[173] – vilket torde vara grunden till den eventuella begreppsförvirringen.[174] Värdeomdömen anses enbart vara uttryck för

---

Hart ser rättspositivismens främsta kännetecken i att den drar en skiljelinje mellan rätten och etiken (a a, s 33).

[168] Fuller (a a, s 192 ff) beskriver rättspositivism (”analytical legal positivism”) i fem punkter. 1. Rättspositivisten ser lagen som en befallning från lagstiftaren till medborgaren, inte som ett inslag i ett samhälleligt ”samarbete” mellan lagstiftaren och medborgarna. 2. Rättspositivisten frågar inte vad lagen är eller gör, utan varifrån den kommer. Grundfrågan är vem som har rätt att stifta lag. 3. Rättspositivisten ser inte lagstiftaren som innehavare av en speciell roll eller funktion, eftersom det skulle implicera att rollen skulle anpassas i förhållande till andras roller, inklusive medborgarens, vilket skulle göra det svårare att betrakta lagen som en ”en-vägsbefallning”. 4. Eftersom lagstiftaren inte innehar en begränsad roll, finns det ingen ”roll-etik” som begränsar honom, när han fullgör sin lagstiftningsuppgift. Det finns således i princip inga gränser för lagstiftarens makt. 5. Det är nödvändigt att skilja mellan det ändamålsstyrda arbetet med att stifta lag och den lag som blir resultatet av arbetet.

[169] Se angående rättspositivismen i England och Frankrike samt den rättspositivistiska begreppsjurisprudensen Klami, Hannu Tapani, Sanningen om rätten, Uppsala 1990, s 123 ff. Ämnena behandlas inte närmare här.

[170] Kelsens rena rättslära är ett exempel på en mycket konsekvent form av rättspositivism. För honom är rättssystemet i grunden en tvångsordning. Rättsliga normer, såväl offentlig- som civilrättsliga, kännetecknas av att deras efterlevnad kan framtvingas med hjälp av tvångsåtgärder. *”Etiken är enligt Kelsen en samhällelig normativ ordning, som skiljer sig från rätten bl a genom avsaknad av organiserade sanktioner”*, konstaterar Peczenik (a a, s 113). Kelsen betonar således rättens självständighet gentemot etiken, och ”renheten” i hans rättslära var just ”renheten” från etiska och andra icke-juridiska hänsynstaganden (Klami, a a, s 174). Han framhåller bland annat: *”Ty begreppet ’gott’ kan inte bestämmas annat än såsom ’det som bör vara’, det som motsvarar en norm; och om man definierar rätten som norm, följer härav att det rättsenliga är gott.”* Han hävdar också: *”(E)n positiv rättsordnings giltighet är oavhängig av dess överensstämmelse eller icke-överensstämmelse med något moralsystem. /…/ När giltigheten av en positivrättslig norm är i fråga måste man bortse från giltigheten av en mot denna stridande rättfärdighetsnorm…”* (Peczenik citerar Kelsen i a a, s 114). Kelsen anser att rättsliga normer, för att ge rättssubjekten rättigheter och skyldigheter, måste vara stiftade av en rättsauktoritet. Rättsvetenskapens uppgift är, enligt honom, att undersöka rättsnormer och beskriva deras innebörd samt huruvida de är giltiga eller inte. En sådan vetenskaplig utsaga kallar Kelsen en rättssats, och den beskriver värderingsfritt innebörden hos lagar och andra rättskällor (Peczenik, a a, s 112 f, Klami, a a, s 175 ff).

[171] Se till exempel Ekstedt, Olle, Journalismen och rätten, JT 1997-98, nr 4, s 994

[172] Se till exempel Peterson/Sandström, Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda, JT 1999-2000, nr 3, s 763, not 30, där de hävdar följande: *”Uppsalaskolan är emellertid varken först eller ’bäst’ på rättspositivism. På sin höjd kan Hägerström anses vara en särskilt nitisk rättspositivist”*.

[173] Se Peczenik, a a, s 387. Jfr Olle Ekstedts beskrivning i Journalismen och rätten, JT 1997-98, nr 4, s 994 ff.

[174] Fuller sätter etiketten ”positivism” på både det som i denna avhandling benämns rättspositivism och det som benämns rättsrealism, i det att han skiljer mellan *”analytical legal positivism*” och

inställningar, inte försök att beskriva ett sakförhållande, värden existerar inte (i vare sig objektiv eller subjektiv mening) och kan därför inte vara sanna eller falska och man kan inte nå kunskap om värden (eftersom de inte existerar). Mycket av det Hägerström ansåg kan därför användas för att illustrera kännetecken hos båda skolbildningarna. Därmed blir det också för denna avhandlings vidkommande mindre betydelsefullt att söka uppställa en exakt skiljelinje mellan rättspositivismen och rättsrealismen.

Det som framför allt kommer att diskuteras i det följande är de problem för rättsvetenskapen, som uppkommer till följd av den värderingsfrihet båda skolbildningarna uppställer som vetenskapligt ideal och som kan förklaras av skolbildningarnas gemensamma värdeteoretiska grundvalar. För att tydliggöra kritiken mot kravet på värderingsfrihet följer en värdeteoretisk diskussion om emotivism, värdenihilism och värdeskepticism – dock med exempel från rättsvetenskapen – innan diskussionen övergår till problemen med värderingsfrihet i just rättsvetenskaplig forskning. Nära sammankopplad med värderingsfriheten inom juridiken är synen på demokrati och rättssäkerhet, varför de aspekterna också kommer att behandlas.

I den följande diskussionen om värdeteori, värderingsfrihet etc kommer för enkelhetens skull den längre formuleringen ”rättspositivism och rättsrealism” att undvikas. Eftersom de båda skolbildningarna i nu aktuella hänseenden förefaller stå nära varandra, kommer det enbart att talas om rättspositivism, även om en viss karaktäristik sannolikt skulle kunna avse även rättsrealismen.

3.3.2 Skillnaden mellan rättspositivism och rättsrealism – en exkurs

När detta är sagt om rättspositivismen och rättsrealismen, tycks en svag återklang höras av talesättet ”har man sagt a, får man säga b”. Skillnaden mellan de båda skolbildningarna är kanske inte avgörande för föreliggande avhandling, men inte desto mindre intressant att diskutera. Här följer därför ett kort avsnitt, där min syn på skiljelinjerna behandlas. Avsnittet kan naturligtvis förbigås, utan att läsningen av den fortsatta avhandlingen försvåras.

Uppsalaskolans rättsrealistiska filosofi tillkom, som ovan antytts, delvis som en reaktion mot rättspositivismen.[175] Positivismen uppfattades inte på ett tillräckligt

---

”behavior-pattern positivism” och menar att den sistnämnda sortens positivism var kännetecknande för den amerikanska rättsrealismen, som definierade lag som *”the behavior patterns of judges and other officials”* (Fuller, Lon L, The Morality of Law, 2 uppl, New Haven 1969, s 191). Jfr Hellner, som i Metodproblem, s 44, säger att den skandinaviska realismen står för *”…ett slags sociologisk förklaring av rättsreglerna”*. Jfr Klami, a a, som säger att *”[s]åväl normativism som realism har på vårt århundrade varit ganska rättspositivistiskt orienterade, vilket väl beror på den filosofiska positivismens självklarhet”*. Han framhåller dock att det inte måste vara så.

[175] Jfr Peczenik, a a, s 373, där han talar om *”…Uppsalaskolans skepticism gentemot traditionell juridik…”*. Se angående amerikansk rättsrealism t ex Strömholm, a a, s 90 ff, Peczenik, a a, s 367, Klami, a a, s 164 ff och Fuller, a a, s 226-227 samt 191.

konsekvent sätt ha ”gjort rent hus” med olika ”metafysiska” begrepp inom juridiken, t ex rättvisa, rättighet, skälighet och lagstiftarvilja.

För att illustrera skillnaden mellan rättspositivismen och rättsrealismen, kan man dock börja på ett måhända något mer kontroversiellt sätt. Den tyske professorn Wolfgang Naucke utnämner den inte helt obekante Machiavelli (1469-1527) till den förste rättsrealisten.[176] Machiavellis rättsfilosofi grundar sig enbart på sådana empiriska erfarenheter om människors sätt att bete sig mot varandra som han menar att mänskligheten genom tiderna har gjort. Hans slutsatser är såväl pessimistiska som cyniska: *”auf der Welt gibt es nur Pöbel”*[177]. Han säger också att man måste utgå ifrån *”…dass alle Menschen schlecht sind, und dass sie stets ihren bösen Neigungen folgen, sobald sie Gelgenheit dazu haben”*[178].

Med denna ”realistiska” syn på människan som utgångspunkt, menar Machiavelli att människorna måste skyddas mot varandra och att detta skall ske med hjälp av staten. Statens verktyg är makten och rätten: *”Die hauptsächlichen Grundlagen, die alle Staaten brauchen … sind gute Gesetze und ein gutes Heer”*[179]. Exakt vad lagarna skall innehålla är mindre viktigt för Machiavelli. Värdenihilismen är tydligt artikulerad hos honom. Det betydelsefulla är att lagarna fyller sin funktion, nämligen att hålla ordning på medborgarna.[180] Därmed torde troheten mot lagens bokstav inte bli lika viktig för Machiavelli som för rättspositivismen – det är resultatet som räknas.

Samma strömning kan man se i Uppsalaskolan. Axel Hägerström och hans efterföljare är, liksom Machiavelli och liksom positivisterna, tydliga när det gäller att rättens bindande kraft är oberoende av etiska eller andra utomrättsliga normer. I grunden ligger också positivismens betonande av det faktiskt iakttagbara och mätbara som enda källor till kunskap. Emellertid – och det är här ”realismen” kommer in – vill Uppsalaskolan lyfta fram samhällsnyttan som överordnat ”tolkningsverktyg” i rättstillämpningen.[181] I utilitaristisk anda menar man att rättsskipningen bör vara inriktad mot att söka lösningar som leder till största möjliga nytta (vilket uppfattades som en någorlunda mätbar storhet), vilket kan motivera en mindre trohet mot rättskällorna än den som kännetecknar positivismen. Machiavellis önskade resultat – att hindra människorna från att

---

[176] Naucke, Wolfgang, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 3 uppl, Berlin 1996, s 53 ff

[177] *”I världen finns endast pöbel”*. Naucke, a a, s 54, citerar Machiavellis Fursten.

[178] *”…att alla människor är dåliga, och att de följer sina onda böjelser så snart de har tillfälle därtill”*. Naucke, a a, ib, citerar Machiavellis Discorsi (i tysk översättning).

[179] *”De huvudsakliga grundkomponenter, som alla stater behöver, är bra lagar och en bra armé”*. Naucke citerar Fursten, a a, s 55.

[180] Detta har egentligen inte så mycket att göra med omsorg om ”pöbeln”, utan handlar mer om att säkra furstens makt, vilket som bekant är Furstens tema. Jfr Naucke, a a, s 55.

[181] *”De förespråkare för Uppsalaskolan som överhuvudtaget kunde tänka sig några förnuftiga värderingar hade en stark benägenhet att basera dessa på en konsekvensbedömning”*, skriver Peczenik i a a, s 374.

förgöra varandra och att säkra furstens makt – ersätts av ett annat mål, men tankestrukturen är densamma.[182]

För att förtydliga tankegången ytterligare: man kan hävda att både rättspositivisten och rättsrealisten menar att rätten kan utläsas ur sådant som är iakttagbart och mätbart och att både positivisten och realisten intresserar sig för lagstiftningens ändamål – det som skiljer dem åt är att positivisten typiskt sett söker identifiera ändamålen genom att ta del av de erkända rättskällorna, d v s strikt inom rättssystemets ram, medan realisten kan gå utanför systemets ram och leta efter ändamålen i det (iakttagbara och mätbara) samhälle, i vilket lagstiftningen skall fungera.[183] Värdeteoretiskt tycks ingen skillnad föreligga, utan olikheten består i vad som skall bli föremål för empiriska observationer.[184]

3.3.3 Emotivismens svagheter

Den värdesemantiska emotivismen bör som nämnts betraktas som en del av det positivistiska ”konceptet”. Om någon gör en värdeutsaga, innebär detta, enligt emotivismen, att vederbörande endast delar med sig av sina inställningar till något, inte att talaren beskriver ett sakförhållande. Är detta en rimlig ståndpunkt?

Ett vanligt argument till stöd för emotivismen är att vi människor är och förblir oeniga i värdefrågor, medan den empiriska forskningen på olika områden tenderar att göra oss mindre och mindre oeniga i ”sakfrågor” i takt med att vi lär oss mer och mer om hur den materiella världen faktiskt är beskaffad. Det skulle tala för att värdeomdömen inte beskriver sakförhållanden, utan enbart känslor,

---

[182] Hägerström hade dock ett starkt socialt engagemang, även om han förnekade existensen av objektiva värden, till exempel rättvisa. Han skriver bland annat: *”Skulle inte den sociala klass, som vill fram, kunna upprörs blott och bart av själva faktum, blott och bart av sina bristande möjligheter i livskampen, blott och bart av undanskjutandet, när den känner sin egen sociala betydelse? Skulle man icke omedelbart kunna bli upprörd över mänskligt lidande utan att tro på dess orättfärdighet?”* (Hägerström, a a, s 109 f). Det ligger nära till hands att i denna hållning se grunden till Hägerströms utilitarism. Lagstiftningens ändamål är att öka samhällsnyttan, d v s minska lidandet och öka välståndet.

[183] Jfr vad som ovan nämnts om den skandinaviska realismens sociologiska förklaring av rättsreglerna (Hellner Metodproblem, s 44) och den amerikanska realismens ”beteendemönsterpositivism” (”behavior-pattern positivism”) (Fuller, a a, s 191). Jfr även Klami, a a, s 162 ff.

[184] Det skulle kunna uppfattas som om Uppsalaskolan står för en naturalistisk åskådning i värdesemantisk mening, i och med att man på ett sätt söker efter ”börat” i ”varat” (den fysiska verkligheten). Detta är dock knappast korrekt. En naturalist anser att värdeord är ett slags empiriska omdömen, de beskriver något som kan prövas empiriskt (jfr ovan samt Bergström, a a, s 44 ff). Uppsalaskolans intresse för verkligheten har emellertid ingenting med prövning av värdeord att göra. Emotivisten Hägerström skulle aldrig gå med på att en ”rättvis” konstitution kännetecknas av den ena eller den andra empiriska omständigheten. Värdeord som ”rättvisa” är för honom enbart uttryck för känslor, inställningar. Han iakttar verkligheten för att få reda på vilka ändamål en viss lagstiftning har, inte för att få reda på vad som är ”gott” eller ”rättvist”.

inställningar, för om de beskrev sakförhållanden, skulle vi i takt med utvecklingen gå mot ökad enighet också i värdefrågor.[185]

Personligen anser jag, liksom Bergström[186], att det här inte är ett särskilt övertygande argument. Också många åsikter om den fysiska verklighetens beskaffenhet är i hög grad omstridda (Vilken påverkan på klimatet har koldioxidutsläppen?), och även teorier som länge har betraktats som ”sanna” har visats vara oriktiga av senare forskning (Universums minsta byggstenar är atomer!). Dessutom finns det fog för att hävda att oenigheten i en del värdefrågor har minskat. Allmänna uttalanden om människors ståndpunkter i värdefrågor och förändringar därav inrymmer ett inte obetydligt mått av förenkling, även om man begränsar sig till den västerländska kulturkretsen, men det förefaller rimligt att hävda att enigheten under efterkrigstiden har ökat beträffande till exempel att rasism och raåtskillnad bör motverkas, att jämställdhet mellan kvinnor och män är eftersträvansvärt och att det marknadsekonomiska systemet (låt vara att det kanske inte kan beskrivas som ett enhetligt system) bör föredras framför planekonomiska system. Det finns förvisso även krafter som verkar i motsatt riktning, och de kan från tid till annan vinna ökat stöd, men huvudtendensen när det gäller människors värdeståndpunkter är, vågar jag påstå, den just beskrivna.

Hägerström hävdar att om vi inte hyste några känslor, så skulle vi inte anse att något vore gott eller ont, rätt eller fel. Däremot skulle vi kunna konstatera fakta om sakförhållanden. *”Att något skulle vara bättre än något annat, blir för den likgiltige åskådaren meningslöst”*, menar han[187]. *”…idéerna om rättvisa och orättvisa bestämmas av våra känslor”*, skriver han också[188]. Därmed skulle värdeomdömen inte kunna vara något annat än inställningar, känsloyttringar. Hägerström tycks här förutsätta det som skall bevisas på ungefär detta sätt: ”I och med att värdeomdömen inte är uttalanden om sakförhållanden, utan känsloyttringar, skulle de vara meningslösa om vi människor inte hyste känslor, och eftersom de är meningslösa om vi inte hyser känslor, så kan de inte vara uttalanden om sakförhållanden”. Det förefaller mera rimligt att påstå att värdesatser har mening, oavsett om den som uttalar dem bryr sig det minsta om satsens innehåll eller inte. Nog kan man väl säga så här: ”Jag kan se att det finns många goda argument för att det här avtalet är orättvist, men jag är helt ointresserad av både avtalsrättsliga frågor och mina medmänniskors väl och ve, så jag struntar fullkomligt i om avtalet är rättvist eller orättvist”.

Ett intressant argument[189] mot emotivismen är det faktum att vi faktiskt förefaller söka kunskap[190] i värdefrågor och visa att värdeståndpunkter är korrekta eller

---

[185] Man kan diskutera om detta verkligen är ett argument huvudsakligen för emotivismen, eftersom det skulle kunna ses som ett stöd för värdenihilismen (”värden finns inte”). Å andra sidan har det förvisso bäring även värdesemantiskt, varför det kan passa in under befintlig rubrik.
[186] Bergström, a a, s 31 f
[187] Hägerström citeras av Bergström, a a, s 33.
[188] Hägerström, Axel, Om social rättvisa, i Socialfilosofiska skrifter, s 109
[189] Bergström delar upp detta resonemang i två argument, se a a, s 34 ff.

felaktiga. Vi känner oss inte sällan osäkra i värdefrågor, till exempel om vi är för eller emot livstidsstraff, och då strävar vi efter att hitta ett svar på frågan, vi söker argument, vi söker kunskap. Om en ståndpunkt till livstidsstraffet enbart vore en inställning, en känsloyttring, skulle vi emellertid inte behöva några argument för att hysa den. Känslor kräver inga argument.[191] Det är vare sig logiskt eller värdeteoretiskt orimligt att ha följande meningsutbyte: ”Jag känner stor sympati för Jöran Persson, trots att han var en ond människa. Att han var ond visas av att…” ”Själv gillar jag inte Persson, men du har fel när du påstår att han var ond. Tvärtom var han god, eftersom…”

Det sistnämnda exemplet illustrerar en situation, när två personer hyser skilda åsikter i en värdefråga, d v s de anser att deras kunskapssökande har givit dem grund att anse att en viss ståndpunkt är rätt och en annan fel[192], och de försvarar sina åsikter i en diskussion. Känslor, däremot, kan inte bli föremål för en meningsfull debatt, just eftersom de inte kräver några skäl. En känsla kan inte vara rätt eller fel. Att två personer hyser olika känslor är något helt annat än att de är oense i en värdefråga.

Dessutom påpekar Bergström att den som ändrar åsikt i en värdefråga vanligen anser att den tidigare ståndpunkten var felaktig.[193] Eftersom känslor inte kan vara korrekta eller felaktiga, tyder också detta på att värdeomdömen är något annat än känslor.

3.3.4 Värdenihilismens och värdeskepticismens svagheter

Värdenihilismens grundtanke är att värden inte finns och att de därför inte kan vara sanna eller falska. Värdeskepticismen lär att det inte går att få kunskap om värden, en ståndpunkt som ofta (men inte nödvändigtvis måste) motiveras med att värden inte finns. Således finns det skäl att diskutera de ontologiska och de epistemologiska aspekterna av dessa båda positivismens kännetecken i ett sammanhang.

Det argument för värdenihilismen och värdeskepticismen som jag tror att flest människor faller till föga inför är det empiristiska: värdens existens kan inte bevisas med empiriska (”naturvetenskapliga”) metoder, och det är därför lika

---

[190] Exakt vad det är vi då konkret söker efter kan förvisso variera, beroende på vilken värdeepistemologisk inställning vi hyser, men det faktum att vi söker kunskap torde visa att vi anser att sådan kunskap är möjlig att finna. Då kan vi i vart fall inte vara anhängare av värdeskepticismen. Jfr avsnitt 3.2.

[191] Peczenik använder detta konstaterande som ett argument mot värdenihilismen (a a, s 394), vilket illustrerar att argumenten för respektive emot emotivismen respektive värdenihilismen i viss mån flyter samman. Å andra sidan för Bergström ett resonemang (a a, s 74 ff) kring frågan om en emotivist verkligen måste vara värdenihilist. Den frågan får dock bli ett spörsmål för professionella filosofer. Min uppfattning är att emotivismen och värdenihilismen är så intimt förknippade, att det torde krävas inte obetydliga teoretiska manövrer för att kunna förena emotivismen med någon annan värdeontologisk hållning.

[192] Peczenik använder även detta som ett argument mot värdenihilismen, Vad är rätt?, s 395.

[193] Bergström, a a, s 37

omöjligt att på ett objektivt sätt styrka att värden finns som det är att styrka att Gud finns.[194]

Ekstedt är mycket tydlig i detta avseende: *"Efter min uppfattning är värden och värderingar sålunda ställningstaganden hos människor men inte i sig själva företeelser eller egenskaper hos företeelser. Om någon anser att mänskliga värderingar kan vara egenskaper hos fysiska saker eller existera oberoende av en levande människa kommer han i motsättning till gällande naturvetenskaplig kunskap och bör bevisa riktigheten av sina tankar med empiriska metoder"*.[195] Enligt den positivistiska uppfattningen är det endast sådant som kan studeras i tid och rum – på samma sätt som nattfjärilar, kokosnötter och kolföreningar – som kan vara föremål för vetenskaplig bearbetning.

Peterson och Sandström ger uttryck för samma uppfattning med följande illustrativa exempel: *"Ståndpunkten, att det saknas en vetenskaplig metod som gör det möjligt att på* ***vetenskaplig grund*** *slå fast att Hitler var ond och Savigny en hyvens kille, kan därför knappast betecknas som värdenihilism"*.[196] Om man med vetenskap menar empirisk vetenskap, till exempel naturvetenskap, har de självfallet alldeles rätt. Det saknas en *natur*vetenskaplig metod som gör det möjligt att på *natur*vetenskaplig grund slå fast att Hitler var ond. Om man skulle finna Hitlers kvarlevor, skulle man inte kunna lägga dem i ett mikroskop, titta på dem och konstatera att dessa celler en gång utgjorde byggstenar i en ond människa.[197]

Man kan dock ifrågasätta det rimliga i att reservera vetenskapsbegreppet för empiriska vetenskaper och därmed förhålla sig kritisk till värdenihilismen och värdeskepticismen. Peczenik ställer, efter att ha konstaterat att det han diskuterar

---

[194] Fuller, a a, s 118 ff, och Fletcher, a a, s 32 f, framhåller parallellerna mellan positivism inom de empiriska vetenskaperna i allmänhet å ena sidan och rättspositivism å andra sidan.
[195] JT 1998-99, s 829.
[196] Peterson/Sandström, Vett och etikett i rättsvetenskapen. Slutreplik, JT 2000-2001, nr 1, s 234. Peterson/Sandström (Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda, JT 1999-2000, nr 3, s 767, not 43) refererar för övrigt också med gillande refererar till Hägerström som *"understryker det faktum att värderingars sanningshalt inte kan beläggas vetenskapligt"*.. De säger på samma ställe också: *"En person som gör något storslaget, t ex dör för sin övertygelse, kan vara aldrig så beundransvärd, utan att för den skull de värderingar som ligger bakom hans handlande i vetenskaplig mening måste kallas goda*". De menar, som framgår av citatet ovan, att deras ståndpunkt inte kan betecknas som värdenihilistisk. Den värdeontologiska hållningen värdenihilism innebär, som tidigare nämnts, att man anser att värden inte finns och att värdeomdömen inte kan vara sanna eller falska. Den frågeställningen tar Peterson/Sandström inte uttrycklig ställning till i det citerade avsnittet, så deras värdeontologiska inställning kan inte bedömas på enbart den grunden. Däremot förefaller de att ta uttrycklig ställning i värdeepistemologiskt hänseende. De svarar ett tydligt nej på frågan om vi kan få kunskap om värden och har därmed intagit en värdeskeptisk ståndpunkt. Jag har tidigare hävdat att värdeskepticismen och värdenihilismen är nära förbundna med varandra, men det är förvisso inte logiskt omöjligt att vara värdeskeptiker utan att samtidigt vara värdenihilist.
[197] Man bör dock notera att det finns goda skäl att hävda att inte ens naturvetenskaperna är oberoende av forskarnas egna ställningstaganden, alltså av deras värderingar, men det är en helt annan fråga.

är värden medan Ekstedt blandar värdebegreppet med värderingsbegreppet[198], följande frågor: *”Menar Ekstedt att allt som existerar kan bevisas med empiriska metoder? Kan man t ex bevisa med empiriska metoder att det existerar en lösning av matematiska problem, som t ex Fermats teorem? Lösningen har påvisats för några år sedan, men inte genom empirisk observation utan genom en elegant logisk härledning. Kan man bevisa med empiriska metoder att det existerar sådana ting som elementarpartiklar? Elektronernas och andra partiklars existens postuleras av fysikerna för att förklara observationerna. Men det går inte att titta på en elektron.”* [199]

Om nu inte allt som faktiskt finns kan bevisas empiriskt, hur ska man göra då? Peczenik framhåller: *”Vissa filosofer – till vilka jag själv ansluter mig – anser att man får postulera existens av ting som visserligen inte förklarar empiriska observationer men som ger oss meningsfulla skäl för våra praktiska slutsatser. Alltså är den moraliska och politiska debatten meningsfull om det finns värden som man kan debattera om”* . Sedan konstaterar han att politiker till exempel *”…debatterar om det som är eller inte är rättvist, inte bara sina känslor. Att rättvisefrågorna är kontroversiella är en helt annan sak. Vi vet att det finns rättvisa och orättvisa handlingar men vi har problem med att visa vilka som är vilka. Existens är en sak, kunskap en helt annan”* .[200]

Med andra ord: varken den etiska eller den politiska debatten skulle vara meningsfull, om en deltagare sade ”Jag känner så starkt för principen pacta sunt servanda att jag hyser stark känslomässig aversion mot tanken på att jämka avtal med hänvisning till deras innehåll”, och någon annan replikerade ”Nej, fy, så otrevligt det är med avtal som till sitt innehåll är oskäliga. Sådana avtal känner jag att man måste få jämka”.

Det logiska i resonemanget skulle även kunna beskrivas på följande sätt. 1. Människor undviker vanligen att göra meningslösa saker. 2. Etisk och politisk diskussion skulle vara meningslös, om den enbart rörde människors känslor. 3. Människor ägnar sig faktiskt åt diskussion om etiska och politiska frågor. 4. Av det sagda följer att det måste finnas något meningsfullt att diskutera. 5. Om man förutsätter existensen av värden, har man en rimlig kandidat till vad detta ”något” skulle kunna vara.

I värdeepistemologiska termer argumenterar Peczenik här utifrån en kognitivistisk, närmare bestämt en koherentistisk, uppfattning för att det är möjligt att nå kunskap om att värden finns. Antagandet att det finns värden har så högt förklaringsvärde att det tycks vara plausibelt att utgå ifrån att värden

---

[198] Peczenik håller med Ekstedt om att värderingar är ställningstaganden hos människor och inte något som existerar, medan han anser det motsatta om värden, se Peczenik, Objektiva värden i domarens samvete, JT 1999-2000, nr 2, s 504 f. Ekstedt tycks använda de båda begreppen som synonymer.
[199] Peczenik, Objektiva värden i domarens samvete, JT 1999-2000, nr 2, s 505.
[200] A a, ib

existerar – på samma sätt som elektronteorins förklaringsvärde är så stort att den i brist på bättre teorier förtjänar stöd. Hans koherentistiska utgångspunkter gör, framgår det i samma artikel, att han också menar att det är möjligt att nå kunskap om värdena som sådana.[201]

Bergström diskuterar den empiristiska ståndpunkten att *"…ett visst faktum föreligger eller att viss sats är sann, endast om detta ingår som en del i den bästa förklaringen av någon observation",* och att värdesatser inte kan vara den bästa förklaringen till någon observation.[202] Inledningsvis för han ett mångordigt resonemang för att visa att värdesatser nog kan förklara observationer, men jag vill hävda att det räcker att konstatera att den enda ståndpunkt, som det nämnda empiristiska argumentet möjligen kan ge stöd åt, är att värdefakta inte kan bevisas med empiriska metoder. Därefter kan man falla tillbaka på resonemanget ovan angående det orimliga i att reservera vetenskapsbegreppet för empirisk vetenskap.

Några ord förtjänar dock i detta sammanhang Hägerströms uppfattning om verklighetsbegreppet. Han menar att tid och rum är objektiva storheter, och att allt, som verkligen finns, endast existerar i tid och rum. Värdeomdömen är däremot uttryck för känslor, känslor är av inre eller andlig karaktär och det finns inte någon andlig verklighet. *"Ty övergiva vi verkligheten i tid och rum, förlorar all skillnad mellan sant och falskt betydelse. /…/ Och en andlig verklighet, som skulle finnas jämte den i tid och rum, som alltid förutsättes, är en absurditet, emedan den själv såsom för handen jämte den andra nödvändigt blir bestämd genom rummet."*[203] Han resonerar i detta sammanhang också om att verkligheten "besmittas" av känsloupplevelserna.

Peczenik refererar till olika filosofer som hävdar motsatsen, bland andra Kant och Popper.[204] Han pekar bland annat på Poppers tes om tre olika "världar" som *"…kan anses vara verkliga i tre skilda betydelser"*, fysiska ting i fysisk mening, psykiska upplevelser i psykisk mening och begrepp och teorier i begreppslig mening. Det finns således goda argument för att inte bara vår materiella omgivning är verklig, utan att även begrepp, värden etc faktiskt existerar.

---

[201] A a, s 506: "Vårt kulturarv består både av det goda och det onda, men det onda skäms och måste gömma sig bakom lögner. Vidare är det goda koherent, väl sammanhängande, medan det onda är motsägelsefullt." Han citerar där också Belmont: "coherence and goodness have more affinity than coherence and evil".

[202] Bergström, a a, s 85 ff

[203] Hägerström, a a, s 100 f. Att en andlig verklighet vore en absurditet beror, om jag förstår Hägerström rätt, på att en sådan verklighet inte skulle finnas i tid och rum och att något, för att vara verkligt, måste finnas i tid och rum. Därmed skulle en "andlig verklighet" vara en "contradiction in terms". Förutsättningen för absurditeten är dock den premiss angående vad som är verkligt som Hägerström själv ställer upp. Med samma logik skulle man kunna hävda följande: Allt som är verkligt finns i tid och rum eller andligen. Den andliga verkligheten finns andligen. Alltså finns den andliga verkligheten.

[204] Peczenik, Vad är rätt?, s 396 f.

Ett argument för värdenihilismen i samma anda som det empiristiska är att det tycks vara omöjligt att bevisa vem som har rätt i värdefrågor, vilket skulle tyda på att det helt enkelt inte finns någon sanning att upptäcka.[205] Detta argument är dock på ett vis ett cirkelbevis, eftersom det förutsätter att man accepterar värdeskepticismen i epistemologiskt hänseende. Om man å andra sidan företräder någon variant av kognitivismen, menar man att det är fullt möjligt att söka kunskap om värden och att föra en rationell diskussion om värdefrågor (även om vi kanske inte når fullständig kunskap). Detta illustreras ovan med den Peczenikska koherentismen. Vill man, kan man ”vända på cirkeln” och säga att man – med hänvisning till diskussionen ovan – inte accepterar värdenihilismen. Då är det förvisso inte logiskt nödvändigt att också avfärda värdeskepticismen – man kan hävda att värden finns, men att vi inte kan nå kunskap om dem[206] – men det ligger onekligen nära till hands.

3.3.5 Värderingsfrihetens svårigheter

Ett viktigt karaktärsdrag hos rättspositivismen är, som nämnts, dess uppfattning att en rättsvetenskapsman bör förhålla sig neutral till sitt forskningsobjekt och inte göra värderande ställningstaganden. Det är endast lagstiftaren som har rätt att introducera värden – eller snarare värderingar (se distinktionen ovan) – i rättssystemet. Rättsvetenskapsmannens uppgift är att analysera ”gällande rätt”, utan att låta personliga värderingar spela in. Peterson/Sandström skriver (visserligen angående domare, men resonemanget torde vara överförbart även på rättsvetenskapsmännen): *”Domarens mandat att föra in värderande element i den juridiska argumentationen gäller enbart värderingar som redan är inkorporerade i rättssystemet. Intresseavvägningar, som däremot saknar stöd i det begränsade material som de traditionella rättskällorna innehåller, faller utan tvekan utanför den rättsdogmatiska avgränsningen och kan bara uppfattas som ett uttryck för s k lunch justice”* [207].

Denna hållning bottnar i den värdeteoretiska ståndpunkten att det inte finns objektiva värden och att värdesatser endast är uttryck för inställningar (”vad folk tycker/känner”). Något hårddraget och med ett vardagligt språkbruk torde resonemanget kunna beskrivas på följande sätt. Eftersom vad en person/grupp av person tycker (exempelvis beträffande hur en viss intressekonflikt skall lösas) inte kan vara bättre eller sämre än vad någon annan tycker (eftersom det inte finns objektiva värden), skall det tyckande segra som lagstiftaren ställer sig bakom, och någon annan som är verksam inom rättssystemet får därefter inte

---

[205] Bergström kallar detta ”principiell otillgänglighet”, a a, s 81 ff.
[206] Jfr Bergström, a a, s 71.
[207] Peterson/Sandström, Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda, JT 1999-2000, nr 3, s 758. I Juridisk Tidskrift fördes för några år sedan en mycket intressant debatt om grundläggande rättsteoretiska frågeställningar. Huvudkombattanter var å ena sidan professorn i allmän rättslära Aleksander Peczenik och å andra sidan hovrättslagmannen Olle Ekstedt samt rättshistorikerna Claes Peterson och Marie Sandström. En del av det som där framfördes belyser med all önskvärd tydlighet såväl de olika skolbildningarna som deras förtjänster och tillkortakommanden, varför en del av den föreliggande framställningen illustreras med hjälp av denna polemik.

”tycka till” (annat än de lege ferenda). I föregående avsnitt har de värdeteoretiska utgångspunkterna för denna hållning ifrågasatts. I detta avsnitt kommer att påvisas i vilka avseenden kravet på värderingsfrihet är problematiskt för rättsvetenskapen i allmänhet och för rättsvetenskapsmän som arbetar med generalklausuler i synnerhet.

Ett problem är att rättspositivismen förefaller att ha svårt att ge en tillfredsställande teoretisk grund för hur man skall lösa ”svåra fall”, det vill säga fall, där lösningen inte kan utläsas direkt ur lagtexten, antingen eftersom lagtexten är behäftad med någon oklarhet eller på grund av att det aktuella fallet inte regleras av någon lag.[208] När man har att göra med generalklausuler, vilka som bekant kännetecknas av att lagstiftaren endast tillhandahåller en mycket allmänt formulerad lagtext kompletterad med mer eller mindre utförliga förarbeten, måste flertalet fall, där det kan bli aktuellt att tillämpa generalklausulen, betecknas som ”svåra” i den mening som här avses. Man kan inte direkt ur exempelvis 36 § avtalslagen utläsa om ett visst fall bör subsumeras under paragrafen eller inte, utan det krävs en tolkning av paragrafens allmänt hållna rekvisit (beträffande 36 §: oskälighetsrekvisitet).[209] Fall, vilka har stor likhet med situationer som beskrivs i förarbetena eller med situationer som blivit föremål för Högsta domstolens avgörande, är måhända mindre svårbedömda, men det är fråga om en gradskillnad och inte en artskillnad. Förarbetstolkning och företagandet av rättsfallsanalogier är inte okomplicerad verksamhet, vilket diskuteras i det följande.

Peczenik beskriver problemet på följande sätt: *”Lagtolkning i svåra fall stöder sig i alla västerländska rättssystem på olika slags skäl och metoder, såsom bokstavstrogen tolkning, analogi, systematisk tolkning, historisk tolkning och ändamålstolkning. Valet mellan de olika tolkningssätten beror på en värderande avvägning av olika juridiska argument... Vissa juridiska standardargument, såsom laganalogi, är näst intill meningslösa om de inte fylls ut med värderande avvägningar. /.../ Normerna om valet mellan laganalogi och motsatsslut lämnar ...ett stort område öppet för värderande avvägningar mellan olika hänsyn. Detsamma gäller valet mellan olika analogier. Avvägningar är också utslagsgivande i många fall då man bestämmer lagens ändamål. Skall ändamålet bestämmas av lagens förarbeten? Eller skall lagens ändamål bestämmas i enlighet med Ekelöfs förslag, med stöd av lagens verkningar i typiska fall? Eller kanske skall lagens ändamål bestämmas i ljuset av allt vad lagtolkaren vet om lagens tillkomsthistoria och folkets rättsmedvetande? Vilka av dessa data som bör prioriteras i det konkreta fallet beror på en avvägning mellan fallets samtliga omständigheter. Hur man än gör måste slutsatsen om lagens ändamål bygga på olika slags avvägningar... Hur kan då domaren* (eller doktoranden; min

---

[208] Motsatsen är rutinfall, där *”…en klar rättsregel problemfritt kan tillämpas på klara fakta”* (Peczenik, Vad är rätt?, s 329). Fletcher använder uttrycket *”hard cases”* för svåra fall (se a a, s 48 ff).

[209] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 520: *”Den etiska bedömningen är ofrånkomlig vid tolkning av vag lagstiftning, inte minst generalklausuler såsom 36 § avtalslagen om oskäliga avtalsvillkor”*.

kommentar) *göra alla dessa avvägningar utan att i någon mån bygga på eget omdöme - läs egna värderingar."*[210]

Petersons/Sandström upplever att den "bundna lagtolkningsläran" löser problemet med oklar lagtext, eftersom den anger vilka argument domaren får ta hänsyn till då han tolkar lagtexten.[211] *"Bestämningen 'bunden' i uttrycket 'bunden lagtolkningslära' hänvisar i själva verket till rättstillämparens bundenhet till rättskällorna. Denna slutsats kan te sig trivial: principen om s k bokstavstolkning … skulle ge uttryck för uppfattningen att lagtexten har ett objektivt meningsinnehåll som inte bara kan, utan ska leda domaren till ett godtagbart domslut. På motsvarande sätt innebär den subjektiva, teleologiska tolkningsprincipen att lagtexten tolkas mot bakgrund av dess tillkomstprocess."*[212] Ett problem är emellertid hur man skall kunna veta exempelvis när man skall göra en bokstavstolkning, när en subjektivteleologisk tolkning passar bäst eller när det rentav är lämpligt att använda den Ekelöfska objektivteleologiska metoden. Ett annat problem är att man, även om det på något sätt skulle vara uppenbart vilken tolkningsmetod som bör användas, måste göra just det – tolka. Redan genom att använda begreppet tolka, har man sagt att det finns en betydande risk att resultatet av processen inte kommer att vara självklart, eftersom det kan finnas olika meningar om vad som är den mest korrekta tolkningen, även bland tolkare som använder samma metod. Hur skall man då veta vilken av de tänkbara tolkningarna man skall välja?

Det förefaller uppenbart att det krävs en argumentation för att motivera både valet av tolkningsmetod och valet mellan olika tänkbara tolkningar, och att det inte är givet hur de olika argumenten skall vägas mot varandra. Denna avvägning ligger ytterst i den tolkandes händer – men för att ställningstagandet skall accepteras av övriga deltagare i diskursen, måste vederbörande kunna anföra skäl, som övriga deltagare kan acceptera.[213]

Att använda uttryck som lagtolkning i "svåra fall" riskerar i ett avseende att leda tanken fel. Man kan ge upphov till föreställningen att positivismen räcker gott och väl för att lösa låt oss säga 95 procent av alla juridiska problem, medan det enbart är när det gäller de allra mest besvärliga spörsmålen, som det krävs ytterligare överväganden.

Man kan dock hävda att proportionerna snarast är de omvända, på så sätt att det endast är i de allra enklaste fallen man kan komma till en godtagbar lösning utan att göra ett värderande ställningstagande. Om en viss person höll en pistol mot tinningen på sin medkontrahent, när den sistnämnde undertecknade deras gemensamma avtal, kan man sannolikt komma fram till att råntvång förelåg vid avtalsslutet, utan att behöva göra någon lagtolkning i egentlig mening. Om

---

[210] Peczenik, Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken, JT 1998-99, nr 2, s 469 f.
[211] Peterson/Sandström, a a, s 753
[212] A a, s 754
[213] Ytterligare diskussion om detta följer i delavsnitt 3.4.4.

medkontrahenten däremot gör invändningen att han i samband med avtalsslutet blev utsatt för mer subtila påtryckningar (än pistolhot) och att dessa påtryckningar gör avtalet oskäligt med hänvisning till 36 § avtalslagen, blir saken mer komplicerad. Då gäller det att tolka lagrummet i fråga och avgöra om de faktiska omständigheter medkontrahenten beskriver skall anses falla under paragrafen eller inte. Så snart det blir fråga om tolkning, d v s att välja mellan olika i och för sig tänkbara tolkningar av en viss bestämmelse och därmed att välja mellan olika i och för sig tänkbara lösningar av ett konkret fall, krävs ofta avvägningar som lagstiftaren inte tagit ställning till. *"Eftersom juridisk tolkning inte kan rensas från etiska värderingar … går det inte heller att värderingsfritt fastställa tolkningsprodukters giltighet"*, skriver Peczenik.[214] Med tanke på att mycket få fall kan avgöras utan tolkning i någon form är detta ett konstaterande av stor vikt.

Rättspositivismen förefaller även otillräcklig när lagen tiger, d v s när det föreligger en "lucka i lagen". Peterson/Sandström anför dock: *"…juristen inser att en lucka i lagen inte nödvändigtvis behöver innebära en lucka i rätten. Med utgångspunkt i rättens systematiska enhet, som framför allt kommer till uttryck i doktrinen, kan domaren söka fram ett likartat fall som redan underkastats en reglering, för att därefter göra ett s k analogislut. /…/ Varje sådan slutsats kommer … dels att realisera i rättsordningen givna ändamål, dels att vara infogningsbar i rättssystemet"*.[215] Ekstedt, som är praktiskt verksam domare, framhåller följande: *"Rättsprinciperna innebär att domaren söker normer för värderingarna i centrala rättskällor. Det kan vara fråga om analogier eller jämförelser med värderingar som kan läsas ut ur annan lagtext eller ur rättspraxis. Som en särskild rättskälla används förarbetena till den lagtext som är aktuell eller till liknande lagtext. Det kan också hämtas stöd i den juridiska litteraturen i sina fall"*.[216]

Såväl Peterson/Sandström som Ekstedt ger här en rad exempel på förfaringssätt som tycks kräva att juristen gör avvägningar, vilka han knappast kan företaga utan att göra ett värderande ställningstagande, men författarna förefaller anse att detta är rent faktafinnande. *"Det kan också hämtas stöd i den juridiska litteraturen i sina fall"*, säger Ekstedt. Det framstår som något oklart hur man skulle kunna göra detta och samtidigt stå fast vid rättspositivismen. Doktrinen är i många frågor allt annat än enig. Hur skall man veta vilken författare man skall hämta stöd ifrån, om man inte gör en värdering av hållbarheten av de olika anförda argumenten? En sådan värdering kan knappast anses ingå i en objektiv "faktafinnandeprocess".

Analogifallet, som både Peterson/Sandström och Ekstedt nämner, kan analyseras på liknande sätt. Hur vet domaren vad som är ett "likartat fall", när han lägger

---

[214] Peczenik, Vad är rätt?, s 141, under rubriken *"Rättspositivismen har fel när det gäller att fastställa den tolkade rättens giltighet"*.
[215] A a, s 754 f
[216] Ekstedt, Olle, Journalismen och rätten, JT 1997-98, s 1001

fallet han funderar på att använda som grund för sin analogi bredvid det fall han just skall avgöra? Antag att 10 av 15 omständigheter är identiska – räcker det? Om 14 av 15 omständigheter är gemensamma för de båda fallen – kan det inte vara så att det var den som skiljer fallen åt som var avgörande i det tidigare fallet? Det kanske räcker att två omständigheter är identiska, eftersom de är de enda rättsligt relevanta omständigheter som förekommer i fallen. (Om alla 15 omständigheterna är desamma i båda fallen är det inte fråga om en analogi, eftersom fallen då är identiska.) Samma invändningar kan resas mot förarbetsanalogier. Hur vet man att det är rimligt att använda förarbetena till ”liknande lagtext”? Hur går man till väga, när man bedömer om lagtexterna är ”liknande”?[217]

Att det krävs värderande ställningstaganden, när man skall avgöra metodologiska frågor om vilken rättsvetenskaplig författare man skall åberopa eller hur man skall göra när man företar analogislut, förefaller uppenbart. I många fall krävs därutöver, som framhålls ovan, värderande ställningstaganden också, när man med hjälp av de valda verktygen skall avgöra den föreliggande tvistefrågan.[218]

Peterson/Sandström inser att kritik av den här typen kan riktas mot deras ståndpunkt och säger: *”Sammanfattningsvis kan konstateras att härskande metodlära inte utesluter ett värderande inslag i rättstillämpningen. Domaren har uppenbarligen ett visst mandat att anpassa domslutet till såväl billigheten i det enskilda fallet som till det allmänna rättsmedvetandet. Däremot är det lika uppenbart att den juridiska metodläran, som den är utformad, inte ger domaren något utrymme att lufta sina egna värderingar i rättstillämpningen. Dessutom syftar den rättsdogmatiska bundenheten till rättskällorna och utformningen av de juridiska hanteringsreglerna till att minimera behovet av ändamålsöverväganden som inte har stöd i rättskällorna”*.[219] Det förekommer således värderande inslag i rättstillämpningen, men domarens egna värderingar

---

[217] En nyligen framlagd avhandling, där frågan om hur rättsvetenskapsmannen skall förhålla sig till ”luckor i lagen” diskuteras är Norbergs Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden (se ovan). Han konstaterar (s 19) att i sådana fall tvingas *”[ä]ven den rättsdogmatiske domaren … utföra en självständig bedömning av lagens innehåll”*. På Norbergs forskningsområde finns en ”lucka i lagen” och för egen del säger han sig hantera detta problem genom att göra en *”rättssystematisk analys”*, för att *”…klarlägga de gränsdragningsprinciper som har det starkaste (eller kanske minst svaga) stöd som går att hämta i klassiska rättskälleläror”*. Att välja att göra just en rättssystematisk analys måste i sig anses innebära ett värderande ställningstagande, något som också den tolkning av rättssystemet, som leder fram till den systematiska analysens resultat, innebär.

[218] Norbergs ståndpunkt framstår mot bakgrund av det sagda som svår att försvara: *”Min uppfattning är att det endast finns en riktig lösning på varje dilemma som en domstol ställs inför. /…/ Den klassiska svenska rättsdogmatiska analysen av juridiska begrepp som rekvisit binder domstolen till den enda rätta lösningen, dvs den lösning som den lagstiftande församlingen skapat”* (a a, s 19). Det förefaller orimligt att tänka sig att lagstiftaren skulle ha ”skapat” en lösning för varje kommande, enskilt fall. Man kan ställa ett antal frågor för att påvisa det ohållbara i ståndpunkten, utöver den argumentation som förs i detta avhandlingsavsnitt. En av dem är hur ståndpunkten förhåller sig till det faktum att det inte är helt ovanligt att det i förarbetena står att den ena eller den andra frågan överlämnas till rättstillämpningen att lösa.

[219] Peterson/Sandström, Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda, s 757.

får inte förekomma. Vilka värderingar är det då som används? Jo, *”…de värderingar som kan tillåtas spela någon roll för utgången av en process kan endast vara sådana som redan är inkorporerade i rättssystemet”*.[220]

Hellner, som anser sig ha *”…en allmänt positivistisk inställning”*[221], är mer nyanserad än Peterson/Sandström: *”Positivism i den mening som begagnas här utgör … inte något hinder mot att införa värderingar i de rättsvetenskapliga resonemangen. Tvärtom. En stor del av den argumentation som förekommer i rättsvetenskapliga arbeten kan i sista hand föras tillbaka på olikheter i värderingar. Några av dem kan motiveras på objektiva grunder; andra, de mest fundamentala, kan inte motiveras med annat än subjektiva ställningstaganden”*.[222] Hellners exempel på egna ståndpunkter han menar utgör subjektiva ställningstaganden är följande: *”Personligen kan jag exempelvis inte visa några avgörande argument till förmån för min värdering att vid personskador de skadelidandes behov av ersättning bör anses vara viktigare än att tillgodose den ekonomiska effektiviteten, om dessa båda mål kommer i strid mot varandra. Det samma gäller min värdering att i kontraktsrätten det väsentliga konsumentskyddet bör ha företräde framför skyddet för specifika företagarintressen”*.[223]

I vilken utsträckning är Petersons/Sandströms och Hellners uppfattningar förenliga? När Peterson/Sandström talar om värderingar som är inkorporerade i rättssystemet, får man sannolikt till denna kategori värderingar hänföra de fyra värdeståndpunkter som återfinns i citatet av Hellner (skadelidande behöver ersättning, den ekonomiska effektiviteten bör främjas, konsumenter behöver skydd, företagarintressen behöver skydd). Utan att vara expert på vare sig skadeståndsrätt eller konsumentskyddsfrågor, förefaller det mig rimligt att anta att man, om man granskar rättskällorna, kan finna regler som kan sägas vara uttryck för var och en av dessa värderingar. Så långt kan alltså Peterson/Sandström acceptera Hellners resonemang. Däremot är det, att döma av Hellners uttalande, högst tveksamt om man i rättskällorna kan finna något värderande ställningstagande till hur dessa värderingar skall avvägas mot varandra, om de i ett enskilt fall kommer i konflikt. Hur skall man hantera en sådan situation? Domaren får inte *”lufta sina personliga värderingar”*, men rättskällorna ger inget svar. Hellner kommer fram till att det enda som återstår trots allt är ett ”subjektivt” – i betydelsen personligt värderande – ställningstagande. Vad Peterson/Sandström anser om den skisserade situationen framgår inte.

Det är intressant att notera Hellners konstaterande angående det ”subjektiva” valet, ställt i relation till vad Klami säger angående Uppsalaskolans slutsatser

---

[220] A a, s 756.
[221] Hellner Metodproblem, s 127.
[222] Hellner Metodproblem, s 127. Det framstår inte som alldeles klart vad han här menar med ”objektiva grunder”.
[223] Hellner Metodproblem, s 127.

angående lagtolkning: *”Jurister brukar ju ge normrekommendationer avseende ’riktiga’ tolkningar. Det var för Uppsalaskolan*[224] *lätt att visa, att dylika rekommendationer åtminstone delvis baserar sig på* ***värderingar****; sådana kan inte vara föremål för någon* ***vetenskaplig*** *diskussion”*.[225] Detta gjorde att Uppsalaskolans olika företrädare, enligt Klami, valde endera av två vägar.[226] En del fortsatte att ge normrekommendationer, men gjorde inga anspråk på att göra det som vetenskapsmän, utan agerade då i egenskap av rättspolitiker.[227] En del strävade i stället efter att avstå från att avge rekommendationer och valde att arbeta enbart deskriptivt.[228] Hellners uttalande om subjektiva ställningstaganden kan uppfattas som att han anslutit sig till den förstnämnda handlingslinjen. När han säger att han inte kan finna några ”avgörande argument” för det ena eller det andra ställningstagandet, måste han anses mena *vetenskapliga* argument. *Förnuftiga* argument – i betydelsen argument som inte är baserade på känslor och som skulle accepteras i en samhällelig diskussion – för hans ställningstaganden kan man däremot identifiera.[229]

Om Klamis framställning är korrekt, skulle man kunna hävda att Petersons/Sandströms ståndpunkter blir svåra att hållbart motivera. Ställningstaganden i tolkningsfrågor är med nödvändighet värderande.[230] Möjligen är detta ur ett rättspositivistiskt perspektiv något mindre problematiskt för domaren än för rättsvetenskapsmannen, med tanke på att HD uttryckligen har anförtrotts en normgivande roll[231], men för strävan efter den värderingsfria rättsvetenskapen är det ett tydligt problem.

---

[224] Klami diskuterar Uppsalaskolan, men hans resonemang torde kunna omfatta både dess rättsrealism och det som främst diskuteras i detta avhandlingsavsnitt: rättspositivismen. Jfr ovan angående likheten mellan rättsrealismen och rättspositivismen.

[225] Klami, a a, s 170. Ursprungliga kursiveringar markerade med fetstil.

[226] Klami, a a, s 170 f.

[227] Lundstedt var till och med ”riktig” politiker (socialdemokratisk riksdagsman); se Klami, a a, s 170 f.

[228] Man skulle kunna hävda att det även finns en tredje väg, nämligen att fortsätta avge rekommendationer i tolkningsfrågor i egenskap av vetenskapsman, men klä dem i sådan språkdräkt att de ser ut att vara resultatet av ren deskription.

[229] Man kan till exempel på pliktetisk grund hävda att den som förorsakar en skada, oavsett om vederbörande varit vårdslös eller inte, alltid skall betala ersättning till den skadelidande. Eller också kan man åberopa konsekvensetiken och försöka väga de möjliga konsekvenserna av att färre skadelidande får ersättning mot vinsterna av den ökade ekonomiska effektivitet som begränsningar i skadeståndsskyldigheten eventuellt skulle ge upphov till och söka bedöma vilka konsekvenser som är att föredra.

[230] En tänkbar nyansering av en renodlad positivistisk ståndpunkt skulle kunna vara att rättsliga ställningstaganden *så långt som möjligt* skall vara fria från beslutsfattarens personliga värderingar. I det här sammanhanget diskuteras dock, som tidigare nämnts, en renodlad rättspositivism.

[231] Jfr Lind, Johan, Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, JT 1996-97, nr 2, s 362. Peterson/Sandström tar inte upp HD:s normskapande uppgift och hur den förhåller sig till deras rättspositivistiska utgångspunkter.

3.3.6 Positivismen och demokratin

En vanlig rättspositivistisk ståndpunkt är att varje annat sätt att se på rätten är mindre demokratiskt. Sålunda framhåller Peterson/Sandström: *"Genom att ge en politiskt föga representativ domarkår ett vidsträckt politiskt mandat, skulle lagstiftarmakten … inskränkas i motsvarande grad. /…/ En sådan analys* (som Peczeniks; min kommentar) *förutsätter … att det går att ange en hållbar grund för att frångå principen 'en man, en röst' och placera domarna i normgivningens gräddfil"*.[232] Även om frågan om vilken syn på rätten som är mest demokratisk inte direkt påverkar rättsvetenskapsmannens möjligheter att arbeta – till skillnad från kravet på värderingsfrihet, som utgör ett konkret metodologiskt problem (se ovan) – har den principiell betydelse för hur man bör betrakta positivismen och därmed bör man förhålla sig till frågan, om man kritiserar positivismen.

En sådan argumentation synes förutsätta dels att man sätter likhetstecken mellan demokrati och totalt genomslag för majoritetsviljan, dels att man ser det som möjligt att alltid göra juridiska ställningstaganden utan att som jurist göra värderande ställningstaganden. Om det sistnämnda inte är möjligt, vilket är tesen i föregående avsnitt, kan den strikta uppdelningen mellan den lagstiftande och den dömande makten – jämför Montesquieus maktdelningslära – inte upprätthållas. Redan på 1800-talet kritiserades synen på domaren som en "subsumtionsautomat"[233] som värderingsfritt kunde leverera det enda rätta svaret genom att ta del av innehållet i rättskällorna.[234] Eftersom denna fråga diskuterades i föregående avsnitt, skall här behandlas relationen mellan rätt och demokrati.

Inte ens i ett samhälle, där lagstiftaren utses genom fria val, kan lagstiftarens makt, enligt min uppfattning, vara obegränsad. Demokratibegreppet innebär inte endast att makthavarnas beslut skall vara *formellt* legitima, de måste också vara *materiellt* legitima. Demokratibegreppet innefattar, vid sidan av

---

[232] Peterson/Sandström, Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda, s 758 f. Norberg argumenterar i samma anda (a a, s 18) och menar att rättspositivismen *"…ökar genomslagskraften för demokratiskt fattade beslut och skyddar samhället mot 'domstolsstyre genom lagprövning'. Enligt min mening är en sådan tydlig åtskillnad mellan den lagstiftande makten och den dömande makten av godo"*.

[233] Uttrycket är Jherings och återfinns i Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, som refereras av Hellner i Metodproblem, s 31.

[234] När Norberg beskriver sin syn på varför domaren inte skapar rätt, när han avdömer ett fall trots en "lucka i lagen", blir det knappast annat än ren fiktion eller möjligen lek med ord: *"Jag menar att rätten redan finns. Lagarna finns. Hela den övriga normmassan finns. Domarens uppgift är att korrekt avdöma enskilda fall utifrån den stora mängd värderingar som samhället pålagt henne att upprätthålla. Bristen på vägledande prejudikat eller tydliga förarbetsuttalanden innebär inte att domaren skapar rätt. Domaren fortsätter att tolka och tillämpa lagregler i deras samhälleliga kontext"* (a a, s 23 f). Om det inte är att "skapa rätt", när man utifrån abstrakta "värderingar" sedda i deras "samhälleliga kontext" formulerar regler för konkreta fall, kan man fråga sig hur rättsskapande går till – givet att man inte utgår från tankegången att eftersom enbart lagstiftaren har behörighet att skapa rätt, så kan domarens verksamhet per definition inte vara rättskapande. Men då handlar det snarare om att deformera rättsbegreppet än om att säga något om vad som i verkligheten sker.

majoritetsprincipen, sådant som skydd för minoriteter, yttrandefrihet, mötesfrihet etc. Alexis de Tocqueville framhöll i denna anda: *”majoritetens makt … är inte obegränsad. Över den finns … rättvisa och förnuft i moralens värld och hävdvunna rättigheter i politikens värld”*.[235] Peczenik instämmer: *”Sedan urminnes tid har domaren två herrar: överheten och rättvisan”*.[236]

Det handlar således inte om att placera domarna i någon ”gräddfil”, utan om att formulera en teoretisk grund för att upprätthålla strukturer som garanterar samtliga demokratiska rättigheter, inte enbart majoritetsprincipen. Rättstillämparen bör ha möjlighet att överpröva lagstiftarens påbud, och därvid ställa dem i relation till rättsstatens och demokratins grundvärden – på samma sätt som man kan hävda att var och en av oss kan ha skyldighet att ifrågasätta givna befallningar, om befallningarna är orätta. Att göra sådana ställningstaganden innebär alltid svåra avvägningar, men att blint lyda order innebär också ett val.

Härtill kommer att lagstiftaren faktiskt i viss utsträckning uttryckligen har ställt domarkåren i ”normgivningens gräddfil”, genom att tillerkänna i första hand Högsta domstolen och Regeringsrätten normgivningsmakt i egenskap av prejudikatinstanser.[237]

3.3.7 Positivismen och rättssäkerheten

Det kan också vara lämpligt att här något kommentera det vanliga påståendet att positivismen ger tydlighet och förutsebarhet i rättstillämpningen, vilket uppfattas som förutsättningar för rättssäkerhet. Tanken är att om domstolen endast intresserar sig för vad som står skrivet i de erkända rättskällorna, och inte ägnar sig åt etiska överväganden, är det lätt för gemene man att ta reda på vad han har

---

[235] Citeras i Peczenik, Vad är rätt?, s 74 f.

[236] Peczenik, Objektiva värden i domarens samvete, JT 1999-2000, nr 2, s 507. Se även Peczeniks analys av demokratibegreppet i Vad är rätt?, s 63 ff. Han framhåller också att demokrati inte kan likställas med den lagstiftande församlingens obegränsade makt (Vad är rätt?, s 144).

[237] Ett annat allvarligt problem med rättspositivismen är att dess fokusering på formell legitimitet kan ge förödande resultat, för den händelse lagstiftaren är ond. Med tanke på att föreliggande avhandling kretsar kring avtalsrättsliga frågor i den demokratiska rättsstaten Sverige, kommer denna diskussion dock inte att fördjupas i detta sammanhang. Problemområdet kan illustreras med följande citat av Wieacker apropå utvecklingen i Tyskland under mellankrigstiden: *”Insofern aber der moralische und politische Zustand der Gesellschaft … durch das geschriebene Recht selbst nicht verbürgt war, war die Übereinstimmung des positiven Rechts mit dem Rechtsgedanken durch die eigenen Voraussetzungen des Positivismus nicht geschützt”*. (Wieacker, Franz, i Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2 uppl, Göttingen 1967, s 559.) (”I den utsträckning som samhällets moraliska och politiska värderingar inte skyddades av den skrivna rätten, skyddades den positiva rättens överensstämmelse med rättskänslan inte genom positivismens egna förutsättningar.”) Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 199: *”…ingen rättspositivist [kan] godkänna etiska kännetecken på rättssystemets giltighet. Han kan sålunda inte ansluta sig till vår teori om att inget rättssystem (för att kunna betecknas rättssystem, min kommentar) kan vara extremt oetiskt ur en etisk synvinkel. Om han hade godkänt denna teori skulle han i kraft av definition inte längre vara rättspositivist”*.

att rätta sig efter.[238] Mot denna ståndpunkt kan man rikta åtminstone två invändningar.[239]

Att en lag tillkommit i behörig ordning är självfallet ett tungt argument för att den skall följas. Om man anser att det är ett rättssäkerhetskrav att all i behörig ordning tillkommen lag skall följas, fokuserar man emellertid enbart på den formella rättssäkerheten. Betraktar man i stället den materiella rättssäkerhetens krav, innebär det att argumentet om den i behörig ordning tillkomna lagen kan uppvägas av andra argument, t ex att lagen i fråga i ett enskilt fall ger ett oetiskt resultat och därför inte bör tillämpas. En avvägning krävs mellan olika argument.[240]

Dessutom bygger ståndpunkten på samma utgångspunkt som annan positivistisk argumentation som kritiseras ovan, nämligen att det alls är möjligt att fälla rättsliga avgöranden i annat än mycket enkla fall, utan att göra ett värderande ställningstagande. Bull betonar i sin avhandling att den rättspositivistiska uppfattningen att det finns objektivt riktiga svar på juridiska spörsmål är en fiktion, och att därmed inte heller rättspositivismen kan erbjuda medborgarna fullständig förutsebarhet. Också en positivist måste tolka och därmed göra avvägningar grundade på sina värderingar, även om han inte erkänner att det är just det han gör, varför övervägandena döljs bakom t ex intetsägande hänvisningar till ”omständigheterna i fallet”.[241] Sätter man inte på pränt hur man egentligen resonerar, behöver man inte heller intellektuellt göra det klart för sig - och då öppnar man för godtycke snarare än förutsebarhet.

3.4 En vetenskaplig, värdebaserad diskussion

3.4.1 Inledning

Sammanfattningsvis kan sägas att rättspositivismen ger den rättsvetenskaplige forskaren problem genom sitt krav på värderingsfrihet. Ovan har påvisats att tolkning av juridiska texter snart sagt alltid förutsätter ett större eller mindre mått av värderande ställningstaganden från tolkarens sida. Det innebär att kravet på värderingsfrihet blir svårt att upprätthålla, om forskaren vill kunna göra något mer än att rent deskriptivt skildra vad lagstiftaren och domstolarna har sagt.

Ovan har också påvisats att det finns beaktansvärda argument såväl mot rättspositivismens värdeteoretiska grundvalar (emotivismen, värdeskepticismen

---

[238] Peczenik, Vad är rätt?, s 145
[239] Jfr även Holm, a a, s 187 ff.
[240] Jfr Peczenik, a a, s 146. Han framhåller (s 94) att materiell rättssäkerhet innebär *”…en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på rättsnormerna baserade förutsebarheten och andra etiska värden”*. Se angående rättssäkerhetsbegreppet Peczenik, a a, s 89 ff.
[241] Bull, Thomas, Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Uppsala 1997, s 340

och värdenihilismen) som mot viktiga ”inomjuridiska” argument för rättspositivismen (demokratiargumentet och rättssäkerhetsargumentet).

En fråga som då inställer sig är vilka alternativ det finns till rättspositivismen. Om man anser att en rättsvetenskapsman bör kunna göra värderande ställningstaganden, hur kan man rättfärdiga det och hur kan man formulera sådana ställningstaganden, utan att förfalla till känslobaserat tyckande?

3.4.2 Värdeteoretiska utgångspunkter

Som den traditionella motpolen till de rättspositivistiska inriktningarna brukar olika naturrättsliga synsätt anföras.[242] Naturrätten[243] brukar anses omfatta särskilt viktiga etiska normer med universell giltighet i tid och rum och de motiveras inte sällan med stöd av påståenden om människans natur. I synsättet ingår också att de positiva, av människor skapade rättsreglerna endast är giltiga så länge de inte strider mot naturrätten.[244] För att använda värdeteoretiska begrepp, kan man beskriva många naturrättsläror såsom värderealistiska och värdekognitivistiska.[245] Naturrättsanhängare anser typiskt sett att värden finns (och därmed att värdeutsagor kan vara sanna eller falska) samt att man kan nå kunskap om värden. I värdesemantiskt hänseende tycks det finnas både inriktningar som bygger på värdeobjektivism och varianter som utgår ifrån en värdenaturalistisk syn. En värdeobjektivist, som gör en värdeutsaga om en handling, upplever att han uttalar sig om ett visst, föreliggande sakförhållande, nämligen att handlingen har en icke reducerbar värdeegenskap, medan en värdenaturalist anser att värdeomdömen är empiriska omdömen och kan prövas med empiriska metoder.[246]

I det följande kommer dock olika naturrättsliga åskådningar inte att analyseras närmare och naturrättens värdeteoretiska grundvalar kommer endast delvis att behandlas.[247] Skälet är att en vidare analys inte bedöms vara nödvändig för denna avhandlings vidkommande. Syftet är endast att teoretiskt rättfärdiga att en värdebaserad argumentation i rättsliga frågor kan vara vetenskaplig och att ge några utgångspunkter för hur en sådan argumentation bör genomföras, inte att formulera eller försvara en hel naturrättslig tankemodell. För att bearbeta avtalsrättsliga frågeställningar med anknytning till 36 § avtalslagen är det inte nödvändigt att gå djupare än så.[248]

---

[242] Peczenik, a a, s 110.
[243] Även beträffande naturrätten finns olika inriktningar. Det är således en medveten förenkling, när jag talar om ”naturrätten” i bestämd form singular.
[244] Peczenik, a a, s 133 f.
[245] Jfr avsnitt 3.2.
[246] Jfr Peczenik, a a, s 384 ff.
[247] Den intresserade hänvisas till exempelvis Peczenik, a a, s 133 ff, Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s 76 ff, Wieacker, a a, s 249 ff, George, Robert P (ed), Natural Law, Liberalism and Morality, Oxford 1996.
[248] Det innebär att frågor om vad rätten är, vad som menas med gällande rätt, varför rätten bör följas etc (jfr Peczenik, Vad är rätt?) lämnas därhän. En utgångspunkt för detta arbete är att 36 § avtalslagen

I värdeteoretiskt hänseende bör i detta sammanhang följande framhållas. Eftersom vi förefaller söka kunskap[249] i värdefrågor och har en strävan att visa att värdeståndpunkter är korrekta eller felaktiga, tycks det som om värdeomdömen inte är enbart uttryck för känslor eller inställningar, utan faktiskt betecknar någonting verkligt. I samma riktning pekar det faktum att den som ändrar åsikt i en värdefråga vanligen anser att den tidigare åsikten var felaktig. Dessa argument talar, liksom flera andra argument, mot emotivismen och värdenihilismen och samtidigt för värdeobjektivismen och värderealismen.

Ovan beskrivs vidare svagheten i det empiristiska argumentet (och andra argument) för värdenihilism och värdeskepticism (”värdens existens kan inte bevisas med empiriska/ naturvetenskapliga metoder, och det är därför lika omöjligt att på ett objektivt sätt styrka att värden finns som det är att styrka att Gud finns”). Allt, på vars existens vi har goda skäl att tro, t ex elektroner eller lösningen av Fermats teorem, kan inte bevisas med empiriska metoder. Eftersom värdenihilismen och värdeskepticismen inte är särskilt rimliga teorier att bekänna sig till, som ovan visas, finns det goda skäl att företräda någon annan värdeontologisk respektive värdeepistemologisk hållning.

För denna avhandlings vidkommande är det viktigaste värdeteoretiska konstaterandet i föreliggande avsnitt att värdeomdömen inte enbart är uttryck för känslor eller inställningar, utan faktiskt betecknar någonting verkligt, **någonting som det är meningsfullt att föra en vetenskaplig diskussion om**. Värdeomdömen, värderande ställningstaganden är, menar jag, av central betydelse för rättsvetenskaplig argumentation och det är därför av vikt att påvisa att det finns tungt vägande argument som talar för att sådana satser kan göras till föremål för vetenskaplig bearbetning.

Det sagda kan illustreras med följande exempel. En tvist gäller om ett visst avtalsvillkor skall anses vara oskäligt med stöd av 36 § avtalslagen på den grunden att den ena parten förtigit en viktig omständighet för medkontrahenten vid avtalets ingående. Om betydelsen av sådant förtigande inte har behandlats i förarbeten eller praxis, uppkommer frågan hur saken bör bedömas. Man kan tänka sig till exempel följande argument. ”Jag anser att avtalsparter har en plikt att informera varandra om alla väsentliga omständigheter som rör avtalet.” ”Med hänsyn till att rättstillämpningen bör främja anskaffandet av information, bör inte avtalsparter automatiskt ha rätt att ta del av sådan information som medkontrahenten haft kostnader för att anskaffa, eftersom det skulle minska folks intresse att anstränga sig för att insamla information.” Det förstnämnda argumentet är av pliktetisk natur, medan det andra bygger på konsekvensetisk grund.

---

utgör gällande rätt i Sverige och att det därför är relevant att diskutera hur innebörden av paragrafens oskälighetsrekvisit bör bestämmas.

[249] Som tidigare påpekats beror vad exakt vi menar med att söka kunskap på vilken värdeepistemologisk hållning vi stöder.

Ståndpunkterna är exempel på värderande ställningstaganden, men de är inte enbart uttryck för känslor, utan kan uppenbarligen bli föremål för en meningsfull diskussion, eftersom man kan anföra förnuftiga skäl både för och emot dem.[250] Detta faktum torde tyda på att de vilar på något som existerar, förslagsvis värden, men för den som har svårt att acceptera den åsikten, räcker det att konstatera att den här avhandlingen bygger på att man kan föra en meningsfull argumentation beträffande värderande ställningstagandens berättigande, utan att man därför har lämnat rättsvetenskapen och givit sig in på rättspolitikens domäner. (Känslor, däremot, ligger, som framhållits ovan, utom räckhåll för förnuftig argumentation.)

3.4.3 Kravet på vetenskaplighet

Nyss har hävdats att värdeomdömen kan göras till föremål för en *vetenskaplig* diskussion, men vilka krav ställs på en sådan diskussion? Vetenskapsteorin uppställer ett antal kriterier beträffande vad som kännetecknar vetenskap i allmänhet. Det är därför rimligt att ställa sig frågan vilka krav man bör ställa på ett förment rättsvetenskapligt arbete för att det skall kunna betecknas som vetenskapligt.[251]

Två av de viktigaste är kraven på reliabilitet (om en metod: att den är fri från mätningsfel, dvs att den mäter saker rätt) och validitet (att det som studeras är relevant för att lösa det forskningsproblem man formulerat, dvs att man mäter rätt saker). Detta ställer för rättsvetenskapens del självfallet krav på en hur empiriskt material i form av till exempel lagtext, förarbeten och rättsfall skall hanteras. Det empiriska materialet måste vara relevant för det rättsliga problem som studeras och urvalet av material måste ge en rättvisande bild av kunskapsläget (till exempel på det sättet att *såväl* material vilket stödjer *som* material vilket motsäger en viss ståndpunkt bör beaktas). Sakfel, missuppfattningar och uppenbart orimliga tolkningar får inte förekomma.

Samtidigt förefaller kraven på reliabilitet och validitet och deras koppling till mätningar och liknande undersökningsmetoder att vara uppställda för empiriska vetenskaper. Hur förhåller de sig till värderande ställningstaganden, vilket kännetecknar normativa vetenskaper som rättsvetenskapen? Man kan inte

---

[250] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 444: *”Fast etiska och juridiska norm- och värdesatser är ägnade att uttrycka vissa attityder och känslor samt utgöra skäl till handling är de inte **bara** känslouttryck. Man kan ställa sådana frågor som **varför** den och den handlingen är god eller ond och **varför** den och den handlingen bör utföras. /…/ Svar på sådana frågor kan **motiveras** på ett rationellt sätt. /…/ Förmågan att ställa och besvara frågan ’varför?’ är väsentlig för mänskligt tänkande och tankeutbyte”*. (Ursprungliga kursiveringar markerade med fetstil.)

[251] Frågan om rättsvetenskapen alls är en vetenskap har ställts flera gånger av bland andra Jhering år 1868 (se Hellner Metodlära, s 31) och Ekelöf (se Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, först utgiven 1951, omtryckt i Valda skrifter 1942-1990, Uppsala 1991; jfr Hellner Metodlära, s 31).

använda mätmetoder för att komma fram till ett värdeomdöme. Kan man göra normativa utsagor och ändå göra anspråk på att ägna sig åt vetenskap?

Att döma av följande uttalande av Klami (citeras även ovan) är frågan omstridd: *”Jurister brukar ju ge normrekommendationer avseende ’riktiga’ tolkningar. Det var för Uppsalaskolan lätt att visa, att dylika rekommendationer åtminstone delvis baserar sig på* ***värderingar****; sådana kan inte vara föremål för någon* ***vetenskaplig*** *diskussion”*.[252]

Man kan inte nå kunskap om värden eller om värdeomdömens korrekthet med empiriska metoder och då kan man förvisso bortdefiniera sådana frågor från det vetenskapliga området, genom att utgå från positivismen och säga att endast empirisk vetenskap är vetenskap. Om man däremot i motsats till rättspositivisterna anser att värdeutsagor kan bli föremål för vetenskaplig diskussion, blir frågan hur man skall formulera ett krav på vetenskaplighet som är anpassat till de normativa vetenskaperna.[253] Rawls framhåller att normativa satser kan uppfylla kravet på vetenskaplighet, om de är rationellt motiverade[254], och det förefaller vara en rimlig utgångspunkt.

Det vetenskapsteoretiska kravet på verifiering genom experiments upprepbarhet – det vill säga att det någon har gjort skall någon annan kunna göra om med samma resultat – ersätts, som jag ser det, av ett krav på tydliggörande av vilka förutsättningar och argument som lett fram till en viss värdeståndpunkt. Om någon annan betraktar samma fall, kanske vederbörande – under åberopande av andra utgångspunkter och argument – kommer fram till en annan värdeståndpunkt, men han kan ändå förstå hur den förstnämnde personen nådde sin slutsats.[255] För att en värdeståndpunkt skall kunna godtas i en rättsvetenskaplig diskurs, måste den således vara så välmotiverad att den, givet de anförda utgångspunkterna och argumenten, är förståelig. Härtill måste man ställa det självklara kravet att argumentationen är logiskt hållbar, dvs fri från självmotsägelser etc. Det nu sagda är närmast att se som ett formkrav på argumentationen – den skall vara utförlig och logiskt godtagbar.

---

[252] Klami, a a, s 170. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.) Hellner noterar att en del logiska positivister hyst uppfattningen att vetenskapliga satser endast är satser som kan verifieras eller falsifieras (Metodproblem, s 31).

[253] Jfr Kellgren, Jan, Normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning, SvJT 2002, s 522: *”Det är en förekommande uppfattning att endast utsagor som kan falsifieras bör kunna anses vara vetenskapliga. Jag anser … inte att falsifierbarhet är ett helt passande vetenskaplighetskriterium för juridiken”*. (Artikeln finns på s 514 – 530.) Jfr även Hellner som, med referens till Aristoteles, menar att de krav som ställs på en vetenskap måste anpassas till dess ämne (Metodproblem, s 32).

[254] Hellner Metodproblem, s 32. Rawls framhåller: *”There is a definite if limited class of facts against which conjectured principles can be checked, namely our considered judgments in reflective equilibrium”* (A Theory of Justice, Cambridge Mass 1971, s 51; citeras även av Hellner i Metodproblem, s 32 not 8).

[255] Jfr Hellner, som menar att rättsvetenskapens resultat måste kunna *”prövas”* – inte upprepas – av andra vetenskapsmän (Metodproblem, s 32).

För att ståndpunkten skall kunna godtas krävs härutöver att utgångspunkterna och argumenten till sitt innehåll är sådana att de kan accepteras i diskursen. Thomas Bull menar att lagtolkning innebär *"…sökandet efter hållbara, rationella argument för den ena eller den andra praktiska lösningen av ett rättsligt problem"*.[256] Detsamma torde kunna sägas om mycken rättsvetenskap. Det Bull försöker fånga in genom att tala om "hållbara, rationella" argument har rimligen att göra med kravet på argumentens innehåll.[257] Det torde bland annat innebära att argumenten inte får strida mot rättsordningens grundvärden, till exempel principen att människovärdet inte beror på hudfärg, kön, ålder, uppfattning i religiösa och politiska frågor etc eller principen att lika fall skall behandlas lika. Argumenten får rimligen inte heller vara av nonsenskaraktär eller innebära ett brott mot juridiska metodprinciper. Det sistnämnda kriteriet innebär ett krav på korrekt hanterande av empiriskt material (jfr ovan), men när det i övrigt gäller frågan vilka argument som, med hänvisning till metodprinciper, är tillåtna i en rättsvetenskaplig diskurs, återkommer framställningen till den frågan. Eftersom rättspositivismen även inrymmer en (empiriskt inriktad) metodlära, riskerar positivismen att "komma in bakvägen", om man inte bemöter den även på metodlärans område.[258] ("Jag vill vetenskapligt diskutera värdeomdömen, men får endast använda empiriskt grundade argument.") I återstående del av avsnitt 3.4 diskuteras därför formerna för diskursen och avvägningarna, medan argumentens innehåll behandlas i avsnittet därpå.

3.4.4 Diskursteori och avvägningar

> *"Människan har ensam bland djuren fått talets gåva. /…/ …talet [finns] för att visa på det som är till fördel eller skada, och sålunda även det som är rätt eller orätt. Detta är nämligen något speciellt för människan i jämförelse med de övriga djuren, att hon ensam kan uppfatta gott och ont, rätt och orätt, och så vidare, och det är gemenskap i dessa värderingar som bildar hus och stat."*[259]

---

[256] Bull, Thomas, Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens gränser i Sverige, Tyskland och USA, Uppsala 1997, s 314. Bull påpekar där också att utrymmet för argumentation blir mindre ju konkretare en viss paragraf är. Enligt 36 § avtalslagen stadgas som bekant att avtalsvillkor kan jämkas om de är "oskäliga", vilket tycks lämna utrymme för viss diskussion om tolkningen, för att uttrycka saken försiktigt. Att regeringsformen 3 kap 1 § säger att riksdagen består av 349 ledamöter är ett stadgande som å andra sidan inte lånar sig till olika tolkningar.

[257] Hellner anger också som ett allmänt krav på rättsvetenskapen att resonemangen är *"rationella"* (Metodproblem, s 32).

[258] Jfr Hellner, som noterar att *"…det finns olika metodläror som är mer eller mindre oförenliga med varandra. Kraven på vetenskaplighet kommer därför att växla beroende på vilken rättsvetenskaplig metodlära som hyllas"* (Metodproblem, s 33).

[259] Aristoteles i Politiken (1253 a); citeras av Silfverberg, Gunilla, i Hållbar etik i Dygd i yrke och samhälle. Aristoteliska undersökningar om etisk klokhet och social yrkesskicklighet, Tullinge 1999, s 51. *"I det praktiskt inriktade perspektivet uppfattas dialogen som etikens främsta metod i och med det perspektivens omvändbarhet, som finns implicit i vuxna relationer. /…/ En dialog är inte vilket samtal som helst utan ett engagerat samtal, som ingen går oberörd ifrån*", framhåller hon.

Hur skall medborgarna veta vad de har att rätta sig efter, om det inte går att i förväg fastställa ”gällande rätt” för varje tänkbar situation? Bull anser att *”påståenden om innehållet i gällande rätt kan … sägas vara riktiga i den del de omfattas av en viss konsensus”*.[260] Med andra ord: har den rationella argumentationen förts så långt att relativ enighet baserad på goda argument nåtts bland jurister om en viss fråga, är det ett prima facie-skäl[261] att anse att ståndpunkten i fråga bör respekteras av medborgare och rättstillämpning.

Bulls hållning på juridikens område tycks ha ett nära släktskap med den diskursteori, som Jürgen Habermas har utvecklat och som han beskriver i bland annat ”Diskurs, rätt och demokrati”.[262] Den handlar förvisso inte om beslutsfattande i rättsfrågor, utan om politiska beslut i den demokratiska statens organ, men kan ändå anknytas till förevarande diskussion. Habermas är inte värdeobjektivist, och avvisar därför naturrättsliga argument för att skydda staten och dess medborgare från ”ond” lagstiftning.[263] Han pläderar i stället för att sådant skydd kan uppnås genom en fri diskurs, där var och en kan deltaga. Han tror dock inte att det i alla lägen går att uppnå enighet. Han skriver (i överensstämmelse med Fröbel): *”Ett flertalsbeslut får bara komma till stånd på så vis att dess innehåll kan gälla som det rationellt motiverade men felbara utfallet av en under beslutstryck tills vidare avslutad diskussion om vad som är det riktiga”*.[264] Om man byter ut ”ett flertalsbeslut” mot ”en accepterad ståndpunkt i en juridisk tvistefråga” lär väl Habermas och Bull vara överens.

Juridikens kärna är, menar jag, att bland ett flertal i och för sig tänkbara lösningar på ett rättsligt problem välja en lösning och kunna motivera sitt val med goda argument. Eftersom juridiken inte är en objektiv vetenskap, där man kan hitta ”det enda rätta svaret”, blir en viktig fråga i vilken mån de argument som olika diskursdeltagare framför accepteras av övriga deltagare, och vilken vikt dessa tillmäter dem. Först när relativ enighet uppnåtts bland diskursens deltagare kan rättsläget sägas vara någorlunda klart. Observera dock följande reservation: att konsensus uppnåtts om en viss ståndpunkt är ett *prima facie-skäl* att anse rättsläget klarlagt. Ståndpunkten kan överprövas och om det, trots att den föregåtts av en rationell diskurs och stöds av goda argument, skulle visas föreligga tungt vägande argument mot ståndpunkten bör den revideras.

---

[260] Bull, a a, s 312

[261] Peczenik säger följande om prima facie-begreppet i Vad är rätt?, s 140: *”Etiska (prima facie-) satser bestämmer således inte slutgiltigt att en handling skall utföras. De är blott etiska skäl. Följaktligen innebär satsen ’det är prima facie obligatoriskt att göra H’ detsamma som ’det finns ett skäl för att göra H och detta skäl skall beaktas vid en etisk avvägning’. Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl”*.

[262] Diskurs, rätt och demokrati, Göteborg 1995. Se även Enderlein, Wolfgang, Diskursethik und Privatrecht i Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg), Die etischen Grundlagen des Privatrechts, Wien 1994, s 53 ff.

[263] Jfr Peczeniks kritik (a a, s 522 ff) av Habermas resonemang om demokratiprincipen som i viss mening överordnad moralprincipen.

[264] Habermas, Jürgen, Diskurs, rätt och demokrati, Göteborg 1995, s 106

Det kan vara värt att framhålla att även om man med fullständig säkerhet kunde bevisa vilka objektiva värden som finns och vilken deras exakta innebörd är, så skulle man ändå inte kunna hitta ”det enda rätta svaret” på varje juridisk fråga, eftersom olika värden kan kollidera med varandra, och då krävs i alla fall en motiverad avvägning mellan värdena i fråga.

Generalklausulutredningen gör ett betydelsefullt konstaterande, när den säger att *”i många, kanske de flesta, fall kan argument anföras både för och mot att tillerkänna ett visst villkor giltighet”*[265]. Käranden har sina argument, svaranden har sina, och båda förefaller ha i vart fall visst fog för sin respektive ståndpunkt.[266] Förarbetena kan ge viss ledning, när denna situation skall hanteras. Till exempel sägs i generalklausulpropositionen följande: *”Det kan exempelvis inträffa att ett villkor som uppenbart missgynnar ena parten och som normalt bör underkännas kan anses fullt acceptabelt i vissa fall därför att de nackdelar som villkoret innebär för ena parten kompenseras genom fördelar för honom i andra avseenden”*[267]. En normalt utslagsgivande omständighet – förhandenvaron av ett per se oskäligt avtalsvillkor – uppvägs av en annan omständighet – att parten ges andra fördelar som kompensation för det oskäliga villkoret. Förarbetena kan dock inte på något sätt vara uttömmande i sin beskrivning av hur olika omständigheter skall vägas mot varandra i varje enskilt fall. Det skulle i praktiken innebära att lagstiftaren avgjorde varje framtida fall på förhand. Förarbetena är vanligen också mycket sparsamma med att ge allmän vägledning för hur omständigheterna skall viktas.

Hur går då den diskussion till, vars syfte är att nå så bred enighet som möjligt om hur en rättslig fråga bör besvaras? Det finns fog för att hävda att ett slutgiltigt ställningstagande i en rättslig fråga ytterst handlar om att göra en avvägning mellan de olika förekommande argumenten.[268] I detta avsnitt skall inledningsvis närmare diskuteras skälen för ett sådant påstående.

Om man skulle hävda att juridiskt beslutsfattande – oavsett om det handlar om att stadfästa en princip eller att lösa ett enskilt fall – inte handlar om en avvägning mellan de relevanta skälen för respektive emot en viss lösning, vore alternativet att säga att endast ett argument är avgörande för hur frågan skall avgöras. Kellgren kallar ett sådant arbetssätt för tillämpande av en *”monistmodell”*. Såväl han som Peczenik anför Ekelöfs radikalteleologiska metod som ett exempel på en metod, där man endast arbetar med ett enda,

---

[265] SOU 1974:83, s 119.
[266] Jfr Andersson, a a, s 201: *”Vid medvetandegörandet av olika värderingar inom civilrätten … är det av vikt att påpeka att det finns två eller **flera parter** som alla har sina i och för sig **skyddsvärda intressen**”*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)
[267] Prop 1975/76:81, s 118.
[268] Se Peczenik, a a, s 486 ff. Jfr Kellgren, Mål och metoder vid tolkning av skattelag, s 197: *”Rättstillämpning innebär en **avvägning** mellan olika etiska och andra värden…”* (min markering).

avgörande argument, i det fallet lagstiftningens på visst sätt fastställda ändamål.[269]

Kellgren framhåller att ett sådant arbetssätt kan ha fördelar. Vid goda förutsättningar kan det leda till god förutsebarhet och likformighet, samtidigt som det är arbetseffektivt. Han visar dock övertygande att nackdelarna överväger. En viss metod, till exempel den radikalteleologiska, kanske inte alls fungerar i vissa fall (Ekelöfs teleologi fungerar mindre väl om den tillämpas på generalklausuler[270]), varvid metodmonism riskerar att leda till *"metodologisk immobilitet"*, det vill säga att *"man hindras att använda tolkningsargument som skulle kunna vara mer fruktbara i sammanhanget"*. Han ställer också den retoriska frågan om det är möjligt att med en monistmodell *"hantera de ändamål som gett upphov till så olika metoder som t ex teleologisk tolkning, bokstavstolkning, följsamhet till förarbeten och systematisk tolkning"* och menar uppenbarligen att den skall besvaras nekande.[271]

Även Andersson avvisar tanken på "det enda kriteriet": *"Problemet med en generell monistisk regel är att även om den ger viss sanning, så är den inte för alla fall generellt riktig"*.[272] Kritiken tycks dock gälla beaktandet av för få faktorer, vilket får tolkas som för få sakomständigheter.[273] I metodologiskt hänseende hänvisar Andersson till rättsfallsinduktion för att identifiera ändamål och värderingar, och det torde kunna betraktas som en hållning som ligger monismen nära.

Kellgren är också kritisk till tanken på *"strikta argumenthierarkier"*, det vill säga att man rangordnar rättskällorna och sedan "avverkar" dem en i taget tills man funnit en lösning på sitt problem. Först konsulterar man lagtexten, om den inte ger definitivt besked vänder man sig till rättspraxis, sedan till förarbetena etc. Kellgren ser visserligen pedagogiska och hanteringsekonomiska fördelar med strikta argumenthierarkier, men ifrågasätter *"om en så enkelspårig argumentationsteknik, där sålunda andra aspekter än huvudkriteriet saknar betydelse för avgörandet, är särskilt lämplig"*.[274] Tekniken kan leda till svårigheter att hantera alla aspekter som kan läggas på ett juridiskt spörsmål. Han pekar även på problemet att veta vilken nivå i hierarkin som skall användas. *"Det finns en risk att man hoppar över ett överliggande lager när ett subkriterium ger klarare besked ('undertolkning') eller att man analyserar ett överliggande lager mer än vad som är sakligt motiverat ('övertolkning')."*[275]

---

[269] Kellgren, a a, s 187, Peczenik, a a, s 372.
[270] Jfr Peczenik, a a, s 370. Problemet är att en generalklausuls ordalydelse inte ger lagtolkaren någon vägledning, när han skall skilja mellan ordinära och säregna fall.
[271] Kellgren, a a, s 188 f.
[272] Andersson, a a, s 223.
[273] Han hänvisar bland annat till en artikel av justitierådet Alexandersson, där denne talar om ett *"kombinationsansvar där ett antal olika faktorer, med olika styrka i olika fall, avgör ansvarsfrågan. Faktorerna behöver inte var för sig vara avgörande"* (a a, s 223).
[274] Kellgren, a a, s 190.
[275] Kellgren, a a, s 190 f.

Peczenik synes instämma i och med att han säger att vikten av varje i argumentationen förekommande hänsyn påverkas av alla andra relevanta hänsyn. *”Det rör sig om en enda komplex relation mellan alla relevanta värden.”*[276]

I stället för någon monistmodell eller en strikt argumenthierarki pläderar Kellgren för ”vågskålsmodellen”. Den innebär att *”pröva flera olika angreppssätt, metoder och argument – vilket naturligtvis kan resultera i flera olika tolkningsförslag – och sedan välja den tolkning för vilken de starkaste skälen talar”*.[277] Modellen utesluter inte viktigt beslutsunderlag, utan alla relevanta tolkningsargument beaktas. Därmed finns utrymme för att beakta de argument som är mest relevanta i det enskilda fallet, vilket borgar för att det vid en samlad bedömning rimligaste beslutet fattas.

Han stöder sig bland annat på Peczenik.[278] Denne hävdar, när han diskuterar avvägningar för att komma fram till en etisk ståndpunkt, att den bästa argumentationen i etiska frågor är detsamma som den bästa avvägningen mellan alla relevanta prima facie skäl och motskäl.[279] Peczenik betonar också *att* en avvägning är nödvändig, för att man skall kunna motivera en slutgiltig etisk eller juridisk norm- eller värdesats, *att* den sker i ett konkret sammanhang (t ex för att bedöma skäligheten hos ett visst avtal) och *att* den är kontextuell, det vill säga måste påverkas av alla de etiska och juridiska hänsyn som aktualiseras i fallet.[280] Peczenik menar också att avvägningen är bättre ju fler relevanta prima facie-hänsyn som beaktas.[281]

Han konstaterar att avvägningens resultat är dels en slutgiltig och konkret värde- eller normsats, som gäller det enskilda fallet, dels en generell prima facie-norm, som anger hur avvägningen mellan de i fallet relevanta argumenten har gått till. Prima facie-normen är ett argument i kommande fall, som liknar det just avgjorda fallet, men den kan inte tillämpas på något annat fall, utan att en ny avvägning gjorts, vilken tar hänsyn till just det fallets unika omständigheter.

---

[276] Peczenik, a a, s 505.
[277] Kellgren, a a, s 192.
[278] Hellner noterar att redan Savigny formulerade en pluralistisk metodlära, baserad på fyra element: grammatiska, logiska, historiska och systematiska (Metodproblem, s 182 ff). Se även Hellner, Rättsteori, en introduktion, 2 uppl, Stockholm 1994, s 78. Hellner kommenterar även Peczeniks sammanvägande metod, se Metodproblem, s 186 ff.
[279] Peczenik, a a, s 487 f. Han kallar en skyldighet som grundas på en sådan avvägning *för ”an all-relevant-things-considered duty”*, medan en prima facie skyldighet är *”a one-thing-considered duty”*.
[280] Peczenik, a a, s 504.
[281] Sådana prima facie-hänsyn kan, enligt Peczenik, till exempel vara etiska principer, förträfflighetsmått (”dygder”) som karaktäriserar etablerade verksamheter, hänsyn till människors preferenser, rättsliga hänsyn till lagen och andra rättskällor och krav på en sammanhängande motivering (a a, s 505). Hellner ställer frågan hur man i detta ”myller av tolkningsfaktorer” skall veta vad som skall tillämpas i ett enskilt fall (Metodproblem, s 188).

3.4.5 Topik

Håkan Andersson uppmärksammar i sin avhandling den topiska juridiken, som kan sägas vara ett slags vågskålsmodell för juridisk argumentation.

Topikens upphovsman, Aristoteles, ville tillgodose behovet av att resonera och dra slutsatser, även inom områden såsom juridiken, där man inte kan fastställa sanningar på det sätt som man kan inom naturvetenskaperna.[282] Topiken är ett slags argumentationslära, som bygger på att man i en viss diskussion kan identifiera olika relevanta argument, topoi.[283] Dessa topoi bryts och vägs mot varandra i diskursen, för att man skall komma fram till en slutsats, till exempel om ett visst avtalsvillkor skall betraktas som oskäligt och jämkas eller inte. Avgörandet ligger hos deltagarna i diskussionen; det är de som har att bedöma vilka argument som är mest övertygande. Likheterna med Habermas diskursteori är påfallande.

En viktig poäng med topiken är att den *dels* kräver att man tydliggör sina argument och därmed systematiserar sin argumentation, *dels* betonar vikten av öppenhet för nya argument. Den är problemorienterad och sätter den specifika situationen – det enskilda fallet – i fokus, eftersom det i varje enskilt fall finns (mer eller mindre) unika omständigheter som kanske eller kanske inte bör påverka avgörandet. Sådana omständigheter blir topoi i diskussionen om fallet i fråga. Den lista av topoi man sålunda arbetar fram *”…ställer tillrätta frågorna och svaren, och visar på vad som över huvud taget är värt närmare övervägande…”*.[284] Andersson framhåller att topisk argumentation ofta anknyts till en diskussion om typfall. Med hjälp av typfallen kan man identifiera vilka sakomständigheter som typiskt sett bör tillerkännas rättslig relevans i ett fall av visst slag (t ex rörande 36 § avtalslagen), och vilka principer som bör anses vara relevanta när omständigheterna skall värderas och det slutliga avgörandet träffas.[285] Däremot förefaller topiken inte bidra med någon hjälp att faktiskt

---

[282] Andersson, a a, s 224 f. På Aristoteles tid var indelningen i olika vetenskapsområden inte densamma som idag, men jämförelsen med naturvetenskaperna fungerar som illustration till vad Aristoteles menade, även om han inte skulle använda det begreppet.

[283] Singular: topos. Ordet betyder ställe, plats eller ort i geografiskt hänseende, och användes således av Artistoteles i bildlig betydelse för att beteckna en hållpunkt i diskussionen. Se Andersson, a a, s 225.

[284] Andersson, a a, s 226. Han fortsätter, på s 227, resonemanget med att säga följande: ”*Det har gjorts försök att ställa upp tämligen generella topoikataloger, men intressantare synes möjligheten för rättsvetenskapsmannen att för ett visst problem utveckla en lista på omständigheter och synpunkter som visat sig ha relevans. Dessa olika topoi kan tjäna som orienteringsmedel. I ett utvecklat topiskt ’system’ kan koherensen uppnås genom att fallorienterade topoi stödjer och modifierar varandra*”.

[285] Andersson, a a, s 230 f. Han uttrycker dock det just sagda på ett måhända mer akademiskt, men aningen mer svårgenomträngligt sätt: *”Topisk problemorientering betyder då för vår del att söka ställen – topoi – på nivån för sakförhållandena och finna deras betydelse för den juridiska argumentationsprocessen. Dessa hållpunkter ska kunna påvisa det konkreta fallets hemvist inom olika fållor av det reala verklighetsplanet och det juridiska värderingsplanet. Vi får alltså en argumentationsväg som pekar ut vilka sakförhållanden som är värda att särskilt undersökas, samt vilka samspelande värderingar och principer som har betydelse när dessa omständigheter bedöms*”.

avväga argumenten mot varandra. Den pekar på att man måste tydliggöra argumenten och att det slutliga ställningstagandet förutsätter en värderande avvägning mellan argumenten, men längre än så ger den inte vägledning.

Föreliggande arbete gör inte anspråk på att tillämpa ett topiskt program i någon mer utvecklad bemärkelse. Däremot kommer framställningen att betona vikten av tydlighet, när det gäller att redovisa och analysera sakomständigheter och argument av olika slag som talar för respektive emot ett visst ställningstagande, för att den avslutande avvägningen skall bli så ”genomskinlig” som möjligt.

3.4.6 Om begreppen objektiv, subjektiv och skönsmässig

Innebär det ovan beskrivna arbetssättet att det i avhandlingen kommer att presenteras ”subjektiva” ställningstaganden? Begreppet ”subjektiv” har en dålig klang inom rättsvetenskapen – och för övrigt inom vetenskapen i allmänhet – mot bakgrund av det (rätts)positivistiska kravet på värderingsfri, objektiv vetenskap. Genom en diskussion omkring begreppen objektiv, subjektiv och skönsmässig kan förhoppningsvis en del av utgångspunkterna för avhandlingsarbetet ytterligare tydliggöras.

Svenska akademiens ordbok definierar begreppen på följande sätt:[286]

Objektiv - som (så) troget (som möjligt) återger verkligheten eller framställer de faktiska förhållandena; som håller sig till saken och icke ger uttryck åt personliga sympatier eller antipatier; icke tendentiös; saklig; oväldig, opartisk

Subjektiv – som tillhör eller härrör från personligt tycke eller personlig(a) föreställning(ar), som ger uttryck för personliga sympatier eller antipatier och dylikt; ofta med klandrande bibetydelse, övergående i betydelsen: alltför personlig (utan hänsynstagande till andras intressen eller åsikter och dylikt), tendentiös, partisk, osaklig

Skön - självständigt eller fritt val eller avgörande eller bestämmande, gottfinnande; gunstig eller nådig vilja; överlämna åt någon att efter gottfinnande avgöra något eller bestämma (rörande) något eller hur och så vidare respektive överlämna åt någon att efter gottfinnande göra något eller låta någon fritt göra något

Hellner använder uttrycket ”subjektiva ställningstaganden”, när han skall beskriva hur han kommer fram till att skadelidandes intresse av att erhålla skadestånd är viktigare än den ekonomiska effektiviteten, om dessa mål kommer i konflikt med varandra.[287] Med det menar han sannolikt just det som ryms i

---

[286] SAOB har studerats på www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad avseende dessa uppslagsord 2003-12-26. Samtliga ord har flera betydelser. Den som här återges är den för sammanhanget relevanta. När SAOB har använt förkortningar, har orden ovan skrivits ut i sin helhet.
[287] Hellner Metodproblem, s 127.

SAOB:s definition av begreppet subjektiv, nämligen att han ger uttryck för sin personliga sympati för det ena av de båda motstående målen. Om lagstiftaren hade sagt att den ekonomiska effektiviteten alltid skall prioriteras före enskildas intressen med avseende på skadeståndslagens tillämpning, hade man på ett objektivt sätt – utan att ge uttryck åt sina personliga åsikter i frågan – kunnat ange hur målkonflikten skall lösas.

När man företar en avvägning mellan de olika argument som talar för respektive emot en viss lösning av ett rättsligt problem, innebär det att den som gör avvägningen träffar ett val. Detta val kan beskrivas som subjektivt, eftersom valet är personligt och inte kan till fullo härledas ur någon objektiv källa. Samtidigt riskerar subjektivitetsbegreppet att leda tanken fel. Subjektiva ställningstaganden kan – i likhet med skönsmässiga ställningstaganden – uppfattas som ställningstaganden baserade på ”personligt tyckande” (jfr SAOB:s tal om ”personligt tycke”), och rättsliga ståndpunkter kan inte baseras på att någon ”tycker till”, utan att anföra skäl för sin ståndpunkt, om vederbörande gör anspråk på att ståndpunkten skall accepteras av övriga diskursdeltagare. För att vara användbart i detta sammanhang, menar jag att begreppet subjektiv behöver kvalificeras och kontrasteras mot skönsbegreppet. Om man å andra sidan gör det, kan begreppet bidra till att tydliggöra vad juridisk argumentation innebär.

Man skulle kunna hävda att begreppen objektiv, subjektiv och skönsmässig i rättsliga sammanhang handlar om det sätt på vilket en ståndpunkt motiveras. En objektiv bedömning är en bedömning som kan göras, utan att den som företar bedömningen behöver göra något (egentligt) värderande ställningstagande. Det räcker att iakttaga den fysiska verkligheten. Objektiva ställningstaganden förutsätter därmed att ”måttstocken” (det vill säga rättsregeln) är konstruerad för att mäta lätt iakttagbara fakta. Huruvida någon har överträtt en hastighetsbegränsning eller bedrivit miljöfarlig verksamhet utan vederbörligt tillstånd kan i normala fall bli föremål för en objektiv bedömning.

Om regeln däremot innehåller vagare rekvisit såsom ”illojal”, ”väsentlig” eller varför inte ”oskälig”, räcker det inte att iakttaga den fysiska verkligheten för att kunna ta ställning till om rekvisitet är uppfyllt eller inte. Man måste göra ett värderande ställningstagande och bedöma om det som skett i den fysiska verkligheten bör anses vara omfattat av rekvisitet eller inte.[288] Till sin hjälp vid detta värderande ställningstagande kan man ha till exempel vägledande förarbetsuttalanden eller rättspraxis, men beslutsfattaren måste ändå göra en värdering av bland annat om det enskilda fallet är så likt det fall som beskrivs i förarbetena eller i praxis att den ”hjälpregel” som där ges kan anses omfatta det aktuella fallet och, om så är fallet, måste han ta ställning till om han skall följa förarbetena/praxis eller om det i det enskilda fallet finns vägande skäl som talar däremot. När det på detta sätt sker ett värderande ställningstagande hos beslutsfattaren, kan beslutet betecknas som subjektivt.

[288] Jfr Lehrberg Metod, s 68 f.

Man kan knappast dra en skarp gräns mellan det som är objektivt och det som är subjektivt, utan det är snarare en grad- än en artskillnad. Vad både objektiva och subjektiva ställningstaganden har gemensamt är att de förutsätter argument, skäl. Man måste kunna motivera sina ställningstaganden med argument som accepteras av övriga deltagare i den rättsliga diskursen. Därav följer att ett värderande (subjektivt) rättsligt ställningstagande inte kan motiveras med exempelvis argument som vilar på en extrem personlig åsikt, som är av nonsenskaraktär eller som bygger på en strävan att berika sig själv eller skada en antagonist. Att ett beslut har subjektiv karaktär innebär förvisso att det förutsätter ett personligt ställningstagande från beslutsfattaren, men det får inte vara baserat på vilka argument som helst.

Skönsmässiga ställningstaganden, däremot, kännetecknas, enligt min uppfattning, av att de inte kan – eller i vart fall inte behöver – motiveras med i diskursen accepterade argument. En hänvisning till någons skön innebär en hänvisning till personens eget gottfinnande (jfr ovan). Om man accepterar den definitionen, är det mindre lämpligt att använda uttryck som *"regeln [kan] efter domstolens skön tillämpas på åtskilliga olikartade situationer"*[289], eftersom det skulle innebära att domstolen inte hade någon skyldighet att motivera varför den tillämpade eller inte tillämpade regeln i fråga – i det här fallet handlar texten om 36 § avtalslagen – på ett enskilt fall. Det är möjligt att man inte kan finna argument i rättskällorna för eller emot tillämpning av lagrummet i ett visst fall, men det innebär inte att man bör låta domstolen godtyckligt avgöra om tillämpning skall ske eller inte. Snarare bör man kräva att domstolen gör ett värderande, subjektivt ställningstagande och därvid anger vilka argument domstolen använt för att komma fram till sitt beslut.[290]

3.4.7 Hur går den slutgiltiga avvägningen till?

En central fråga är onekligen hur man gör den slutgiltiga avvägningen mellan de olika argumenten. Det förefaller inte vara möjligt att hitta en enkel formel för avvägningen, och många anser att det ofta inte ens går att artikulera skälen för det slutgiltiga valet mellan två i och för sig tänkbara lösningar.[291] I stället framhålls beslutsfattarens person som avgörande.

Kellgren pekar på att både verkligheten och rättskällorna är komplexa och att det pågår en ständig debatt om vad som är lämpligt, till exempel i juridiska

---

[289] Lehrberg Metod, s 68.
[290] I common law talas om domstolarnas rätt att använda *"discretion"*, när de har att fatta beslut i fall, där det inte är uppenbart hur en lag skall tolkas (Fletcher, a a, s 48 ff). Ordet kan översättas med både "omdömesförmåga, klokhet" och "godtycke" och kan således rent språkligt avse både det som ovan kallas subjektiva ställningstaganden och skönsmässiga ställningstaganden. Att döma av sammanhanget förefaller det dock vara den förstnämnda betydelsen som avses.
[291] *"Det framstår som sagt som omöjligt att komma till någon slutlig visshet om hur juridisk argumentation bör gå till. Kanske är det inte ens något att eftersträva"*, framhåller Kellgren i a a, s 197.

spörsmål. *”Många olika hänsyn är ofta aktuella samtidigt”*, betonar han också, och framhåller*: ”Beslutsfattaren själv, inte rättskälleläran, är den yttersta garanten för att vid en samlad bedömning lämpliga beslut uppnås”*.[292] Han pekar på ett antal faktorer, som gör det möjligt för beslutsfattaren att komma fram till ställningstaganden som kan accepteras av övriga diskursdeltagare: vågskålstekniken, prima facie-principer, erfarenhet, gott omdöme, sunt förnuft, hanteringsregler, hanteringstradition, relativt informativa rättskällor samt socialt och formellt tryck.[293]

Lehrberg hänvisar till intuitionen, som emellertid styrs av beslutsfattarens yrkeskunskap, *”hans mer eller mindre medvetna insikter om hur rättssystemet är konstruerat, vilka intressen rättsreglerna behandlar som skyddsvärda och vilka principer för val mellan dessa som sanktioneras i gällande rätt”*. Utrymmet för den skönsmässiga bedömning, som det trots allt ytterst blir fråga om, begränsas avsevärt av den styrning yrkeskunskapen utövar.[294]

Peczenik menar att *”…argumentationens slutpunkt måste bestämmas av individens personliga (intuitiva) preferenser”,* och påpekar att dessa kan variera även inom en viss kultur, inte bara mellan individer som tillhör olika kulturer.[295] *”I de fall man inte kan bestämma vilket system som är mer och vilket som är mindre väl motiverat är man benägen att lita på intuitionen”*, fortsätter han, men tillägger att motiveringskravet oftast leder till att enighet nås mellan deltagarna i diskussionen, *”…eller i vart fall till att skälen för oenighet klarläggs”*.[296]

Det finns dock i vart fall en rättsteoretiker som anser att det faktiskt bara existerar ett enda rätt svar på varje tänkbar rättslig fråga, och att det slutliga valet mellan olika lösningar därför inte bestäms av beslutsfattarens personliga preferenser, intuition eller liknande: Dworkin. Hans utgångspunkter är att varje rättsfråga gäller om en individ har eller inte har en viss rättighet och att individuella rättigheter existerar i förväg, det vill säga innan rättsprocessen har inletts. Den juridiska diskursen ger oss kunskap om rättigheterna, men kan aldrig skapa dem.[297]

---

[292] Kellgren, a a, s 197.
[293] Kellgren, a a, s 197.
[294] Lehrberg, a a, s 70. Man erhåller, menar han, en styrning av hur verksamheten tillgår genom *”…en mer eller mindre induktiv påverkan – till stor del förmedlad genom den juridiska skolningen…”* (a a, s 74).
[295] Peczenik, a a, s 508. Varför han fäller den sistnämnda kommentaren framstår som något oklart. Det måste rimligen betraktas som en självklarhet att personliga preferenser är just personliga, låt vara att de självklart påverkas av den kontext individen befinner sig i.
[296] Peczenik, a a, s 651 f. Att hävda att det faktum att en ståndpunkt motiveras ”oftast” leder till enighet förefaller vara en lätt överdrift. När ett svårt juridiskt problem skall lösas – och Peczenik talar om en lagtolkningstvist där båda sidor presterar en väl sammanhängande och saklig motivering – är det väl snarare regel än undantag att parterna inte enas i rättsfrågan (även om de av processekonomiska och andra skäl kanske når en förlikning).
[297] Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass 1977, s 82 ff och 90 ff. Jfr Peczenik, a a, s 627 ff och Fletcher, a a, s 53 ff.

Dworkins resonemang bygger på att alla, som deltar i en rättslig process, utgår ifrån att syftet med processen är att fastställa vilken part som har rätt. Från denna premiss drar han slutsatsen att en av parterna har rätt i varje rättsprocess. Denna premiss leder i sin tur till slutsatsen att det i varje rättslig process finns ett korrekt svar på tvistefrågan, nämligen det svar som förs fram av den part som har rätt. Alltså har varje rättsfråga ett enda rätt svar – men det är inte säkert att det upptäcks i varje process.[298] Dworkins idealdomare, ”domaren Hercules”, skulle dock lyckas med det, eftersom han har obegränsad tid till sitt förfogande, obegränsad frihet, obegränsad kunskap, obegränsad intelligens och en ständig vilja att finna det bäst motiverade svaret på alla rättsfrågor.[299]

Det här kan uppfattas som en orealistisk utgångspunkt, vilket något kommer att diskuteras i det följande, men det viktigaste som Dworkin, enligt min mening, åstadkommer med sin argumentation är att han belyser kravet på väl motiverade rättsliga ställningstaganden och på att man bör minimera utrymmet för godtyckligt rättsligt beslutsfattande: *”…the claim of truth under the law may be the strongest when there are no relevant materials at all and the judge must decide under abstract principles of morality and justice. /…/ Our duty to find the best solution as a matter of morality and justice means that we do not have the discretion simply to choose one result or another. We must ponder the problem until a compelling solution presents itself”*.[300]

Om man ställer Dworkins resonemang på sin spets, finns det inslag som kan ifrågasättas. Även om det i varje process ställs frågan vilken part som har rätt, innebär det knappast med logisk nödvändighet att någon av parterna faktiskt har rätt. Med stöd av lagar, prejudikat och andra traditionella rättskällor kan det finnas situationer då man utan större svårighet kan avgöra vilken av parterna som har rätt.[301] Peczenik hävdar att det därutöver finns andra situationer då man också kan avgöra att en av parterna har rätt, om man utöver de traditionella rättskällorna tar hjälp av juridiska argumentationsnormer samt välgrundade etiska normer respektive värdeomdömen, men säger slutligen att det kan finnas fall då *”(i)nte ens en sådan kombination av premisser utgör någon tillräcklig grund för att slutgiltigt avgöra vilken part som har rätt. Domstolen måste således avgöra fallet genom en avvägning, vilken ytterst vilar på fritt skön”*, och således är Dworkins slutsats för kategorisk.[302]

Om Peczeniks argumentation kan man tillägga att det förefaller högst tveksamt om det kan föreligga situationer, då det är uppenbart att den ena av parterna har rätt och den andra har fel, när man för in etiska normer och värdeomdömen i diskussionen. Om det vore så, skulle Peczeniks ovan citerade tes att

---

[298] Peczenik, a a, s 646.
[299] Dworkin, a a, s 105 ff. Jfr Peczenik, a a, s 645.
[300] Fletcher, a a, s 56.
[301] Peczenik, a a, s 646. Jfr Kellgren, a a, s 197: *”En stor mängd rättsfrågor är …de facto ganska enkla och kan i förhand besvaras med ett stort mått av säkerhet”*.
[302] Peczenik, a a, s 646.

argumentationens slutpunkt bestäms av individens personliga preferenser endast gälla en liten del av alla avgöranden, och i den kontext där den återfinns förefaller det som om Peczenik anser den tämligen allmängiltig. Så snart det kommer någon form av relevant, välmotiverad invändning från motparten, krävs vanligen ett värderande ställningstagande för att ta ställning till vilken av parterna som framför de bästa argumenten, och då är svaret på frågan vem som har rätt inte självklart.

Dworkin inser att det inte sällan förekommer vaga värdeord som ”oskälig” i lagstiftning och att domaren därför kan vara tvungen att använda sina egna värdeomdömen för att avgöra en tvistig tolkningsfråga – men han menar att rättsregler, rättsprinciper, rättskällor och etablerade etiska ståndpunkter måste leda domaren till det svar som är det rätta, det *enda* rätta.[303] (Man skulle kunna frestas att tro att Dworkin helt enkelt vill framhålla att i och med att domstolen har gjort ett val mellan tänkbara lösningar, så är detta val av auktoritetsskäl det rätta, men det är inte den poängen han vill göra.[304]) Det är dock uppenbart att det kan finnas situationer då *”…såväl ett visst svar som dess negation (är) så bra motiverade som det överhuvudtaget kan tänkas”*, varvid det inte finns någon annan utväg än att lita till beslutsfattarens personliga preferenser.[305] Även om Dworkin skulle ha rätt ger hans hållning i vart fall ingen ledning för hur en avhandlingsförfattare eller någon annan, som inte är ”domaren Hercules”, skall göra för att nå fram till det enda rätta svaret. [306]

Det förefaller som om det inte finns någon annan utväg än att kapitulera, och ansluta sig till uppfattningen att resultatet av den slutgiltiga avvägningen mellan två i och för sig tänkbara lösningar på ett rättsligt problem i en del fall inte låter sig motiveras. Detta måste dock problematiseras något ytterligare, för att tydliggöra vilka krav man trots allt kan ställa på den som skall göra avvägningen.

Om man får tro Kellgren, Lehrberg och Peczenik (se ovan) kommer det slutgiltiga avgörandet – i brist på ytterligare argument – att träffas med hjälp av (Kellgren) erfarenhet, gott omdöme, sunt förnuft, hanteringstradition och socialt tryck[307] , (Lehrberg) intuition styrd av yrkeskunskapen (som innefattar mer eller

---

[303] Peczenik, a a, s 645. Jfr Fletcher, a a, s 55 f.

[304] Däremot är det den enda rimliga tolkningen av Norbergs argumentation (a a, s 19 och 23 f). Till exempel säger han: *”Varje metod som bygger på en teori som medger två eller flera riktiga lösningar och betonar domarens fria val resulterar i att normgivande makt flyttas från de lagstiftande organen till domstolarna. /…/ Den klassiska svenska rättsdogmatiska analysen av juridiska begrepp som rekvisit binder domstolen till den enda rätta lösningen, dvs den lösning som den lagstiftande församlingen skapat”* (s 19).

[305] Peczenik, a a, s 648 ff.

[306] Det man däremot kan notera är att det finns likheter mellan Dworkins resonemang och de åsikter som framförs av Lehrberg och Kellgren (se ovan). Om man bortser från att Dworkins slutsats är alltför kategorisk, framhäver han det juridiska systemets ”fostrande” funktion och att den ”fostran” leder domaren rätt. Lehrberg och Kellgren talar om yrkeskunnande, hanteringstradition etc och menar nog ungefär samma sak.

[307] Från Kellgrens i avsnittets inledning refererade uppräkning av faktorer, som säkerställer att ett avgörande blir rimligt, har sorterats bort sådant som är materiella argument – t ex hanteringsregler,

mindre medvetna insikter om hur rättssystemet fungerar) samt (Peczenik) personliga (intuitiva) preferenser.

Vad är det för typ av ställningstagande som i detta läge aktualiseras? Lehrberg menar att det handlar om att dra en gräns på en glidande skala, och ger bl a följande exempel: *"Hur pass starka skäl till misstanke om att förutsättningen var felaktig måste löftesgivaren vid avtalsslutet ha haft, för att det skall beta honom rätten att åberopa förutsättningen på grund av 'ond tro'?"*.[308] Käranden (löftesgivaren) menar att de skäl till misstanke han hade inte var tillräckligt starka, medan svaranden är av motsatt uppfattning. De materiella argumenten med hänvisning till traditionella rättskällor, etiska principer etc leder inte till övervikt i någondera "vågskålen", men ett avgörande måste ändå träffas.[309] Problemet – om det är ett problem – är ytterst att båda de tänkbara lösningarna är godtagbara, ingen av dem innebär att någon väsentlig regel eller väsentlig juridisk eller etisk princip åsidosätts. Det skulle inte kunna betraktas som ett utslag av dåligt omdöme eller oförnuft att välja den ena lösningen och inte den andra. Inte heller skulle det sociala trycket (från övriga diskursdeltagare eller allmänheten, får man förmoda) att rättsliga beslut skall vara rimliga verka i den ena eller den andra riktningen, eftersom båda sluten i och för sig vore rimliga.

Både Lehrberg och Peczenik talar om att beslutsfattarens intuition fäller avgörandet. Vad är intuition? Intuition kan definieras som *"omedelbar uppfattning* (eller bedömning, min kommentar) *av ett objekt där alla moment uppfattas direkt, utan stöd av erfarenhet eller intellektuell analys"*[310] och utan att man är klart medveten om grunden till att man uppfattar objektet (eller situationen eller frågan) på detta sätt. Schopenhauer hävdar att intuitionen fungerar enligt logikens lagar, men att den är okontrollerbar, eftersom den är omedveten.[311] Formuleringen "utan stöd av erfarenhet" bör tolkas så att man, när man använder sin intuition, inte uttryckligen åberopar sin erfarenhet. Däremot påverkas intuitionen av tidigare upplevelser, tidigare gjorda analyser etc.

Påståendet att det är med intuitionens hjälp som det slutgiltiga avgörandet fälls kan dock ifrågasättas. Man kan undra om det verkligen är rimligt att tala om ett omedelbart uppfattande av en situation och hur den bör lösas, när man har ägnat tid och möda åt att vrida och vända på olika argument för och emot de olika

---

prima facie-principer och rättskällorna – och därmed redan har "förbrukats" när det blivit dags för den slutliga avvägningen.

[308] Lehrberg, a a, s 74. Han ger där även detta exempel: *"Hur pass oaktsam måste löftesmottagaren ha varit, när han efter avtalsslutet orsakat bristandet av löftesgivarens förutsättning, för att hans 'vållande' skall vara skäl till återgång?"*.

[309] Observera att detta inte innebär att det är först i detta sena skede i argumentationen som värderande ställningstaganden görs. Poängen är att det är först nu som det kan bli aktuellt att göra ett värderande ställningstagande, som inte kan motiveras med rättsligt relevanta argument (t ex hänvisningar till principer uttryckta i förarbetena, etiska principer etc).

[310] Nationalencyklopedien (NE), band 9, Höganäs 1992, s 527. Det bör framhållas att intuition tycks vara ett komplicerat begrepp och att diskussionen om begreppet säkert kan problematiseras i högre grad än jag gör.

[311] NE, ib.

tänkbara lösningarna. Den slutgiltiga ”spelplanen” har vuxit fram under diskussionens gång, i takt med att de olika argumenten brutits mot varandra, så det slutliga ställningstagandet är ett resultat av betydande eftertanke, inte av en hastig överblick. Om man hävdar att intuitionen har formats av juristens yrkeskunnande, bör man också ifrågasätta om det är rimligt att hänvisa till intuitionen som beslutsgrund. Om det nämligen är så att det som menas med intuition i själva verket är hanteringsregler, beslutsprinciper etc som finns explicit formulerade inom rättssystemets ram och som har internaliserats av juristen, så kan det strängt taget inte vara fråga om intuition, när man tillämpar dem, utan snarare om just tillämpning men utan tydliggörande av skälen bakom det fattade beslutet, och det kan inte accepteras.

Är då det enda som återstår de personliga preferenserna, formade av den erfarenhet som Aristoteles menar är det som gör oss till kloka människor[312]? Möjligen är det så, men i så fall leder det till att tre krav bör ställas på den juridiska argumentationen (utöver de många andra krav som ställs på juridisk argumentation[313]).

För det första bör man ha en betydande bredd i sin argumentation, det vill säga använda även andra källor än de traditionella rättskällorna för att söka argument.[314] Det bör framhållas att etiska utgångspunkter kan vara till god hjälp vid avvägningen mellan olika argument och för att väga olika faktiska omständigheter mot varandra. En fördel med att använda etiska principer i argumentationen är att man därvid har större möjligheter än man annars skulle ha att träffa ett val mellan till exempel i rättspraxis kolliderande värden. De etiska utgångspunkterna kan också användas för att överpröva tänkbara avvägningar. Om en föreslagen lösning strider mot någon av de etiska principerna, är det ett argument för att modifiera eller avvisa lösningen. Å andra sidan är, som tidigare konstaterats, även etiska principer av prima facie-karaktär och kan således kollidera med varandra. Då föreligger en värdekonflikt i alla fall, låt vara på en än högre abstraktionsnivå.

För det andra bör man vinnlägga sig om att vara utförlig och föra argumentationen ”i botten”, det vill säga inte stanna upp och lita till sina personliga preferenser för tidigt, utan fundera över om det verkligen inte finns något ytterligare argument, som kan användas för att rubba det ”jämviktsläge” man tycker har uppstått.

För det tredje bör man vinnlägga sig om så stor tydlighet som möjligt i argumentationen. Varje steg och varje ställningstagande bör artikuleras och motiveras, så att man inte döljer ställningstaganden, som i realiteten grundar sig

---

[312] Se avsnitt 2.5.
[313] Se till exempel Peczenik, a a, s 676 om rationalitetskravet.
[314] Av hanteringsekonomiska skäl torde detta krav kunna efterges i fall som verkligen är enkla – sådana finns trots allt. Detsamma kan för enkla fall även gälla punkterna två och tre ovan. Jfr Kellgren, Jan, Normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning, s 523 ff.

på personliga preferenser, bakom intetsägande hänvisningar till ”omständigheterna i övrigt” eller något liknande. Därmed är det inte heller legitimt att utan vidare hänvisa till intuitionen, om man därmed avser internaliserade hanteringsregler etc. I stället bör man då uttryckligen säga vilka hanteringsregler man faktiskt tillämpar och på vilket sätt. Detta framstår som desto mer angeläget, om reglerna tillämpas, utan att tillämparen är fullt medveten därom.

Motiveringskravet är måhända det mest centrala av dessa tre krav, eftersom det är motiveringen som kan ge ett rättsligt ställningstagande legitimitet bland diskussionsdeltagarna. Motiveringen – i synnerhet domsmotiveringen – har också en viktig pedagogisk funktion på det sättet att den skall kommunicera de värden rättssystemet upprätthåller.

3.4.8 Är detta en avhandling de lege lata eller de lege ferenda?

Det kan i detta sammanhang även vara lämpligt att något dryfta frågan om resonemangen i föreliggande avhandling i första hand skall uppfattas såsom varande de lege lata, eller om det främst rör sig om resonemang de lege ferenda. Det är förvisso inte nödvändigt att tillgodogöra sig min syn på den frågeställningen för att kunna tillgodogöra sig avhandlingens innehåll, men det förefaller ändå angeläget att beröra frågan, för att tydliggöra att analysen i avhandlingen är avsedd att rymmas inom ramen för rättssystemet sådant det nu ser ut.

Arbetet bygger, som tidigare framhållits, på föreställningen att det juridiska systemet ofta erbjuder inte endast ett tänkbart rätt svar på varje rättslig fråga, något som i sin tur innebär att den juridiske forskaren, för att till exempel kunna föreslå lösningar på juridiska tillämpningsfrågor, måste göra ställningstaganden i värdefrågor, det vill säga normativa ställningstaganden. De föreslagna lösningarna kan ifrågasättas av den som intar en annan ståndpunkt i värdefrågan, varför lösningarna inte kan göra anspråk på att vara ”de enda rätta svaren” på de aktuella tillämpningsfrågorna, utan enbart de svar som författaren i fråga anser vara bäst underbyggda av goda argument.[315] Lagstiftaren gör självfallet i denna sin egenskap en mängd ställningstaganden i värdefrågor, men inte desto mindre uppkommer åtskilliga situationer, när lagstiftarens ställningstaganden inte ger tillräcklig ledning. Ett bland en mångfald exempel tycks erbjudas av 36 § avtalslagen (och andra generalklausuler), eftersom lagstiftning som bygger på begrepp som ”oskälig” är i behov av ytterligare precisering, vilket lagstiftaren endast delvis kan stå till tjänst med i form av motivuttalanden.

---

[315] Andersson skriver: *”Det juridiska tänkandet – d v s metoden – innehåller … otvetydigt värderingar, och en rättsvetenskaplig författare som tar hänsyn härtill och som dessutom inte bara vill uppställa teoretiska fakta utan också, under beaktande av värderingarna, vill ge rekommendationer hur olika fall ska lösas måste ha en rationell teknik för detta. Risken är annars att rekommendationerna bara blir subjektivt tyckande”* (a a, s 194).

Kommer då avhandlingen att behandla generalklausulen de lege lata eller de lege ferenda? Det beror på hur man definierar begreppen.

Hellner arbetar med en definition av begreppen de lege lata och de lege ferenda som stämmer överens med den jag uppfattar som den gängse: *”Uttrycket lex ferenda används på olika sätt. I detta sammanhang begagnas uttrycket med syftning på tänkt eller önskad eller föreslagen lagstiftning…”*.[316] Resonemang som ryms inom ramen för lagstiftningen sådan den nu är utformad blir därmed lex lata.

När juristen väljer mellan olika tänkbara lösningar på ett problem, måste juristen inte sällan göra värdebaserade avvägningar. Man skulle kunna säga att juristen då ”skapar rätt”, eftersom vederbörande därmed argumenterar för etablerandet av en norm som inte tidigare varit etablerad. Detta handlar emellertid *inte* om att argumentera de lege ferenda eller om att frigöra sig från ”gällande rätt”, utan om att med goda skäl försöka etablera en norm som ryms inom ramen för rättssystemet sådant det ser ut just i denna stund. Just det faktum att det finns flera tänkbara lösningar att välja bland visar att någon ”gällande rätt” *inte* ännu har etablerats beträffande det aktuella problemet. Med detta synsätt skulle resonemangen i denna avhandling i huvudsak vara de lege lata och det är så jag ser på min framställning. Jag kommer inte att förespråka några förändringar av 36 § avtalslagen, utan tar paragrafen sådan den nu är utformad som utgångspunkt för analysen.

Lehrberg arbetar med två definitioner vardera av de lege lata och de lege ferenda. *”I begreppsligt hänseende”*, menar han, avgörs gränsdragningen mellan argumentation de lege lata och argumentation de lege ferenda av om *”en ändring av etablerade rättsregler sätts i fråga”*. *”I teleologiskt hänseende sammanhänger den i stället med argumentens anknytning till i gällande rätt manifesterade ställningstaganden till värdekonflikter”*, fortsätter han.[317] Lehrberg synes – i teleologiskt hänseende – mena att så snart man som rättsvetenskapsman tar ställning till låt oss säga en situation, där två motstridiga principer kolliderar och rättskällorna inte tillhandahåller någon ”kollisionsnorm”, så argumenterar man de lege ferenda. Med detta synsätt krävs alltså inte att författaren föreslår en förändring av gällande rättsregler för att anses argumentera de lege ferenda. Det räcker med att författaren söker besvara en fråga, beträffande vilken rättskällorna inte tillhandahåller alla argument som krävs för att besvara den, för att ett de lege ferenda-resonemang skall vara för handen.

I begreppsligt hänseende, för att tala med Lehrberg, kommer analysen i föreliggande avhandling alltså att vara de lege lata. Däremot kanske lösningarna inte kan sägas vara ”gällande rätt” , om man med den beteckningen menar att en

[316] Hellner Metodproblem, s 220.
[317] Lehrberg, a a, s 72.

viss lösning framgår av den rättsdogmatiska metodens rättskällor. Det finns emellertid goda argument för att lösningarna bör användas av domstolar och andra rättstillämpare, och därmed bli ”gällande rätt” även i snäv mening. Det blir således, om man accepterar Lehrbergs definitioner (och hans sätt att använda begreppet teleologisk), i viss utsträckning fråga om en diskussion de lege ferenda, eftersom framställningen *”…inom ramen för existerande rättsregler arbetar med att komplettera rättssystemets teleologiska struktur…”*.[318]

Andersson ifrågasätter om man alls behöver göra någon distinktion mellan de lege lata och de lege ferenda, *”…när det som här gäller att finna en ändamålsenlig teori och metod för att lösa problem. I rättsvetenskapliga sammanhang är uttryck som ’gällande rätt’ tämligen meningslösa, eftersom syftet inte är ren deskription och domstolspositivism, utan just … klarläggandet av problemen och deras systematiska hemvist. Därigenom ges även bättre redskap att faktiskt lösa problemen…”*.[319] Eftersom man kan finna rättsvetenskapsmän som inte har samma syn på rättsvetenskapens uppgift som Andersson, utan som menar att forskaren främst bör hålla sig till ”gällande rätt”[320], är det nog trots allt motiverat att diskutera skillnaden mellan lex lata och lex ferenda.

3.5 Tillåtna argument i diskussionen om 36 § avtalslagen

3.5.1 Inledning

I föregående avsnitt diskuterades rättspositivismens tillkortakommanden, i synnerhet kravet på värderingsfrihet, ur både ett praktiskt och ett principiellt perspektiv. Det anfördes att en jurist, oavsett om han är rättsvetenskapsman, domare eller något annat, måste företa värderande ställningstaganden, såväl när det gäller metodologiska frågor – Bör förarbetena tolkas med subjektiv eller objektiv teleologisk metod? Är en analogi berättigad i detta fall? – som när det gäller det slutgiltiga, rättsliga avgörandet – Har personen varit vårdslös eller inte? Är avtalsvillkoret oskäligt eller inte? Den värdeteoretiska grunden för kravet på värderingsfrihet – emotivismen, värdenihilismen och värdeskepticismen – ifrågasattes också. Som alternativ till det rättspositivistiska synsättet presenterades först en värdeteoretisk utgångspunkt – värdeobjektivism, värderealism och värdekognitivism– och sedan en på denna teoretiska grund vilande diskurs- och avvägningslära. Det viktigaste värdeteoretiska ställningstagandet är att det är rimligt att utgå ifrån att värdeutsagor inte enbart är känsloyttringar, utan något som kan bli föremål för meningsfull – vetenskaplig – diskussion. Det förefaller också finnas goda argument för att anse – det har högt

---

[318] Lehrberg, a a, s 72.
[319] Andersson, a a, s 165, not 22.
[320] Jfr Peterson/Sandström (Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda, JT 1999-2000, nr 3, s 758; citeras även ovan): *”Intresseavvägningar, som däremot saknar stöd i det begränsade material som de traditionella rättskällorna innehåller, faller utan tvekan utanför den rättsdogmatiska avgränsningen…”*.

förklaringsvärde att hävda – att det som ger värdeutsagor denna karaktär är att värden finns – även om det kan vara svårt att nå säker kunskap om värdenas exakta innehåll.[321]

Oavsett om man är beredd att acceptera möjligheten att värden existerar eller inte är det – man kan måhända på annan grund komma fram till att värdeutsagor kan bli föremål för en meningsfull vetenskaplig diskussion – kommer den fortsatta framställningen att bygga på att värdeutsagor (ett begrepp som här jämställs med uttalanden i värdefrågor och värderande ställningstaganden) kan bearbetas på ett meningsfullt sätt i rättsvetenskapliga arbeten. I ett avsnitt om hur ett rättsvetenskapligt arbete bör vara utformat, för att det skall uppfylla kriterierna för vetenskaplighet, framhölls kravet på utförlig, logisk och rationell motivering av värdeståndpunkter. Kravet på grundlig argumentation utvecklades sedan i avsnitten om diskursteori och avvägningar respektive den slutgiltiga avvägningen.

Diskursteorin och avvägningsdiskussionen ger formen för hur man rättfärdigar en värdeståndpunkt, till exempel angående innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, men det krävs också en analys av vilka typer av argument som till sitt innehåll är sådana att de får förekomma – att de accepteras – i diskursen. Bull använder uttrycket ”hållbara, rationella” argument[322], för att definiera vilka argument som bör beaktas. Enligt Svenska Akademiens ordbok kan begreppet rationell definieras på följande sätt i nu aktuellt hänseende: *”som motsvarar förnuftets krav; förnuftigt ordnad; som har avseende på eller är tillgänglig för förståndet eller tanken eller tänkandet”*.[323] En persons uppfattning om vad som kan uppdagas med hjälp av enbart förnuftet beror möjligen på om han är en anhängare eller inte av den värdekognitivistiska inriktning som benämns rationalism[324], men frågan är om inte bedömningen av vad som är ”förnuftigt” i en rättsvetenskaplig diskussion förutsätter ett i förväg gjort normativt ställningstagande, vilket innebär att hänvisningen till förnuftet inte tillför något. Man kan självklart säga att det vilken jurist (eller medborgare) som helst skulle uppfatta som ett nonsensargument – ”Avtalet bör anses oskäligt, eftersom medkontrahenten bar en gul kavaj vid avtalets ingående” – är ett irrationellt, oförnuftigt argument, men man kan inte komma ifrån att det även i detta fall har skett en normering i förväg (”parternas kläder har ingen betydelse för tolkningen av oskälighetsbegreppet”) även om den inte varit uttrycklig, utan ligger implicit ”i systemet”. Vad som är ett hållbart, förnuftigt argument beror därmed på vilka normer man i förväg ställt upp för argumentationen. Argument som bryter mot dessa regler blir ohållbara eller oförnuftiga i den aktuella kontexten.

---

[321] Vad som är säker kunskap beror också på vilken värdeepistemologisk grundsyn man har.
[322] Jfr ovan.
[323] SAOB på internet, www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad avseende dessa ord 2003-12-28.
[324] Jfr avsnitt 3.2.

Något som måhända är en självklarhet är att rättskälleläran här intar en nyckelroll. Argument som kan stödjas på en erkänd rättskälla accepteras som hållbara i en rättsvetenskaplig diskussion. Därmed blir svaret på den i avsnittsrubriken antydda frågan – Vilka argument är tillåtna i en diskussion om 36 § avtalslagen? – beroende av vad som erkänns vara en rättskälla.

En renlärig rättspositivism, som till exempel Kelsens rena rättslära, kan knappast erkänna andra normer än sådana som har antagits av därtill behörigt organ, det vill säga normer som kommer till uttryck i lagar och andra författningar och därmed sammanhängande förarbeten samt normer som uttrycks i rättspraxis.[325] Sådana normer uppfyller både kravet på behörig ”avsändare” och kravet på empirisk verifierbarhet som den logiska positivismen uppställer.[326] De godtagna rättskällorna blir därmed tämligen få.

I det svenska rättssystemet finns sedan länge en mer flexibel rättskällelära. Peczenik anger – vid sidan av lagar (och föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler), prejudikat och förarbeten – ett antal rättskällor som antingen bör eller får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.[327] För denna avhandlings vidkommande är intressant att han bland rättskällor som får åberopas som auktoritetsskäl nämner utländsk rätt. Vidare är intressant att han även anger att olika slags sakskäl får åberopas, inte i kraft av deras auktoritet (eftersom de inte har någon formell sådan) utan till följd av deras innehåll. Han nämner särskilt ”sakens natur” (ett dunkelt uttryck som *”…kan beteckna alla premisser som tas för givna i juridisk argumentation”*[328]), etiska grundsatser och historisk kunskap om relevanta omständigheter vid lagens tillkomst[329] (på annat ställe talar han om etiska värdesatser[330]). I vart fall det mesta av det han kallar sakskäl kan knappast beaktas inom en renodlat positivistisk rättskällelära[331], även om undantag finns,

---

[325] Se angående Kelsens rena rättslära Peczenik, Vad är rätt?, s 111 ff och Klami, a a, s 174 f.
[326] Jfr Hellner Metodlära, s 31.
[327] Peczenik, Vad är rätt?, s 213 ff. Jfr Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s 132 ff.
[328] Peczenik, Vad är rätt?, s 208.
[329] Peczenik, Vad är rätt?, s 216 f och s 316. Noga räknat vill Peczenik inte beteckna sådana sakskäl som rättskällor (a a, s 217), eftersom han reserverar det begreppet för ”auktoritetsargumenten”. Samtidigt noterar han att i och med att sakskälen får åberopas i en rättslig diskurs har de en viss auktoritet. Jag väljer därför att samla alla skäl som skall, bör eller får beaktas i en rättslig diskurs under begreppet rättskällor. Lehrbergs uppräkning av tänkbara rättskällor i (a a s 129 ff) är inte lika utförlig som Peczeniks och han nämner inte det Peczenik kallar sakskäl. Däremot säger han att *”[d]et är också naturligt för domstolarna att söka ledning i de icke-rättsliga normer som kan finnas när de skall avgöra oreglerade frågor”* (s 134). Det är inte helt klart om han hänför handelsbruk och andra sedvänjor, god affärssed m m till de icke-rättsliga normerna eller om de, enligt hans uppfattning, är rättsliga normer. Frågan har viss betydelse för att tolka Lehrbergs syn på om ”de icke-rättsliga normer som kan finnas” kan vara även annat än handelsbruk m m, till exempel det Peczenik kallar sakskäl. Jfr Peczeniks kritiska kommentar till Lehrbergs beskrivning av rättskällorna (Vad är rätt?, s 219).
[330] Peczenik, a a, s 303. Sammanhanget är dock inte rättskälleläran, utan den juridiska argumentationen, men begreppet torde ändå vara relevant i rättskällediskussionen.
[331] Jfr Norberg, som i positivistisk anda säger: *”En rättsregels innehåll är inte avgörande för att besvara frågan om regeln skall anses utgöra gällande rätt. Det är i stället rättsregelns ursprung som avgör detta”* (a a, s 18).

främst empiriska sakskäl (gällande fakta i målet) och möjligen analytiska sakskäl (t ex en analys av ett juridiskt begrepp), rimligen beroende på hur analysen motiveras.[332] Värderande och normativa sakskäl som etiska läror, värden och principer ryms knappast inom den positivistiska rättskälleläran.[333]

Om man däremot anser att värdesatser angående t ex innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen kan bli föremål för en vetenskaplig diskussion, följer därav rimligen att man också erkänner att det är legitimt att hämta argument till den diskussionen ur etiska läror, om ingen auktoritativ rättskälla[334] ger ett otvetydigt svar på hur paragrafen i den givna situationen skall tillämpas. Finns inget sådant auktoritativt svar, måste man fortsätta diskussionen med de argument som finns att tillgå, tills man har kommit fram till ett svar som är så välmotiverat som möjligt (jfr delavsnittet om den slutgiltiga avvägningen ovan). Den normativa etiken gäller hur man bör handla (se vidare nedan) och kan därmed bidra med sakliga argument till analysen av rättsliga spörsmål, vilka som bekant vanligen också gäller ”bör-frågor”.

För att få ytterligare perspektiv på frågan när avtalsvillkor inte bör anses vara bindande, kan man studera hur spörsmålet behandlas i utländska rättsordningar. Peczenik anger, som nämnts, utländsk rätt som en rättskälla som får åberopas. En analys av utländsk rätt kan dock knappast ge auktoritativa argument för att tilldela oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen en viss innebörd, men en sådan analys kan ge fördjupad förståelse för problemområdet och tillföra argument som, i egenskap av sakskäl, kan vara relevanta i en svensk diskussion.[335]

En tes, som kommer att upprätthållas i det följande, är att innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen bör bestämmas med hjälp av ett antal avtalsrättsliga dygder och principer, vilka fungerar som komplement till ”traditionella” auktoritativa rättskällor som förarbeten och rättspraxis. Dessa dygder och principer kan iakttas i det svenska rättssystemets positiva källor (såsom lagar, prejudikat och förarbeten) i form av normer som rimligen bör anses vara utflöden av dygderna och principerna i fråga. Dygderna och principerna kan även rättfärdigas med hänvisning till den normativa etiken, eftersom de ytterst vilar på etisk grund.

I följande delavsnitt kommer olika typer av argument, som kan användas för att bestämma innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen att behandlas. Närmast följer ett delavsnitt som innehåller en översiktlig språklig analys av oskälighetsbegreppet. En språklig analys av ett juridiskt begrepp tillför

---

[332] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 207.
[333] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 207.
[334] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 214 f och Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s 129 ff.
[335] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 267 f: *”Det antas … prima facie att den utländska lösningen av det ifrågavarande problemet är förnuftig. /…/ …man får prima facie utgå från att en etisk uppfattning som helt klart härskar i ett annat land tillhörande samma kulturkrets är riktig, rättvis och rimlig. En slutgiltig bedömning är en avvägningsfråga”*.

analytiska sakskäl till diskussionen om begreppets tillämpning (jfr ovan), men i detta fall öppnar, som kommer att påvisas, den språkliga analysen även för ett införande av etiska (dvs värderande) sakskäl i diskussionen.

Därefter följer en diskussion om vilka ändamål man efter att ha studerat förarbetena kan säga att paragrafen syftar till att uppfylla. Med tanke på den starka ställning förarbetena till 36 § avtalslagen anses ha[336], förefaller det rimligt att söka tolka vilka ändamål de kan sägas ange att paragrafen har, innan man går vidare och diskuterar andra källor.[337]

Sedan diskuteras etik, olika etiska läror och för avtalsrätten relevanta etiska satser i ett tämligen långt delavsnitt. Syftet är att ge utgångspunkter för den etiska diskussion som ovan beskrivs och att ytterligare påvisa kopplingen mellan etik och juridik. Ambitionerna beträffande etikdiskussionen är inte mer långtgående än att lyfta fram behovet av etiska ställningstaganden inom juridisk forskning, att grovt skissera några av den etiska debattens huvudinriktningar och att – med utgångspunkt i den beskrivningen – på ett reflekterande sätt argumentera för de etiska utgångspunkter som kommer att användas i föreliggande arbete. På så sätt läggs grunden för en arbetsmetod, som kompletterar övriga rättskällor med explicita etiska ställningstaganden i sökandet efter den lämpligaste bestämningen av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen**.**

3.5.2 Oskälighetsbegreppet – en språklig analys

Det centrala rekvisitet i 36 § avtalslagen är således ”oskäligt”. Men vad betyder egentligen ”oskäligt”? Hur skall begreppet definieras? Och vilken rättslig betydelse har en sådan definition? Att tolka en lag och därvid lägga störst vikt vid lagtextens ordalag *”objektivt tolkade”* brukar som bekant kallas att man använder en objektiv lagtolkningsmetod.[338] När man har att göra med ett begrepp som oskälighetsbegreppet kan man dock ifrågasätta om benämningen objektiv tolkning är helt träffande.

Lehrberg anför att oskälighetsbegreppet *”är så abstrakt att regeln efter domstolens skön kan tillämpas på åtskilliga olikartade situationer”* och att begreppets innehåll *”bestäms av domstolarna genom lämplighetsbedömningar i*

---

[336] Peczenik diskuterar förarbetens ställning i allmänhet i a a, s 241 ff. Se även diskussionen i Kellgren, a a, s 88 ff och s 144 ff samt Strömholm, a a, s 319 ff. När det gäller 36 § avtalslagen har utredningsbetänkandet och den därpå byggda propositionen erhållit sådan auktoritet i rättsväsendet beträffande de frågor som där behandlas, att det torde krävas tungt vägande argument för att gå emot tydliga uttalanden i dessa källor (jfr von Post, a a, s 40, ett uttalande som dock delvis ifrågasätts ovan).

[337] Det kan inte bli fråga om att använda Ekelöfs teleologiska metod för att fastställa ändamålen, eftersom den inte fungerar särskilt väl, när man har att göra med generalklausulers allmänt formulerade rekvisit. (Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 370.)

[338] Lehrberg, Bert, Praktisk juridisk metod, Uppsala 1996, s 136. (Cit Lehrberg Metod.)

enskilda fall".[339] Det är förvisso sant att ett stort antal sinsemellan olika avtalsvillkor kan anses omfattas av oskälighetsrekvisitet och att frågan om ett visst villkor skall anses vara oskäligt eller inte ytterst avgörs vid en avvägning mellan olika argument i det enskilda fallet, men om man låter försöken att definiera begreppet göra halt där, innebär det att man anser att oskälighetsbegreppet var tomt, när det infördes i avtalslagen. Det får sitt innehåll enbart genom domstolarnas tillämpning av 36 § avtalslagen och det ger domstolarna ingen vägledning beträffande hur paragrafen bör tillämpas. Om begreppet definieras genom en fri lämplighetsbedömning från domstolarnas sida, hade man lika gärna kunnat använda begreppet ”olämpligt” i lagtexten.

Lehrberg menar förvisso inte att domstolarnas bedömning av vad som är oskäligt är helt fri. Självfallet anser han att domstolarna bör iakttaga vad som sägs i förarbeten och rättspraxis angående paragrafens tillämpning.[340] I lagens förarbeten ges ett antal exempel på hur 36 § avtalslagen bör tillämpas och man får således sluta sig till att detta är exempel på när ett avtalsvillkor är oskäligt. Om man utifrån dessa exempel skall försöka formulera en mer generell definition av oskälighet, blir det således fråga om ett induktivt resonemang.[341] Men om begreppet får hela sin innebörd genom generalklausulens förarbeten och därpå följande rättspraxis, finns ändå ingen förklaring till varför lagstiftaren valde just begreppet ”oskäligt”. Är begreppet inledningsvis tomt och fylls med innehåll av lagstiftaren och domstolarna, kunde man i princip ha valt vilket begrepp som helst. ”Olämpligt” har redan föreslagits, kanske ”otrevligt” kunde ha varit en annan möjlighet, eller varför inte ”spunk”, för att tala med Pippi Långstrump? ”Avtalsvillkoret är ’spunk’ och får jämkas, eftersom motparten har missbrukat sitt överläge i förhandlingarna”, skulle en domstol kunna anföra.

Frågan är därför om det inte är rimligare att börja i ”andra änden” och utgå ifrån att lagstiftaren faktiskt uppfattade att begreppet oskäligt hade en innebörd redan innan det introducerades i avtalslagen, men att detta togs för självklart och därför inte diskuterades i förarbetena.[342] Om så är fallet, ger inte bara exemplen i förarbetena, utan också begreppet i sig vägledning för generalklausulens tillämpning. Oskälighetsbegreppet må vara tämligen nytt inom nutida, svensk juridik, men det har funnits i det svenska språket mycket länge. Om lagstiftaren inte uttryckligen säger att ett existerande begrepp tilldelas en legaldefinition[343],

---

[339] Lehrberg Metod, s 68.
[340] Jfr Lehrbergs analys av skillnaden mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran i Förutsättningsläran, s 153 ff.
[341] Se allmänt om induktion och deduktion som vetenskapliga metoder Hellner Metodproblem, s 69 ff. Jfr även Peczenik, a a, s 320 ff, 343, 594.
[342] ”*Åtskilliga begrepp är … av så grundläggande betydelse i samhället och rättssystemet eller eljest så välkända, att de inte anses behöva någon definition*”, konstaterar Lehrberg i Metod, s 64, och exemplifierar med köpare, säljare och besittning. Jag skulle i och för sig inte hänföra oskälighetsbegreppet till denna kategori, men lagstiftaren väljer som bekant fritt vilka begrepp lagstiftaren definierar uttryckligen.
[343] Lagstiftarens möjlighet att göra legaldefinitioner av begrepp beskrivs elegant av Strömholm i Ein Wort kommt zur Juristenwelt (cit Strömholm Ein Wort) i Justice, Morality and Society. A tribute to Aleksander Peczenik, Lund 1997, s 374: *”Normalerweise finden die sprachlichen Geburten in*

som avviker från begreppets ”normalspråkliga” betydelse, bör man ha rätt att utgå ifrån att någon omdefiniering inte har varit avsedd.

Den främsta auktoriteten beträffande svenska språket måste rimligen anses vara Svenska Akademien.[344] Enligt Svenska Akademiens ordbok har ordet oskälig flera betydelser. Den som är relevant i förevarande sammanhang är denna: *”som icke överensstämmer med en sund och naturlig uppfattning om vad som är rätt och billigt, icke skälig; särskilt (i synnerhet om krav, pris, vinst, straff och dylikt): som går för långt eller är alltför högt tilltagen”*.[345]

I förstone kan det tyckas som om den här definitionen inte tillför särskilt mycket. Det är ”oskäligt” som är ”orätt”, om man förkortar och förenklar det första ledet i akademiens definition. Det verkar nästan som om André har rätt, när han påstår att *”36 § saknar … rekvisit”*.[346] Man bör dock observera ett par omständigheter.

Det andra ledet i definitionen förmedlar det tydliga intrycket att oskälighet är ett balansbegrepp. Något är oskäligt som går för långt eller är för högt tilltaget – i förhållande till någonting annat. De exempel som ges är krav, pris, vinst och straff och i fallen är det tämligen uppenbart vad jämförelseobjektet är. Krav och pris är oskäliga om det inte råder balans (eller i vart fall rimlig proportion) mellan kravet och priset å ena sidan och motprestationen å andra sidan. En vinst är oskälig om det inte råder balans (rimlig proportion) mellan vinsten och den egna prestationen. Ett straff är oskäligt om det inte råder balans (rimlig proportion) mellan straffet och brottet.[347] Oskälighetsbegreppet anknyter därmed till den kommutativa rättvisan.[348] Olika rättvisebegrepp diskuteras senare i denna avhandling. Här räcker det att konstatera att inte heller rättvisa är ett entydigt begrepp, utan att det kan ges olika innehåll, men att det samtidigt finns givna ramar för vad som alls kan anses vara rättvist respektive orättvist, mot bakgrund av en diskussion som redan Aristoteles förde och som har förts vidare genom århundradena.[349]

---

seinem (lagstiftarens, min kommentar) Bereich … durch normative Begriffsbestimmungen statt, über deren Inhalt die Urheber des Textes jedenfalls im Augenblick der Geburt unumschränkt schalten und walten können”. (”Normalt äger språkliga födslar inom lagstiftarens område rum genom normativa begreppsbestämningar, över vilkas innehåll textens upphovsmän i vart fall i födelseögonblicket oinskränkt kan förfoga över.”)

[344] Jfr Strömholm Ein Wort, s 377.

[345] Svenska Akademiens ordbok, studerad på internet, www.svenskaakademien.se. Uppslagsordet senast kontrollerat på webbplatsen 2003-09-25. I ordboken förkortade ord har skrivits ut i deras helhet.

[346] André, a a, s 527.

[347] Jfr Molander, Joakim, Strafftänkandet har vänt ryggen åt moralen, Svenska Dagbladet 2003-02-23, s 10 (kulturdelen), där han angående olika sätt att se på straffets berättigande skriver: *”Straffet kan alltså ses som återbetalningen av en skuld, och betalningen ska då stå i proportion till skulden”*.

[348] Jfr Aristoteles, Den nikomachiska etiken, Göteborg 1988, s 137 ff (cit Nikomachiska etiken), Hellner Metodproblem, s 51 ff, och Simmonds, Nigel E, Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter, Stockholm 1988, s 78 ff. Se angående rättvisa även Peczenik, a a, s 409 ff (kommutativ rättvisa behandlas på s 433).

[349] Nikomachiska etiken, s 131 ff, Hellner Metodproblem, s 51, Simmonds, a a, s 78.

Den andra observationen man bör göra är att begrepp som ”orätt”[350] har en innebörd i ”vardagsspråket”. De flesta uppfattar det som meningsfullt att föra en diskussion om vad som är rätt respektive orätt i samhället i allmänhet, i politiken, i näringslivet, i familjen etc. Hur bör man agera i olika situationer, för att inte göra något orätt? Det råder förvisso inte konsensus i alla avseenden beträffande vad som är rätt och orätt, men de flesta skulle förmodligen acceptera ett antal ”minsta gemensamma nämnare” när det gäller normer för mellanmänskligt agerande i olika sammanhang. Satser som svarar på frågan ”hur bör man agera?” är etiska satser. Sokrates sade att ämnet etik inte sysslar med *”någon liten fråga, utan hur vi bör leva”*.[351] Vad är rätt och vad är orätt, gott och ont?[352] Vad som är rätt och orätt är alltså en fråga om etik.

Begreppet orätt och därmed begreppet oskäligt, eftersom begreppen per definition är relaterade till varandra, får således sitt allmänspråkliga innehåll genom etiken. De kan inte förstås utan en samhällelig, etisk kontext. Utan den omgivningen skulle de vara tomma begrepp.

Strömholm ställer frågan till vilken hjälp som tidigare, utomjuridiskt språkbruk kan vara för den som skall tolka en lagtext, där lagstiftaren, utan att uppställa en legaldefinition, har använt ett redan känt ord som inte är tydligt tekniskt eller vetenskapligt definierat. Hur fritt kan tolkaren hantera ordets betydelse?[353] Strömholms diskussion rör ordet ”saklig”, som utan närmare analys infördes i 1 kap 8 § 1974 års regeringsform, där det stipuleras att förvaltningsmyndigheter och domstolar skall iakttaga ”saklighet och opartiskhet” i sin relation till medborgarna. Han gör en ingående språklig analys av begreppet och konstaterar att det, mot bakgrund av dess allmänspråkliga betydelse, var mindre lämpligt att använda i regeringsformen, men att det så småningom har utvecklats genom den författningsrättsliga doktrinens försorg.[354] Däremot besvarar Strömholm egentligen inte uttryckligen sin inledningsvis ställda fråga, nämligen vilken betydelse utomjuridiskt språkbruk bör få för tolkningen av begreppet. En rimlig förklaring till det uteblivna svaret är att det utomjuridiska språkbruket gav vid handen att begreppet inte alls borde ha använts i regeringsformen, och att det därför inte ger författningstolkaren någon egentlig hjälp. Vad Strömholm skulle ha svarat, om det utomjuridiska språkbruket hade kunnat vara författningstolkaren till nytta, vet endast Strömholm, men redan genom att göra en analys av begreppet med hjälp av definitionerna i Svenska Akademiens ordbok antyder han rimligen att en sådan analys är rättsligt relevant.

---

[350] Begrepp som ”obilligt” och ”oskäligt” har en något ålderdomlig klang och jag har personligen svårt att tänka mig att de är levande i ”vardagsspråket” på samma sätt som ”rätt” och ”orätt”, men en sådan utsaga har jag inget empiriskt belägg för.
[351] Rachels, James, The Elements of Moral Philosophy, 2 uppl, Singapore 1995, s xi. Översättning från engelskan av författaren.
[352] Collste, a a, s 27 f.
[353] Strömholm, Ein Wort, s 374.
[354] Strömholm Ein Wort, s 381.

Med oskälighetsbegreppet förhåller det sig annorlunda än med saklighetsbegreppet på så sätt att den allmänspråkliga betydelsen faktiskt bidrar till att ge begreppet ett innehåll som kan vara relevant även för den avtalsrättslige uttolkaren av 36 § avtalslagen.[355] Det är då svårt att se på vilka grunder man skulle vilja – eller kanske till och med: på vilka grunder man skulle ha rätt – att bortse från detta innehåll.

För att nå fram till detta innehåll måste man, som ovan beskrivits, gå vägen via etiken. Som kommer att utvecklas i kommande delavsnitt i detta kapitel ger olika etiska inriktningar olika svar på hur man kommer fram till vad som är rätt och orätt. Något förenklat: konsekvensetiken säger att man skall beakta vilka konsekvenser en handling leder till – goda konsekvenser innebär att handlingen är god och bör företagas – medan pliktetiken och dygdeetiken innebär att en handling kan vara god i sig, oavsett vilka konsekvenser den medför.[356] En diskussion måste därför föras beträffande vilken etisk hållning som bör väljas för att ge begreppet orätt och därmed oskälighetsbegreppet en närmare innebörd.

Vad som är rätt och orätt, i det här fallet i ett avtalsrättsligt sammanhang, behöver dock inte besvaras enbart med hjälp av en utifrån och in i rättssystemet kommande etisk diskussion – även om en sådan diskussion, baserad på samhällskontexten, enligt min mening är relevant och legitim. Man bör också ställa sig frågan vilka värden det avtalsrättsliga systemet vilar på, för att se hur begrepp som orätt och därmed oskäligt kan fyllas med ett innehåll genom en inomjuridisk diskussion, baserad på den kontext som det (avtals-)rättsliga systemet utgör. Därigenom blir det relevant och legitimt att analysera vilka (värde-)principer[357] bakom rättssystemet i allmänhet och det avtalsrättsliga systemet i synnerhet som har koppling till vad som är rätt och orätt, skäligt och oskäligt i det sammanhang som 36 § avtalslagen utgör.

Således kan man även med hänvisning till den språkliga analysen av oskälighetsbegreppet motivera att etiska aspekter beaktas i den fortsatta framställningen.

---

[355] Strömholm noterar också att saklighetsbegreppet i arbetsrättsliga sammanhang erhållit en mycket speciell betydelse, som avviker från vad som i vanligt språkbruk kan betecknas som begreppets innebörd (a a, s 380). Någon sådan utveckling har inte oskälighetsbegreppet undergått sedan 36 § avtalslagen infördes. Efter att ha tagit del av HD:s praxis gällande lagrummet i fråga, kan jag konstatera att det inte tycks finnas något rättsfall, där HD har tillämpat generalklausulen utan att man kan hävda att det jämkade avtalsvillkoret kan betecknas som orättfärdigt.

[356] Det är egentligen inte korrekt att tala om konsekvensetiken, pliktetiken och dygdeetiken i bestämd form singular, eftersom det finns olika varianter av dessa etiska inriktningar, utan det språkbruket får ses som en framställningsteknisk förenkling.

[357] En princip är, med Peczeniks definition, en norm som uppställer ett ideal, ett värde (Peczenik, a a, s 447). *”…medan en värdeprincip utsäger vad som **prima facie** bör göras bestämmer ett värde vad som **prima facie** är det bästa”*, skriver han vidare (a a, s 447). (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)

3.5.3 Varför tillkom 36 § avtalslagen? – en ändamålsanalys baserad på förarbetena

Nuvarande 36 § avtalslagen trädde i kraft den 1 juli 1976 i enlighet med regeringens förslag i prop 1975/76:81. Till grund för propositionen låg Generalklausulutredningens betänkande, Generalklausul i förmögenhetsrätten (SOU 1974:83).[358]

När man granskar dessa förarbeten, för att komma fram till vilka ändamål som lagstiftaren ansåg att den nya 36 § avtalslagen skulle uppfylla, finner man inte någon mera utförlig analys av detta spörsmål. Både i utredningen och propositionen (och i direktiven till utredningen, som citeras i betänkandet[359]) framhålls på flera ställen paragrafens konsumentpolitiska bakgrund, varvid klart framgår att för de i lagstiftningsärendet agerande var konsumentskyddsaspekten den viktigaste anledningen till den nya generalklausulens införande. Det ansågs föreligga ett behov av ökade möjligheter att på civilrättslig väg angripa klandervärda villkor i avtal mellan näringsidkare och konsument.[360] Paragrafen sågs som en civilrättslig pendang till den då tämligen nya lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden[361], vilken ger möjlighet att på näringsrättslig väg inskrida mot oskäliga avtalsvillkor i standardavtal.[362] I propositionen framhålls att den vidsträckta avtalsfriheten och den återhållsamma tillämpningen av befintliga generalklausuler inom förmögenhetsrättens område (i synnerhet 33 § avtalslagen och 8 § skuldebrevslagen) kan innebära att en starkare part kan missbruka sin överlägsna ställning, att det är vanligt – inte minst i konsumentförhållanden – att den ena parten (näringsidkaren) ensidigt utformar avtalsvillkor som gynnar honom och missgynnar motparten samt att *”[d]e angivna förhållandena … under senare år alltmer kommit att framstå som otillfredsställande”*.[363] I fokus står således problemet med bristande balans mellan parterna vid avtalets ingående och därav följande bristande balans mellan parternas prestationer enligt avtalet. Flertalet remissinstanser instämmer i att det behövs utvidgade möjligheter att jämka avtalsvillkor i konsumentförhållanden.[364]

---

[358] Jfr delavsnitt 2.3.
[359] Ju 1970:58; citeras i SOU 1974:83, s 25 ff.
[360] *”Det bör härvid uppmärksammas att generalklausulerna måste kunna självständigt utnyttjas som instrument i strävandena mot ett förstärkt skydd för konsumenterna”*, heter det i direktiven till Generalklausulutredningen (se SOU 1974:83, s 27). *”Den översyn av den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen om otillbörliga avtalsvillkor som anförtrotts generalklausulutredningen får främst ses som ett led i den civilrättsliga regleringen av konsumentskyddet”*, skriver utredningen (SOU 1974:83, s 25). *”Vill man att den enskilde konsumenten skall få ett tillfredsställande skydd i varje särskilt avtalsförhållande, måste möjligheterna till jämkning ökas”*, framhåller föredragande statsrådet i prop 1975/76:81, s 104. Jfr von Post, a a, s 85*: ”Pådrivande var naturligtvis det alltmer ökande intresset för konsumentskydd…”*.
[361] SFS 1971:112, sedermera ersatt av en ny lag med samma namn, SFS 1994:1512.
[362] *”Såvitt angår förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter får en ökad möjlighet för domstolarna att jämka eller åsidosätta avtalsvillkor särskilt stor betydelse som ett komplement till avtalsvillkorslagen”*, framhålls i propositionen (s 103). Jfr von Post, a a, s 81.
[363] Prop 1975/76:81, s 101.
[364] Prop 1975/76:81, s 103 samt redogörelsen för remissyttrandena på s 58 ff.

Såväl i utredningsbetänkandet som i propositionen framhålls dock att den nya generalklausulen inte enbart bör vara tillämplig i konsumentförhållanden, utan även på avtal mellan näringsidkare respektive avtal mellan privatpersoner.[365] Därvid anförs att det även vid avtal mellan näringsidkare kan förekomma obalans i styrkeförhållandet mellan parterna, vilket den starkare parten kan utnyttja till att tillskansa sig förmåner på medkontrahentens bekostnad.[366] Vidare påpekas att även andra skäl kan motivera jämkning av ett avtalsvillkor, till exempel att ett villkor fått en olycklig utformning till följd av ett förbiseende, att ändrade förhållanden kan göra att ett avtal får helt andra verkningar än parterna förutsatte vid dess ingående eller att en avtalspart till följd av tidsnöd eller att han på annat sätt befann sig i en pressad situation ingått ett avtal *"som inte motsvarar rimliga krav på rättvisa mellan parterna*" (underförstått: även om han inte i någon absolut mening befann sig i underläge gentemot medkontrahenten).[367]

Någon egentlig diskussion om generalklausulens tänkta verkningar förs inte i förarbetena. Det finns enstaka formuleringar, som har anknytning till lagstiftningens konsekvenser, till exempel i lagrådets yttrande, där lagrådet anför att paragrafen *"…kan förväntas få preventiva verkningar så att överlägsna kontrahenter i avtalsförhållanden blir mindre benägna att försöka begagna sitt övertag på ett oskäligt sätt"*.[368] Samtidigt betonar lagrådet att lagrummet inte får leda till *"allmän osäkerhet och löslighet i avtalsförhållanden till skada för den allmänna omsättningen"*.[369] Att "löslighet i avtalsförhållanden" inte var en avsedd verkning av den nya bestämmelsen är uppenbart, vilket föredragande statsrådet framhåller i propositionen i en kommentar till lagrådets utlåtande.[370] Däremot säger också statsrådet, om än i en ganska vag formulering, att *"[f]örhoppningen är givetvis … att avtalsvillkor i ökad utsträckning kommer att utformas så, att generalklausulen inte behöver tillgripas"*.[371] Formuleringens vaghet förmedlar dock bilden att detta inte är ett huvudändamål med den föreslagna lagstiftningen. Det samlade intrycket är att förslaget till ny generalklausul inte motiverades av några prognoser beträffande hur lagstiftningen skulle komma att påverka det sätt, på vilket privatpersoner och företag agerar i avtalssammanhang, eller andra slags konsekvensanalyser. Det förs heller ingen konsekvensdiskussion beträffande vad det skulle kunna innebära, om man fortsätter upprätthålla oskäliga avtal i samma omfattning som hittills. Man hade kunnat hävda till exempel att det skulle riskera att minska konsumenternas förtroende för näringslivet, vilket i sin tur skulle kunna leda till färre inköp och därmed i förlängningen sämre ekonomisk utveckling. En sådan argumentation kunde ha fullföljts med ett påstående om att den föreslagna

[365] Se t ex prop 1975/76:81, s 104 f och SOU 1974:83, s 109 ff.
[366] Prop 1975/76:81, s 104 f, SOU 1974:83, s 109 ff. Se även von Post, a a, s 109 ff.
[367] Prop 1975/76:81, s 105.
[368] Prop 1975/76:81, s 164.
[369] Prop 1975/76:81, s 164.
[370] Prop 1975/76:81, s 173.
[371] Prop 1975/76:81, s 118.

generalklausulen skulle kunna leda till fler inköp och bättre ekonomisk utveckling.

Min uppfattning är att förarbetena, i stället för att bygga på konsekvensresonemang, utgår från uppfattningen att det är fel, orätt, att använda en styrkeposition i en avtalsförhandling till att bereda sig oskäliga förmåner på medkontrahentens bekostnad eller – för att uttrycka saken mer generellt – att det är fel, orätt, att upprätthålla avtalsvillkor som kan beskrivas som oskäliga, och det inte av något annat skäl än just att det är fel. Det är rätt att skydda svagare avtalsparter, det är rätt att skydda parter som drabbats av oväntade, ändrade förhållanden, det är rätt att skydda parter som under tidspress ingått ett olyckligt formulerat avtal. I en citerad formulering ovan talas om ”rimliga krav på rättvisa”, vilket förstärker intrycket av att paragrafens ideologiska grund är en föreställning om vad som är rätt respektive orätt, rättvist respektive orättvist. Paragrafens ändamål blir därmed att söka upprätthålla denna värdegrund. Resonemanget i förarbetena är utpräglat partsinriktat – det handlar om att skapa rättvisa mellan parterna i ett enskilt fall, inte om att tillgodose andra samhälleliga intressen såsom ekonomisk effektivitet eller ekonomisk tillväxt.

Man kan försöka formulera ändamålen i tämligen konkreta termer, till exempel (jfr ovan) *att* skydda underlägsna avtalsparter, *att* skydda avtalsparter som drabbats av oväntade, ändrade förhållanden etc. Med tanke på den stora mängd olikartade situationer, som 36 § kan tillämpas på, är det dock tveksamt om man kan göra en uttömmande uppräkning av så konkreta ändamål som det här blir fråga om. Frågan är därför om man kan uttrycka ändamålet i mer generella termer, som täcker de många skilda situationer i vilka paragrafen kan aktualiseras. På det sättet skulle man också kanske tydligare fånga in den underliggande värdegrunden, som annars riskerar att inte framgå (jfr talesättet ”man ser inte skogen för alla träd”).

Det förefaller inte orimligt att hävda, trots att uttryckligt stöd härför saknas i förarbetena, att 36 § avtalslagen vilar på en föreställning om ”den goda avtalsrelationen”. För att kunna veta vad som är orätt och ont och inte skall upprätthållas, måste man ha en uppfattning om vad som är rätt och gott. För att kunna hävda att starka parter agerar orätt, när de missbrukar sin styrka, måste man ha en uppfattning om hur starka parter bör agera. Därför kan man hävda att lagstiftaren har en bild av hur en ideal avtalsrelation ser ut och arbetar för att så många enskilda avtal som möjligt skall överensstämma med den bilden – eller i vart fall arbetar för att så få enskilda avtal som möjligt skall uppenbart avvika från bilden. Det är högst osannolikt att man i justitiedepartementet uttryckligen diskuterade i sådana termer. Uppfattningen om den goda avtalsrelationen gjordes sannolikt aldrig uttrycklig. Snarare skulle det kunna handla om en omedveten, kulturellt och historiskt betingad föreställning om hur man bör bete sig mot varandra i avtalssammanhang, ett slags kulturell kontext eller kulturell referensram som man agerar mot bakgrund av.

Detta resonemang kan synas en aning spekulativt, men samtidigt kan man inte bortse ifrån att det för föredragande statsrådet är så självklart att man inte skall missbruka en överlägsen ställning i en avtalsförhandling eller att avtal skall uppfylla ”rimliga krav på rättvisa”, att han inte anser det finnas behov att analysera *varför* det skulle vara fel att utnyttja ett överläge i en förhandling eller *varför* avtal skall vara rättvisa eller *vad* som kännetecknar ett rättvist avtal. Inte heller Generalklausulutredningen eller remissinstanserna finner anledning att närmare diskutera dessa frågor, vilket rimligen får anses tyda på att samtliga dessa aktörer delar ungefär samma föreställning (har samma förförståelse) beträffande hur man bör agera i avtalssammanhang som föredraganden har. Beträffande många, om än inte alla, exempelsituationer, som Generalklausulutredningen beskriver, råder tämligen stor enighet mellan regeringen och remissinstanserna att det i dessa situationer är rimligt att jämka det aktuella avtalsvillkoret, vilket tyder på att det föreligger en viss konsensus gällande hur en ärlig avtalspart bör agera.

Mot bakgrund av den sistnämnda diskussionen, skulle man kunna hävda att det grundläggande ändamålet med 36 § avtalslagen är att värna den goda avtalsrelationen.

Vad som närmare bestämt skall förstås med begreppet den goda avtalsrelationen återkommer framställningen till. Här kan i korthet noteras att en rimlig balans mellan parternas prestationer förefaller vara ett viktigt kännetecken på en sådan relation. På flera ställen i propositionen och betänkandet används formuleringar *som ”förmåner på motpartens bekostnad”*[372] och *”missförhållande mellan parternas förmåner”*[373]. Även avtalsvillkor, som ger den ena parten inflytande över avtalsförhållandet på motpartens bekostnad (t ex genom ensidig beslutanderätt i vissa frågor) bör, enligt förarbetena, kunna angripas med stöd av 36 § avtalslagen[374] – också det förefaller vara ett utslag av balanstänkande.

Den tolkning av paragrafens ändamål som föreslås i detta delavsnitt stämmer också väl överens med resultatet av den språkliga tolkningen av oskälighetsbegreppet i föregående delavsnitt. Enligt den tolkningen får oskälighetsbegreppet sin språkliga betydelse genom vad som i en etisk diskussion kan betecknas som rätt respektive orätt. Redan i själva begreppet ligger härutöver att bristande balans mellan parterna respektive mellan deras prestationer är ett viktigt kännetecken på ett oskäligt avtal.

3.5.4 Inledande om etik

Begreppet ”etik” kommer av det grekiska ordet ”ethos”, vilket betyder ”sed, sedvänja”. Samma etymologiska betydelse har det latinska ordet ”moralis”, som

[372] Se t ex prop 1975/76:81, s 105.
[373] Se t ex prop 1975/76:81, s 118.
[374] Se t ex prop 1975/76:81, s 118.

givit oss begreppet ”moral”.[375] Modern moralfilosofi använder moralbegreppet för att beteckna praktiken – handlingar och ställningstaganden – medan etik står för teorin, det vill säga reflektionen över det moraliska handlandet och de moraliska ställningstagandena.[376] Sokrates sade, som tidigare nämnts, att ämnet etik inte sysslar med *”någon liten fråga, utan hur vi bör leva”*.[377] Vad är rätt och vad är orätt, gott och ont?[378]

Etik kan användas av juristen på i vart fall två sätt. Det ena är som analyshjälpmedel, för att förstå innebörden av olika argument. Med hjälp av etikens begreppsapparat kan klarläggas vilka värderande ställningstaganden som ligger bakom ett visst argument. Det andra sättet är som beslutshjälpmedel, när juristen har att välja mellan olika argument och själv ta ställning. Juristen kan hänvisa till etiska argument från någon av de etiska inriktningarna, för att rättfärdiga sitt ställningstagande.

När en jurist skall använda etiken som beslutshjälpmedel, är det noga räknat den normativa etiken som måste komma till användning, alltså den del av etiken som analyserar ”bör-frågor” (jfr Sokrates uttalande ovan). Den normativa etiken rymmer många inriktningar, men två grundläggande, konkurrerande hållningar erbjuds av de olika konsekvensetiska teorierna respektive de deontologiska teorierna.[379] De sistnämnda brukar indelas i två undergrupper: pliktetiska och dygdeetiska.

I de följande delavsnitten kommer konsekvensetik och deontologisk etik att diskuteras. Ambitionen är att – med utgångspunkt från dels en allmän diskussion om de olika etiska inriktningarnas brister och förtjänster, dels en diskussion om hur inriktningarna förhåller sig till 36 § avtalslagen och dess ändamål – ta ställning till vilken av inriktningarna som är lämpligast att använda som kompletterande rättskälla i denna avhandling.

3.5.5 Konsekvensetik

3.5.5.1 Inledning

Konsekvensetiska teorier kan alternativt kallas teleologiska, vilket onekligen är ett för jurister välkänt begrepp.[380] ”Telos” betyder ”mål” och för en konsekvensetiker är det resultatet som räknas. Om en handling är rätt eller orätt avgörs av dess konsekvenser.[381] För en anhängare av deontologisk etik är det i

---

[375] Collste, Göran, Inledning till etiken, Lund 1996, s 12.
[376] Collste, a a, s 13.
[377] Rachels, James, The Elements of Moral Philosophy, 2 uppl, Singapore 1995, s xi. Översättning från engelskan av författaren.
[378] Collste, a a, s 27 f.
[379] Collste, a a, s 28.
[380] Collste, a a, s 28.
[381] Se för en utförligare beskrivning Kagan, Shelly, Normative Ethics, Boulder 1998, s 189 ff, i synnerhet s 212 ff.

stället egenskaper hos handlingen som är avgörande, t ex om den innebär ett brott mot en viss plikt eller inte.[382]

Den i svensk juridisk doktrin så ofta använda teleologiska metoden för lagtolkning bygger på ett konsekvensetiskt tänkande. Det rättsliga ställningstagande skall väljas, som medför att ändamålen bakom den rättsliga regleringen förverkligas på bästa sätt. Det är resultatet som räknas. *"Jag menar att de materiella reglerna måste tillämpas så att rättskipningen medverkar till att ändamålet med dessa regler blir förverkligat",* framhåller Ekelöf.[383] Den teleologiska metoden ger dock enbart ett formellt, inte ett materiellt, svar på frågan om vilket det eftersträvansvärda resultatet är. Teleologisk lagtolkning kan vara ett redskap för att förverkliga såväl deontologiska som konsekvensetiska (t ex utilitaristiska) ideal, beroende på vilken etik som ligger till grund för den aktuella lagstiftningen.

Det finns däremot konsekvensetiska teorier, som har ambitionen att även ge ett svar på frågan vilket innehåll beslut bör ha. Den mest kända av dessa teorier torde vara utilitarismen.[384] Därför kommer den fortsatta delen av delavsnittet om konsekvensetik att ägnas utilitarismen och dess rättsvetenskapliga "släkting", rättsekonomin.

3.5.5.2 Utilitarismen

Utilitarismen kännetecknas som bekant främst av det sätt på vilket den besvarar frågan om vilka konsekvenser som är eftersträvansvärda. Fokus ligger i första hand på lyckomaximering, nyttomaximering eller preferenstillfredsställelse. Många utilitarister har varit strikta konsekventialister, vilket innebär att de inte tillerkänt handlingar någon som helst moralisk betydelse: *"In the abstract the action itself is morally insignificant; its rightness is fixed by its conductiveness to the maximization of welfare"*.[385] Den rätta handlingen är den handling som i jämförelse med alla alternativa handlingar leder till bäst konsekvenser för alla berörda. (I formuleringen "för alla berörda" framträder utilitarismens universaliserbarhetsanspråk.) Vilka konsekvenser som helst är dock inte

---

[382] Collste, a a, s 28.
[383] Ekelöf, Per-Olof, Rättegång I, 7 uppl, Stockholm 1990, s 69.
[384] Se för en historisk skildring av utilitarismens framväxt Russell, Bertrand, Västerlandets filosofi och dess samband med den politiska och sociala utvecklingen, 7 utgåvan, Stockholm 1994, s 654 ff. Det är egentligen inte korrekt att tala om utilitarismen i bestämd form singular, eftersom det finns ett antal olika utilitaristiska inriktningar (jfr Behrens, a a, s 35). I den mån så ändå sker i detta arbete är det en medveten förenkling av verkligheten, motiverad av "framställningsekonomiska" skäl.
[385] Thomas, Geoffrey, An Introduction to Ethics. Five Central Problems of Moral Judgement, London 1992, s 69. Jfr även Behrens, Peter, Utilitaristische Ethik und ökonomische Analyse des Rechts i Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg), Die ethischen grundlagen des Privatrechts, Wien 1994, s 35-51. Behrens anför (s 36): *"Die Richtigkeit einer Handlung wird nicht nach ihren Motiven oder nach ihren Eigenschaften aus sich selbst heraus beurteilt, sondern ausschließlich nach ihren Folgen"*. (En handlings rättfärdighet bedöms inte utifrån dess motiv eller egenskaper, utan uteslutande utifrån dess följder.)

relevanta, utan den konsekvens som utilitarismen är intresserad av är maximering av välfärd (eller samhällsnytta eller någon liknande storhet).[386]

Oavsett hur man benämner det eftersträvansvärda målet, kan man skilja mellan handlingsutilitarism och regelutilitarism. Regelutilitarismen bygger på tanken att man inte bör eftersträva lyckomaximering/preferenstillfredsställelse/nyttomaximering med varje enskild handling, utan att man i stället skall handla i enlighet med regler som typiskt sett leder till det bästa resultatet.[387] Menar man att varje handling skall leda till det ”bästa resultatet”, förespråkar man i stället en handlingsutilitarism.[388]

Enligt den klassiska utilitarismen skall man agera på det sätt som medför största möjliga välbefinnande för alla parter som kan antas påverkas av agerandet. Välbefinnande definieras som lycka och kvantiteten lycka i sin tur som summan av njutningar och lidande[389], låt vara att det finns olika sätt att se på lyckobegreppet.[390] Strävan efter lyckomaximering har emellertid kritiserats, bland annat mot bakgrund av svårigheten att fastställa vad lycka är och att mäta lycka[391], i synnerhet när diskussionen gäller till exempel lagstiftning, vilken skall maximera alla medborgares välbefinnande.[392] Därför har alternativa utilitaristiska inriktningar formulerats, bland annat preferensutilitarismen.[393]

---

[386] Talar man om konsekvenser i allmänhet diskuterar man visserligen konsekvensetik i allmänhet, men för att tala om den form av konsekvensetik som utilitarismen utgör, måste man fokusera på välfärdsmaximering eller liknande mål.

[387] Collste, a a, s 33 f, Behrens, a a, s 47 ff.

[388] Colleste, a a, s 34, Behrens, a a, s 47 ff.

[389] Behrens, a a, s 39. Se även Rachels, a a, s 92. *”The utilitarian doctrine is that happiness is desirabel and the only thing desirable, as an end; all other things being desirable as means to that end”*, hävdade John Stuart Mill. Citatet är hämtat från Rachels, a a, s 102, men det härrör från Mills verk Utilitarianism från 1861.

[390] Man kan t ex nämna Benthams kvantitativa hedonism och John Stuart Mills kvalitativa hedonism. Collste, a a, s 30 f. Skillnaden mellan dessa båda inriktningar är att Bentham menade att det är möjligt att mäta lycka och att således objektivt kunna räkna sig till vilken handling som medför mest lycka och därmed bör företagas, något som Mill bestred. Han ansåg att det finns en kvalitativ skillnad mellan olika typer av lustupplevelser. Se även Rachels, a a, s 103, och Peczenik, a a, s 452.

[391] Simmonds, Nigel E, refererar i Juridiska principfrågor, Stockholm 1988, Finnis syn på utilitarismen, vilken går ut på att ”objektivt goda ting” är inkommensurabla, varför strävan att de skall maximeras är meningslös: *”[d]et är t ex inte möjligt att säga hur mycket kunskap som skulle vara 'lika god' som en viss mängd estetisk njutning eller hur mycket estetisk njutning det skulle krävas för att kompensera en förlust av vänskap”* (Simmonds, s 76). Man skulle här kunna göra en jämförelse med Maslows berömda behovspyramid, som kan sägas bygga bland annat på tanken att de mänskliga behov som befinner sig på en viss nivå i pyramiden är inkommensurabla med behoven på andra nivåer.

[392] Redan Bentham talade om största möjliga lycka för största möjliga antal människor (Behrens, a a, s 40). När man skall bedöma vilka normer som skall gälla i samhället, måste man därför beakta varje enskild medborgares välbefinnande. *”Der utilitaristische Kalkül setzt also die Addierbarkeit von individuellen Gratifikationswerten und damit eine maßeinheit voraus”*, framhåller Behrens (a a, s 41). (Den utilitaristiska kalkylen förutsätter alltså att det är möjligt att addera individuella lyckovärden och därmed en måttenhet [för sådana värden; författarens kommentar].) En annan invändning mot lyckofokuseringen är att lycka inte är det enda vi människor värdesätter. Vi upplever att vänskap, skönhet, rättvisa och mycket annat är gott i sig, inte för att det gör oss lyckliga. Jfr även Posner, Richard, Economic Analysis of Law, 5 uppl, New York 1998, s 13: *”utility in the utilitarian*

Preferensutilitarismens kärna har formulerats på olika sätt av olika författare. En formulering går ut på att det är etiskt gott att handla *"…i enlighet med en preferensordning, uppbyggd genom sammanjämkning av såväl det ifrågavarande handlingssubjektets som alla andra människors preferenser"*.[394] Att respektera det som människor vill är således gott, och något som medmänniskorna bör ta hänsyn till när de agerar.[395] Ju fler människors preferenser (önskningar) som kan tillgodoses, desto bättre. *"Etiskt goda handlingar har nämligen utan tvekan något att göra med att man visar hänsyn till och respekt för andra människor"*, skriver Peczenik. Eftersom en människas preferenser är föränderliga och därtill kan vara motsägelsefulla, menar Peczenik dock att man inte enbart skall beakta en människas faktiska preferenser, utan *"…en människas hypotetiska, fulländade, m a o helt rationella preferenssystem"*, sådant det skulle ha sett ut, om vederbörande – när systemet utarbetades – hade haft obegränsad tid till sitt förfogande, obegränsad intelligens etc[396]. När han diskuterar en "preferensordning" (se ovan), beror det på att olika människors preferenser kan kollidera och att preferenserna därför måste vägas mot varandra och sedan sammanjämkas.

Frågan är dock om det är lättare att mäta och jämföra människors preferenser än att mäta och jämföra lycka. Peczenik erkänner att utilitaristiska principer inte ger oss *"…effektiva (operationella) metoder som kan användas för att finna det etiskt goda"*. Det är uppenbarligen helt omöjligt att identifiera människors alla preferenser, fastmer att avväga dem mot varandra. Vidare, säger han, *"är det tveksamt om preferensavvägningens resultat kan bestå av generella normer eller generella värdesatser"*.[397] Då är onekligen frågan hur användbar preferensutilitarismen är, till exempel när man i en juridisk diskurs skall avgöra hur en avtalsrättslig tvist skall avgöras.

Det man skulle kunna göra, vore att försöka formulera preferenser som man utifrån empiriska iakttagelser i samhället skulle kunna hävda att många människor tycks hysa. Peczenik anser att principer om mänskliga fri- och rättigheter återspeglar *"…synnerligen starka eller synnerligen vanliga preferenser"*.[398] Han menar vidare att man kan studera vilka etiska principer som

---

sense also has grave limitations, and not only because it is difficult to measure… The fact that one person has a greater capacity for pleasure than another is not a good reason for a forced transfer of wealth from the second to the first". Jfr även Hursthouse, Rosalind. On Virtue Ethics, Oxford 1999, s 34: *"How can we know that a particular action is right if we cannot define precisely and correctly that 'happiness' we are supposed to be maximizing?"*.

[393] Peczenik beskriver preferensutilitarismen i Vad är rätt, s 453 ff. Se även ytterligare exempel, t ex i a a, s 635.

[394] Peczenik, a a, s 453. Se även Collste, a a, s 31, och Rachels, a a, s 105.

[395] A a, s 453.

[396] Peczeinik, a a, s 454. Man kan diskutera ytterligare kvalificeringar av preferensbegreppet, såsom att man bara kan ha beaktansvärda preferenser beträffande sådant som berör en själv samt att en preferens, för att vara beaktansvärd, måste bygga på fullständig och och korrekt information.

[397] Peczenik, a a, s 456.

[398] Peczenik, a a, s 453.

har traderats till modern tid med kulturarvets hjälp, och utgå ifrån att också dessa principer är uttryck för starka eller vanliga preferenser hos människor i vår kulturkrets.[399] Peczenik har emellertid inte genomfört någon empirisk studie av vare sig kulturarvet eller det nutida samhället, så det enda konkreta han har att hänvisa till är *”hypotetiska antaganden om alla människors fullt förnuftiga preferenser”*.[400] Om man skall göra dessa hypotetiska antaganden utan empiriskt underlag, förefaller det dock närmast oundvikligt, menar jag, att det man i själva verket gör är att man formulerar etiska principer, som man själv uppfattar är rimliga, och sedan hävdar att människor i allmänhet också måste stödja principerna i fråga. I det läget förefaller hänvisningen till människors preferenser vara en omväg. Argumentationen torde bli tydligare, om man i stället direkt anger varför man anser att en viss princip är god.[401]

Många utilitarister har dock inte uttryckt sig i termer av lyckomaximering eller preferenstillfredsställelse, utan i stället har samhällsnyttan betonats. Handlingar bör utföras, om de leder till ökad samhällsnytta. Det är rimligen det som Hellner syftar på, när han diskuterar positivism inom rättsvetenskapen och säger att man som rättspositivist har att beakta *”rättens konsekvenser för samhällslivet”*.[402] Synen på rättsvetenskapen som ett inslag i den ”sociala ingenjörskonsten” är ett annat utslag av strävan efter samhällsnyttiga lösningar.[403] Också samhällsnyttan som mål kan kritiseras för bristande precision, till exempel med hänvisning till

---

[399] Peczenik, a a, s 457. Vilket kulturarv han menar – till exempel det västerländska eller det svenska – framgår inte.

[400] Peczenik, a a, s 455.

[401] Dessutom förefaller det som om även en preferensutilitaristisk definition av det goda kan kritiseras med ”den öppna frågans argument” (se avsnittet om rättspositivismen ovan). Det torde vara meningsfullt att ställa frågan: ”Visst innebär den här handlingen att många människors preferenser tillgodoses, men är den god?”. Det tycks också som om frågan faktiskt kan komma att besvaras nekande. Historien ger talrika exempel på att människor – till och med många människor – kan hysa önskningar som t ex innebär att andra människor kommer till skada, och då kan man diskutera om det är rimligt att beskriva tillfredsställandet av dessa önskningar med ett ord som ”gott”. Det beror dock bl a på hur man definierar vad som är ”gott”. Om den enda definitionen på ”gott” är ”det som tillgodoser många människors preferenser”, kan den öppna frågan inte besvaras nekande. Jfr Aristoteles resonemang om allmänviljan (Nikomachiska etiken, s 79): *”Men olika saker förefaller goda för olika människor, och om det vill sig, t o m motsatta ting. Ifall detta är otillfredsställande, måste man väl säga att det goda egentligen och verkligen är allmänviljans objekt, men att det för var och en är det som förefaller gott? För den förträfflige vore det då det som sannerligen är gott, medan det för den dålige kunde vara vad som helst… /…/ Ty en förträfflig person bedömer varje sak riktigt, och i varje fall blir sanningen uppenbar för honom”*. Den förträfflige är här identisk med den kloke, d v s den som besitter det praktiska förnuftet (fronesis) (Nikomachiska etiken, s 79 not 14). Aristoteles ser alltså problemet med definitionen av det goda och hans lösning var att hänvisa till den dygd som det praktiska förnuftet, klokheten, utgör. Se vidare delavsnittet om dygdeetiken nedan.

[402] Hellner Metodproblem, s 125. Citatet återfinns även i delavsnittet om positivismens tillkortakommanden. I avsnittet om gränsdragningen mellan rättspositivism och rättsrealism nämns Hägerströms syn på samhällsnyttan.

[403] Klami skriver angående den amerikanska realismen och Roscoe Pound: *”Nu tänkte man, att rättslig reglering som byggde på öppna teleologiska argument kunde råda bot på samhällsutvecklingens missförhållanden. Men detta förutsatte en ny, instrumentell syn på rätten”* (a a, s 167). Strävan efter preferenstillfredsställelse eller samhällsnytta bör dock inte ses som väsensskild från strävan efter lyckomaximering, utan snarare som alternativa sätt att formulera samma grundtanke på ett mer mätbart eller i vart fall mer lättdefinierat sätt.

att nyttobegreppet kan ges skiftande innehåll såsom ”ökad ekonomisk tillväxt” eller ”ökat barnafödande”.

Samhällsnyttan som mål kan dock ifrågasättas även om man i ett visst fall – till exempel ett lagstiftningsärende – mer preciserat anger vilken (nyttig) effekt i samhället som eftersträvas. Eftersom människors och organisationers agerande i samhället påverkas av en mängd faktorer, varav lagstiftningen är en, torde det ofta – om än inte alltid – vara svårt att isolerat mäta vilka effekter just en viss lagstiftning har fått.[404] Utan djupgående kunskaper i statistik, statsvetenskap etc bör man kanske inte uttala sig alltför kategoriskt om i vilken utsträckning samhällsnytta är en mätbar storhet, men jag vågar i vart fall påstå att mätbarheten i många fall förefaller kunna ifrågasättas.[405]

En ytterligare svaghet med de olika utilitaristiska lärorna är, menar jag, att deras fokusering på konsekvenser eller resultat innebär att människors avsikter kommer i bakgrunden. Om man enbart skall bedöma en handling utifrån dess konsekvenser, får man – för att ta ett straffrättsligt exempel – vissa problem att rättfärdiga den av rättsordningen uppställda skillnaden mellan mord och vållande till annans död, där mord anses mer förkastligt än vållande till annans död. I båda fallen har den konsekvens inträffat att en person har avlidit, varför man vid en ytlig konsekvensbedömning skulle kunna hävda att båda fallen bör likställas ur etisk synvinkel. Så förenklat skulle dock en utilitarist inte resonera. För att ta

---

[404] Hursthouse påpekar (a a, s 33) att det ibland är svårt att förutse konsekvenserna av en viss åtgärd, men att det är *”… a practical problem in life…”* som alla etiska läror måste förhålla sig till och inte en principiell invändning mot just utilitarismen. (Om man är pliktetiker och menar att man har en plikt att hjälpa sjuka människor, kan man ändå tveka att ge en viss behandling, eftersom man inte vet om det förbättrar eller förvärrar patientens situation.) Detta ger upphov till några reflektioner. Det mätbarhetsproblem jag diskuterar är inte framtidsinriktat – vilka konsekvenser inträffar om en viss åtgärd vidtas? – utan tillbakablickande – vilka konsekvenser fick åtgärden? – och även om frågorna är närbesläktade finns viktiga skillnader. Det är en sak att inte veta vad som kommer att hända, om man gör på ett visst sätt, och en annan sak att inte kunna mäta om något faktiskt har hänt eller, om det är möjligt att iakttaga en förändring, att bedöma om den förändringen verkligen berodde på den företagna handlingen eller hade helt andra förklaringar. Vidare bör mätbarhetsfrågan (i dess tillbakablickande variant) vara mer besvärande för utilitarismen än för pliktetiken och dygdeetiken (jfr nästa delavsnitt). Själva definitionen på en god åtgärd enligt utilitarismen är att åtgärden leder till vissa konsekvenser och om man inte kan mäta huruvida dessa konsekvenser har inträffat eller i vart fall inte avgöra varför de inträffat, förlorar rimligen utilitarismen en del av sitt existensberättigande. Just den (skenbara) precision och mätbarhet som utilitarismen erbjuder torde vara en viktig anledning till att den i ett av positivismen starkt influerat debattklimat vunnit så starkt stöd, varför kritik som ifrågasätter precisionen och mätbarheten borde vara särskilt allvarlig för dess anhängare.

[405] *”…det [är] ganska svårt att entydigt avgöra hur gott ett resultat egentligen är”*, konstaterar Ramírez, José Luis, i Kollektiv eller Gemenskap. Aristoteliska reflexioner om det dygdiga samhället, i Ramírez/Silfverberg, Dygd i yrke och samhälle, Tullinge 1999, s 22. Ett annat problem med att fokusera på samhällsnyttan är att det då blir möjligt att i vissa situationer använda den utilitaristiska etiken som försvar för till exempel kränkningar av rättviseprinciper, kränkningar av mänskliga fri- och rättigheter och löftesbrott – så länge det samhällsnyttiga resultatet uppnås, spelar det ingen roll hur man når dit. *”…även det ondsinta målet kräver lämpliga medel. /…/ Det goda i teknisk mening är inte alltid det etiskt godtagbara. Resonemanget om mål och medel är tekniskt, inte etiskt”*, skriver Ramírez (a a, s 22). Samma problem kan uppstå även om man sätter lyckomaximering eller preferenstillfredsställelse i centrum, men den möjliga konflikten mellan den enskildes intressen och kollektivets intressen blir tydligast, när man talar om samhällsnyttan.

ställning till vilken händelse som är värst, skulle utilitaristen ställa sig frågan vilken händelse som ger upphov till mest samlat lidande för samtliga inblandade parter, inte enbart den döde. Förmodligen skulle vänner och anhöriga till den avlidne uppleva större lidande, om vederbörande blivit mördad än om han omkommit till följd av en av vårdslöshet förorsakad händelse (t ex en arbetsplatsolycka). Människor utan relation till den döde skulle förmodligen känna större rädsla och obehag av att få veta att ett mord begåtts än av att höra talas om en arbetsplatsolycka, även om den sistnämnda förorsakats av någons oaktsamhet. Detta talar för att även en utilitarist skulle anse mord vara värre än vållande till annans död. Om å andra sidan ett offer för vårdslöshet har väldigt många släktingar och vänner, har en stor familj att försörja etc, medan ett mordoffer är en eremit som bor långt ute i skogen och aldrig har kontakt med någon annan (utom mördaren!), förefaller oaktsamhetsbrottet ge upphov till långt större lidande än mordet. För handlingsutilitaristen blir det därför svårt att generellt hävda att mord är värre än vållande till annans död. En regelutilitarist skulle däremot förmodligen kunna säga att mord typiskt sett ger upphov till mer lidande än dödsfall genom oaktsamhet och att mord därför är värre.

Det förefaller dock som om inte heller regelutilitaristens resonemang fångar in alla relevanta etiska aspekter av fallen. Vi människor tenderar att anse det mer förkastligt att döda någon uppsåtligen än att döda någon av oaktsamhet.[406] För att återvända till avtalsrätten, uppfattar nog de flesta det som mer förkastligt att medvetet ge någon felaktig information under en avtalsförhandling än att av oaktsamhet företa samma handling. Det beror nog bland annat på att en viktig sak som skiljer människan från (de andra) djuren är att människan har förmågan att göra etiska val och då verkar det rimligt att bedöma en mänsklig handlings förkastlighet inte enbart utifrån dess resultat utan också utifrån i vilken grad handlingen är följden av ett medvetet val. Att inte väga in hur en människa har använt sina unika förståndsgåvor i en valsituation blir, kan man hävda, att inte fullt ut respektera den handlandes mänsklighet.

Ännu ett problem med utilitarismen (och konsekvensetiken generellt) är att man egentligen inte kan säga om en handling eller en regel är god innan man har företagit handlingen eller infört regeln. Det är som bekant först i efterhand man vet vilket resultat handlingen eller regeln gav upphov till och enligt utilitarismen är det resultatet som avgör om handlingen/regeln kan rättfärdigas eller inte. Man kan självklart göra prognoser beträffande resultatet, men om de slår fel skulle det som tänktes vara en god handling kunna bli ond och tvärtom. Detta stärker knappast argumenten för att utilitarismen är en etisk lära som man bör låta sig vägledas av. I enkla fall, med lättbedömda konsekvenser, blir problemet måhända inte så påtagligt, men det beskrivna draget hos utilitarismen torde

[406] Även det motsatta gäller för övrigt: det förefaller orimligt att hävda att den som oaktsamt vållar någons död kan tänkas agera mer förkastligt än den som uppsåtligen begår ett mord (t ex beroende på det förstnämnda offrets försörjningsbörda medan mordoffret är en eremit).

innebära att dess möjlighet att ge vägledning för vårt beslutsfattande minskar, ju mer komplicerad den verklighet är som skall hanteras.[407]

Det finns således ett antal argument mot att välja den utilitaristiska etiken som tolkningsverktyg i diskussionen om oskälighetsbegreppet och 36 § avtalslagen. Det innebär inte att det alltid vore fel att beakta en handlings, en regels etc konsekvenser, när man bedömer om handlingen, regeln etc är god eller inte.[408] Problemet med utilitarismen är att den lyfter fram *enbart* konsekvenserna som utslagsgivande för bedömningen av en handling, vilket leder till både praktiska svårigheter (t ex precisions- och mätbarhetsproblemen) och principiella invändningar (t ex nedtoningen av uppsåtets betydelse).

Regelutilitarismen kan undgå en del av de invändningar som kan riktas mot andra former av utilitarism, genom att hävda att det typiskt sett och i det längre perspektivet medför störst lycka/preferensuppfyllelse/nytta om människor följer regler som säger att man skall agera i enlighet med sådana plikter eller dygder som pliktetiken respektive dygdeetiken bygger på, exempelvis att man skall agera rättvist, respektera fri- och rättigheter eller hålla vad man lovar.[409] Inte heller denna hållning är dock problemfri. Man kan till exempel ställa frågan om regelutilitarismen inte innebär en onödig omväg och ger den som vill delta i den etiska debatten onödiga bevisproblem. Om man anser att den viktigaste (enda?) anledningen till att man bör göra sin plikt eller agera i enlighet med en dygd är att det vanligen medför goda konsekvenser om människor beter sig på det föreskrivna sättet, måste man kunna leda i bevis, eller i vart fall göra sannolikt, att det förhåller sig på det sättet. Sådan bevisning kan säkert förebringas i en del fall, men i många andra fall är man sannolikt hänvisad till mindre välgrundade, allmänna bedömningar av ”sunt förnuft-karaktär” (”om människor vanligen följer regeln xx, bör det rimligen innebära att yy inträffar”), vilka knappast kan anses ha särskilt stor tyngd som argument.[410] I stället för att kräva empiriska belägg för att en viss regel ger goda konsekvenser, bör man, menar jag, fråga sig vilka argument det finns för att regeln är god i sig, d v s för att den vilar på godtagbara etiska utgångspunkter av annat slag än konsekvensetiska.[411]

---

[407] Ett sätt att komma runt den i stycket beskrivna problematiken är att inte se utilitarismen som en ”metod för rättfärdigande”, utan som en ”metod för beslutsfattande”. I sistnämnda fall kan man säga att utilitarismen lär att den handling, som bör företas, är den som enligt förhandskalkylen förefaller ge bäst resultat. Har man handlat i enlighet med kalkylens rekommendationer, har man företagit den rätta handlingen, oavsett vilka konsekvenser som faktiskt inträffade. Inte heller detta förefaller principiellt sett vara en tilltalande lösning. Svårigheterna att göra prognoser blir inte mindre, bara för att man säger att det beslut som fick negativa konsekvenser trots allt var rätt beslut, eftersom man på goda grunder trodde att utfallet skulle bli gott.

[408] Jfr Rachels, a a, s 114. Ett kännetecken på en dygd är att den bidrar till att förverkliga goda ändamål, varför dygdeetiken beaktar konsekvenserna; se Roberts, Lani, Duty, Virtue and the Victim’s Voice, i Campbell/Lustig (ed), Duties to Others, Dordrecht 1994, s 109.

[409] Rachels, a a, s 112 f.

[410] Jfr kritiken av preferensutilitarismen och dess allmänna bedömningar av hur människors preferenser är eller bör vara utformade.

[411] Man kan också ställa den retoriska frågan om det enbart är på grund av de goda konsekvenserna, som man bör respektera till exempel mänskliga fri- och rättigheter? Kan man inte hävda att det ligger

Den kanske viktigaste, rättsvetenskapliga invändningen mot att använda utilitaristisk etik som tolkningsverktyg med avseende på 36 § avtalslagen är dock av annat slag än de hittills framförda. Diskussionen om paragrafens ändamål sådana de kommer till uttryck i förarbetena visar att paragrafen inte syftar till att värdera konsekvenser utan handlingar. Det är fel att utnyttja underlägsen medkontrahent i en avtalsförhandling, oavsett vilka konsekvenser utnyttjandet leder till. Det är fel att en part blir mycket hårt drabbad av oväntade, förändrade förhållanden, oavsett vilka samhällsekonomiska effekter det får att en jämkningsmöjlighet öppnas. 36 § avtalslagen bygger således på en deontologisk etik, vilket gör att det förefaller rimligt att välja bort konsekvensetiken som tolkningsverktyg, när paragrafens tillämpning i enskilda fall skall diskuteras. I valet mellan två tänkbara tillämpningar av paragrafen, där den ena främst kan motiveras utilitaristiskt och den andra främst med stöd av deontologisk etik, torde det stämma bäst överens med paragrafens ändamål att välja den lösning som stöds av den deontologiska etiken. Detta argument vidareutvecklas i följande delavsnitt om rättsekonomi.

3.5.5.3 Rättsvetenskap och ekonomisk effektivitet

I och med rättsekonomins framväxt har intresset för att motivera rättsliga ställningstaganden med stöd av en ekonomisk analys av deras tänkbara effekter ökat.[412] Långt innan den moderna rättsekonomiska vetenskapen var ett faktum diskuterades visserligen i lagstiftningssammanhang möjliga ekonomiska konsekvenser av olika regleringar, men man torde kunna hävda att det var först i och med rättsekonomins utveckling som försök började göras att analysera lagstiftning och rättstillämpning med stöd av den ekonomiska vetenskapen. Tidigare ståndpunkter förefaller snarast ha varit intuitivt motiverade.[413]

---

något gott i sig i att människor har rörelsefrihet, tankefrihet, näringsfrihet etc? Bör man inte se människan som ett mål i sig, aldrig enbart som ett medel? Om man besvarar dessa frågor jakande, säger man samtidigt att utilitarismen inte räcker till. Utilitarismen kan nämligen inte motivera varför frågorna bör besvaras med ja. (Jfr Rachels, a a, s 115 f.)

[412] Hellner konstaterar att den moderna rättsekonomiska diskussionen startade genom två uppsatser, en av Coase (The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics 1960 s 1 ff) och en av Calabresi (Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal 1961 s 499 ff), men noterar samtidigt att det redan i slutet av 1800-talet publicerades litteratur som bör benämnas rättsekonomisk. Han nämner som exempel Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888. Se Hellners recension av Runessons avhandling i JT 1996-97 s 497, inklusive litteraturhänvisningen i not 1.

[413] Se t ex Avtalslagskommitténs diskussion om ogiltighetsreglerna, som visserligen inte uttryckligen refererar till ekonomiska argument, men som använder tillitsteoretiska argument som ytterst handlar om det ekonomiska systemets funktionsduglighet: *”…med hänsyn därtill att tvång är en i rättslivet vida mera sällsynt företeelse än svek icke är lika farligt för rättssäkerheten att låta detsamma medföra verkan även gent emot en medkontrahent i god tro”* (med ”rättssäkerheten” åsyftas här uppenbarligen säkerheten i omsättningen, det vill säga i det ekonomiska livet; se s 123 angående nuvarande 28-29 §§ AvtL); *”[m]edkontrahenten kan i förlitande på den honom tillhandakomna viljeförklaringen hava underlåtit att göra andra för honom fördelaktiga affärer…”* (s 140 f angående nuvarande 32 § AvtL). Den här typen av argumentation diskuteras i avsnittet om tillitsprincipen, varvid viss kritik framförs mot dess hållbarhet.

Det har diskuterats huruvida rättsekonomin är en variant av utilitarismen eller en från utilitarismen självständig skolbildning.[414] Man kan konstatera att det finns betydande likheter mellan utilitarismen och rättsekonomin, i det att båda bygger på konsekvensetik[415], på att mänskligt handlande gäller val mellan olika alternativ och på att människor beter sig rationellt när de träffar dessa val.[416] Det som skiljer dem åt är främst hur det eftersträvansvärda målet definieras. Medan utilitarismen talar om lycka eller samhällsnytta, talar rättsekonomin om ekonomisk effektivitet och intresserar sig således endast för *"… denjenigen Nutzen … der sich in geldwerten Gütern oder Leistungen niederschlägt"*.[417]

Sålunda är temat för Wilhelmsens rättsekonomiska studie av § 36 i den norska avtaleloven och motsvarande bestämmelser i dansk och svensk rätt just att undersöka i vilken utsträckning paragraferna bidrar till ekonomisk effektivitet i betydelsen att de leder till ekonomiskt effektiva lösningar.[418] Sådan effektivitet föreligger när nyttan (i såväl ekonomisk som icke-ekonomisk bemärkelse) av en transaktion överstiger kostnaderna vid transaktionen. Om plusposterna är större än minusposterna uppstår uppenbarligen ett mervärde, varför ekonomisk effektivitet också blir synonymt med välståndsökning eller värdeskapande.[419]

Närmare bestämt bygger hon sin diskussion på en marknadsbaserad teori, som anger vad som krävs beträffande marknadsstruktur och aktörernas agerande för att perfekt konkurrens skall föreligga på en marknad. Om perfekt konkurrens föreligger är marknaden Paretoeffektiv[420], vilket innebär att ingen aktör kan få det bättre utan att någon annan aktör får det sämre, allt utifrån varje individs egen bedömning. Utifrån denna teori drar hon slutsatser om vad som

---

[414] Behrens, a a, s 35. Det bör framhållas att inte heller rättsekonomin egentligen kan beskrivas i bestämd form singular, eftersom det finns olika rättsekonomiska inriktningar. För denna framställnings vidkommande förefaller det dock inte nödvändigt att närmare utveckla detta faktum. Användningen av begrepp som ”rättsekonomin” innebär således i viss utsträckning en medveten förenkling.

[415] Runesson uttrycker relationen mellan rättsekonomi och etik på ett inte helt träffande sätt: *"Den ekonomiska teorin om effektivitet är … inte ägnad att ligga till grund för några etiska ställningstaganden eller ställningstaganden till vad som är skäligt och rättvist. Den ekonomiska teorin kan inte upplysa om att effektivitet* ***bör*** *uppnås"*.[415] (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.) Förvisso kan inte rättsekonomin i sig på objektiva grunder slå fast att ekonomisk effektivitet bör uppnås, eftersom valet mellan t ex konsekvensetik och pliktetik förutsätter ett överordnat beslutskriterium, men rättsekonomin måste rimligen sägas bygga på utgångspunkten att ekonomisk effektivitet bör uppnås och den ger argument för att sådan effektivitet är ett bra mål – annars vore det skäligen meningslöst för dess förespråkare att ägna den något intresse. Den är därmed en konsekvensetisk lära och dess lösningar utgör etiska ställningstaganden som bör följas, om man anser att ekonomisk effektivitet är eftersträvansvärt.

[416] Behrens, a a, s 36 ff. Jfr Posner, a a, s 17 ff.

[417] Behrens, a a, s 44. (…sådan nytta som kan anges i varor och tjänster som kan värderas i pengar"). Se även Posner, a a, s 13: *"Although no effort will be made in this book to defend efficiency as the only worthwhile criterion of social choice, the book does assume … that it is an important criterion"*.

[418] Wilhelmsen, Trine-Lise, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TfR 1/95 (s 1-246), s 3.

[419] Wilhelmsen, a a, s 3 f.

[420] Wilhelmsen diskuterar inte effektivitet enligt Kaldor Hicks-kriteriet. Runesson anser att det kriteriet skiljer sig föga från Paretokriteriet (Runesson, a a, s 39 not 71).

kännetecknar det perfekta avtalet[421]. Ett perfekt avtal medför effektiv resursfördelning och bör med ekonomiska utgångspunkter inte jämkas med hänvisning till 36 § AvtL. Avtal som inte är perfekta kan det däremot finnas skäl att jämka.[422]

De förutsättningar hon ställer upp för att det perfekta avtalet skall föreligga anknyter till två förhållanden: förutsättningar rörande individuell rationalitet och förutsättningar rörande omständigheterna vid avtalets tillkomst.[423]

I det förstnämnda fallet är förutsättningarna tre: stabila preferenser, viss valfrihet och val av bästa möjliga utfall. Stabila preferenser handlar om att veta vad man vill och därmed kunna rangordna tänkbara resultat i förhållande till sina egna preferenser. Viss valfrihet innebär att den enskilde beslutsfattaren faktiskt har möjlighet att välja mellan i vart fall några olika alternativ (varav det mest grundläggande är valet mellan att ingå avtal eller inte). Val av bästa möjliga utfall innebär att beslutsfattaren väljer det av alternativen som är bäst för honom, utifrån de ekonomiska och andra begränsningar som föreligger.[424]

Förutsättningarna rörande omständigheterna vid avtalets tillkomst är också tre: varje beslutsfattare har tillgång till fullständig information om innehållet i och konsekvenserna av det val han företar, avtalsparterna har alternativa parter att ingå avtal med (ingen har monopol) samt frånvaro av transaktionskostnader. (Wilhelmsen inser att transaktionskostnader alltid föreligger, men menar att de vanligen är små i förhållande till värdet av den underliggande analysen, och framhåller att det är en förutsättning för hennes analys att de är noll.)[425] [426]

---

[421] I diskussionen om vilka ändamål som 36 § avtalslagen enligt förarbetena kan anses ha, använder jag uttrycket ”det goda avtalet”. Wilhelmsen skulle rent principiellt kunna hävda att ett avtal är gott om det uppfyller kriterierna för ”det perfekta avtalet”. Både Wilhelmsen och jag skulle alltså kunna tala om ”det goda avtalet”, men vi skulle i så fall definiera ”gott” på olika sätt. Vad jag menar med ”det goda avtalet” framgår av föreliggande framställning.

[422] Wilhelmsen, a a, s 29 ff. *”Ved å definere forutsetningene for den perfekte avtale kan man derfor se om en avtale er perfekt eller ikke, og dermed kartlegge i hvilken utstrekning utgangspunktet om at avtaler bør aksepteres er holdbart. /…/ Ved å identifisere årsaken til at avtalen ikke er perfekt, kan man også finne hva man skal gjøre for å få den perfekt”*, framhåller hon (a a, s 43). Se angående paretoeffektivitet även Runesson, som citerar Werin i a a, s 39.

[423] Wilhelmsen, a a, s 43.

[424] Wilhelmsen, a a, s 43 f.

[425] Wilhelmsen, a a, s 44 f. Se angående transaktionskostnader även Runesson, a a, s 43, där han noterar att transaktionskostnader är kostnader för informationsinsamling, förhandling, åtlydnad av dåliga avtal, omförhandling, tvistelösning, övervakning av fullgörelse m m.

[426] Runesson diskuterar om strävan efter ekonomisk effektivitet är ett bra beslutskriterium och kommer fram till att så inte är fallet (a a, s 39 ff). Hans invändning mot ekonomisk effektivitet som mål för rättsligt beslutsfattande är bland annat att det är teoretiskt möjligt att föreslå ett mycket stort antal effektiva lösningar, varvid målet inte skulle ge någon större vägledning, och att kriteriet ekonomisk effektivitet för sin tillämpning ställer domaren inför en *”…formidabel undersökningsuppgift”* som i praktiken är omöjlig att fullgöra. *”Domaren måste inte bara fastställa parternas preferenser i olika avseenden var för sig, utan också …finna en uppsättning regler som är olika i distributivt avseende, men som var för sig inte kan förbättras ytterligare*” (a a, s 40). Runesson förespråkar i stället att man skall sträva efter värdemaximering, vilket innebär att man bör välja den lösning som ger upphov till den största nettoförbättringen i förhållande till andra tänkbara lösningar.

Man kan anföra kritiska synpunkter på den rättsekonomiska metoden och de antaganden den bygger på, även om kritiken inte blir helt identisk med den kritik som ovan riktas mot utilitarismen. Behrens menar att rättsekonomin ger underlag för betydligt konkretare anvisningar för hur rättsregler bör utformas än utilitarismen har förmått ge, till följd av att rättsekonomin endast beaktar sådant som kan värderas i pengar, inte mer diffusa storheter som lycka eller nytta.[427] Mot detta kan anföras att det nog finns en risk att försök att i ekonomiska termer värdera sådant som parterna faktiskt inte satt ett pris på (t ex hur mycket en part hade krävt i betalt för att vid tidpunkten för avtalets ingående påta sig risken för att en viss negativ händelse inträffar i framtiden[428]) endast leder till skenbar exakthet.[429] Liksom beträffande annan konsekvensetik kan man också kritisera rättsekonomin för att från bedömningen sortera bort ett antal omständigheter som det finns goda skäl att beakta i en etisk värdering, till exempel frågan om den handlandes avsikter (jfr ovan).[430]

Det man skall mäta – det vill säga det som skall förbättras – är det ekonomiska värdet mätt i termer av betalningsvillighet (vilket han betraktar som en tydligare värdeenhet än nytta). Hans avhandling kretsar kring vem som skall bära risken för ökade prestationskostnader och berör tillämpningen av rekvisitet ”senare inträffade förhållanden” i 36 § AvtL, varför han formulerar tillämpningen av värdemaximeringsprincipen så att den innebär att *”…den part som kan antas vara villig att bära risken mot det minsta vederlaget också får bära risken, vare sig något vederlag betingats för detta eller ej…”*. (Runesson, a a, s 41 f. Citatet återfinns på s 42. Se även Wilhelmsen, som använder en snarlik formulering angående vilken av parterna som bör bära risken för felaktig information, a a, s 111.) För en beträffande nationalekonomisk teori tämligen obevandrad person som jag framstår strävan efter värdeskapande (Wilhelmsen) och värdemaximering (Runesson) som närbesläktade ambitioner, även om också lekmannen kan se skillnader mellan de sätt på vilka man fastställer huruvida ambitionerna är uppnådda eller inte. I det följande kommer begreppet ”ekonomisk effektivitet” att användas som en gemensam beteckning för det rättsekonomiska författare finner eftersträvansvärt på avtalsrättens område. Man kan notera att en lära som sätter betalningsvilligheten i centrum torde vara att beteckna som preferensutilitaristisk. Betalningsvilligheten bör vara att betrakta som ett mått i pengar på hur stark en viss persons preferens för något är.

[427] Behrens, a a, s 51.

[428] Jfr Runesson, a a, s 41.

[429] Runesson menar att om parterna inte har avtalat om hur risken för en viss händelse skall fördelas, så skall risken bäras av den som vid avtalets ingående skulle ha haft det lägsta reservationspriset för att bära risken. Domaren skall dock inte försöka föreställa sig vad de aktuella parterna *skulle* ha kommit fram till, om de faktiskt hade diskuterat frågan, utan formulera ”en objektiv utfyllande norm”, vilket väl innebär att domaren skall efterforska vilken riskfördelning parterna *borde* ha kommit fram till, om de hade diskuterat frågan. Domaren skall alltså, om jag förstått saken rätt vilket förvisso inte är säkert, söka ta reda på vilket pris respektive part borde ha betingat sig för att bära den ifrågavarande risken, eller i vart fall vilken part som borde ha krävt lägst betalning jämfört med övriga parter. Se Runessons svar på Hellners recension av Runessons avhandling, Rekonstruktion av avtal och rättsekonomi; en replik, JT 1996/97, s 844 f. Det förefaller mig inte helt självklart att denna rekonstruktion kan göras med någon större exakthet. Det kan knappast vara helt lätt att kanske lång tid i efterhand bedöma eller föra bevisning om exempelvis hur kostsamt det hade varit för en viss part att skaffa information beträffande en viss risk, som ingen av parterna vid avtalsslutet upplevde som så överhängande att de tog upp den till diskussion, eller hur kostsamt det hade varit för en viss part att skydda sig från den ifrågavarande risken genom att vidtaga olika åtgärder. Rimligen måste ställningstaganden i frågor av detta slag i många fall i hög grad bygga på mer eller mindre väl underbyggda uppskattningar.

[430] Se även Dworkins utförliga kritik av ekonomisk effektivitet som ett eftersträvansvärt mål i A Matter of Principle, Cambridge, Massachusetts 1985, s 237 ff. Han ställer där bl a frågorna ”Is Wealth a Value?” (s 237 ff) och ”Why Efficiency?” (s 267 ff).

Att man kan anföra kritiska synpunkter innebär dock inte att ekonomiska resonemang saknar betydelse inom rättssystemet. Tvärtom måste det ofta vara av vikt att söka bedöma till exempel vilka ekonomiska effekter viss tänkt lagstiftning ger upphov till. Om man med rimlig sannolikhet kan förutse att en viss utformning av lagstiftningen främjar ekonomisk utveckling i högre grad än en annan utformning, allt annat lika, är det rimligen ett mycket starkt skäl för att välja den förstnämnda varianten. Därför menar även jag att det är legitimt att bedriva rättsekonomiska studier inom rättsvetenskapen.

Den mest intressanta invändningen, när det gäller huruvida rättsekonomiska metoder bör användas som tolkningsverktyg just beträffande oskälighetsbegreppet och 36 § avtalslagen, är dock av annat slag än de som hittills anförts. Den diskuteras i följande delavsnitt, som kommer att visa varför just den i denna avhandling behandlade paragrafens tillämpning inte bör påverkas av rättsekonomisk argumentation. Jag vill poängtera att detta inte innebär ett generellt avståndstagande från rättsekonomiska argument, utan enbart ett ställningstagande till frågan om rättsekonomiska argument är lämpliga när det gäller tillämpningen av 36 § avtalslagen.

3.5.5.4 Ekonomiska resonemang och 36 § avtalslagen

Man kan konstatera att varken förarbetena till 36 § AvtL eller rättspraxis med anknytning till lagrummet någonstans nämner ekonomisk effektivitet som ett argument för en viss lösning.[431] Däremot förekommer bland annat i förarbetena en del argument, som är relevanta i en ekonomisk analys. Till exempel anförs följande riskallokeringsargument i propositionen: *”Beaktas bör också att avtal mellan näringsidkare många gånger innebär ett medvetet risktagande av endera eller båda parterna. Avtalen innefattar med andra ord ofta ett visst mått av spekulation. Uppenbarligen måste detta förhållande i viss utsträckning accepteras”*.[432] Ståndpunkten motiveras dock inte med ekonomiska argument (inte med några argument alls, för att vara exakt). Också i doktrinen finns mycket få exempel på att tillämpningen av 36 § AvtL har analyserats med hjälp av ekonomisk teori. De främsta exemplen är Wilhelmsens och Runessons arbeten, vilka bildar utgångspunkten för detta avsnitt.[433]

Wilhelmsson påpekar att det visserligen inte finns uttryckligt stöd för att använda ekonomiska argument vid tillämpningen av 36 § i de nordiska avtalslagarna, men

---

[431] Wilhelmsen har studerat 228 norska, danska, svenska och finska domar, där 36 § i respektive avtalslag varit föremål för bedömning och inte funnit någon dom, som direkt hänvisar till ekonomisk effektivitet som en grund för att åsidosätta ett avtal helt eller delvis (a a, s 25 och s 214). I en dom har hon hittat ett minoritetsvotum, där minoriteten argumenterar mot jämkning med hänvisning till ekonomiska bedömningar (men inte just ekonomisk effektivitet). Inte heller i de rättsfall, som jag men inte Wilhelmsen har studerat eftersom de är av senare datum än Wilhelmsens arbete, finns någon ståndpunkt som motiveras med hänvisning till ekonomisk effektivitet.
[432] Prop 1975/76:81, s 104. Citeras även i avsnittet om ekvivalensprincipen.
[433] Se även Wilhelmsens doktringenomgång, som redovisas i a a, s 26 f.

att det inte heller finns något som säger att det skulle vara uteslutet.[434] Hon menar att den mycket öppna formuleringen av paragrafen gör det tillåtet för domstolarna att även beakta ekonomisk teori vid dess tillämpning.[435] Runesson för motsvarande resonemang med avseende på hans rekonstruktionsmodells förenlighet med gällande rätt.[436] Han använder också på åtskilliga ställen uttrycket ”de sententia ferenda” för att markera att hans ståndpunkter enligt hans uppfattning är förenlig med förefintlig lagstiftning, men inte har bekräftats av praxis (eller, i vissa fall, att det finns rättsfall, vilkas utgång strider mot hans lösningsförslag).[437] Till detta kan läggas att Lundmark i sin recension av von Posts avhandling menar att det kunde ha varit av värde om von Post även hade beaktat rättsekonomiska synpunkter[438] och att Agell i förbigående nämner att rättsekonomiska överväganden, enligt hans uppfattning, kan *”…påverka tillämpningen av enskilda regler, t ex angående en del skadeståndsrättsliga frågor eller jämkning av avtal enligt 36 § avtalslagen”*.[439]

Mot detta kan anföras en omständighet, som Wilhelmsen diskuterar[440], nämligen att 36 § i de nordiska avtalslagarna är inriktad på att skapa skäliga lösningar i enskilda fall, inte att främja samhällsekonomisk effektivitet. Lagrummen är partsinriktade, inte samhällsinriktade. De kan även beskrivas som inriktade på att bedöma handlingar, inte konsekvenser. Detta framgår för svenskt vidkommande tydligt av såväl Generalklausulutredningens betänkande som den därpå grundade propositionen, vilket tidigare har framhållits. Till detta kan läggas att även den språkliga analysen av huvudrekvisitet i 36 § AvtL, ”oskäligt”, ger vid handen att paragrafen är partsinriktad och inte bör användas för att skydda allmänna samhällsekonomiska intressen. Oskälighetsbegreppet är, som tidigare anförts, dels ett balansbegrepp, dels ett rättvisebegrepp. Att något är oskäligt innebär således att det kännetecknas antingen av en obalans mellan de inblandades bördor eller prestationer eller av någon annan omständighet som kan beskrivas som orättvis. Man kan inte säga att något är ”oskäligt i ett samhällsekonomiskt perspektiv” eller ”oskäligt mot samhällsekonomin”.[441] Ett avtalsvillkor kan endast vara oskäligt mot en avtalspart.

---

[434] Se t ex Wilhelmsen, a a, s 20 (angående lagtexten), s 25 (angående förarbetena) och s 26 (angående rättspraxis).
[435] Wilhelmsen, a a, s 26 och 28.
[436] ”*Modellen kan … varken sägas vara vedertagen eller bekräftad av praxis på det icke-lagreglerade området. Rättspraxis när det gäller relevansen av ökade prestationskostnader är alltför knapphändig för att tillåta några bestämda slutsatser. Fältet för en fortsatt rättsutveckling kan därför sägas vara fritt”*, skriver han (a a, s 445).
[437] Som två bland många exempel kan hänvisas till a a, s 404 och 437.
[438] Lundmark, Thorsten, recension av Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, JT 1999/2000, s 959. Han hänvisar därvid uttryckligen till Wilhelmsens arbete.
[439] Agell, Anders, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap i Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997, s 37. Agell motiverar dock inte på något sätt påståendet om rättsekonomins relevans för tillämpningen av 36 § avtalslagen och den not (not 4) som finns i anslutning till det ovan citerade avsnittet hänvisar enbart till verk (främst av Posner) angående rättsekonomiska analyser av skadeståndsrätten.
[440] Wilhelmsen, a a, s 19 ff.
[441] Jfr den språkliga analysen av oskälighetsbegreppet ovan.

Både Runesson och Lundmark synes mena att rättsekonomiska argument ligger närmare till hands att använda vid bedömningen av avtal mellan näringsidkare än vid konsumentavtal[442], men i vart fall när det gäller tillämpningen av 36 § AvtL kan den ståndpunkten knappast vinna bifall. Oavsett vilken partskonstellationen är, syftar 36 § AvtL till att skapa skäliga resultat i enskilda fall, inte att främja samhällsekonomisk effektivitet. Inte bara en privatperson utan också en företagare som driver ett tvistemål och därvid åberopar 36 § AvtL skulle med fog kunna anse sig orättvist behandlad, om hans käromål ogillades med hänvisning till att effektiviteten i samhällsekonomin kräver att han bär risken för den negativa händelse som inträffat. Härtill kan fogas att det även i många näringsidkarrelationer är någon part som kan sägas befinna sig i underlägsen ställning. Även om man har att göra med ett affärsmässigt förhållande, blir ett avtalsvillkor, som till följd av missbruk av överlägsen ställning eller någon annan omständighet är att betrakta som oskäligt, knappast mindre oskäligt av att folkhushållet skulle tillföras något mera värde om avtalet bestod jämfört med om det jämkades.

Wilhelmsen ställer en fråga: *”…om retten i en situasjon hvor den ene parten påstår at avtalen er urimelig, i tillegg til det konkrete saksforholdet kan bruke økonomiske effektivitetsvurderinger til å støtte eller forkaste en påstand om lempning”*. Hon utvecklar sitt resonemang med en andra fråga: *”Kan f eks retten akseptere en anførsel om urimelighet blant annet med den begrunnelse at avtalen medfører en risikofordeling eller en fordeling av ytelser, rettigheter og plikter mellom partene som ikke er økonomisk effektiv, eller forkaste en anførsel om urimelighet under henvisning til at det er samfunnsøkonomisk betenkelig å godkjenne lempning i den aktuelle situasjonen?”*.[443] Hon besvarar själv frågorna med ja. Jag menar att det inte är en självklar bedömning.

Jag anser inte att det bör vara uteslutet att beakta rättsekonomiska argument i rättstillämpningen. Det viktigaste argumentet för att ekonomisk effektivitet bör vara ett mål för rättstillämpningen torde vara att välståndsökning, värdeskapande, värdemaximering eller vilket uttryck man nu väljer i sig är gott. Det är bra om vårt samlade välstånd ökar och om enskilda rättshandlande ökar sitt välstånd genom att utbyta nyttigheter med varandra. Om man därför har två möjliga lösningar på ett rättsligt problem och den enda skillnaden mellan dem är att den ena skapar mer värde än den andra, finns det knappast något skäl att inte välja den förstnämnda lösningen.

Detta kan dock inte uppväga att 36 § AvtL inte är avsedd att främja ekonomisk effektivitet. I den norska paragrafen används uttrycket ”urimelig” i stället för

---

[442] Lundmark, a a, s 959 använder med von Post uttrycket ”rent kommersiella förhållanden”; Runesson, a a, s 38 talar om *”…det område av avtalsrätten där valet av lösningar inte torde styras av hänsynen till konsumenter och andra slags avtalsparter som typiskt sett antas befinna sig i en ’underlägsen ställning’”*.

[443] Wilhelmsen, a a, s 19 f.

”oskälig”. Utan några egentliga kunskaper i det norska språket är det riskabelt att framföra hypoteser angående norska begrepps innebörd, men det är möjligt att ”urimelig” inte på samma sätt som ”oskäligt” fokuserar på enskilda parter utan kan användas i vidare mening och att Wilhelmsens ståndpunkt därför i högre grad är förenlig med norsk än med svensk rätt.[444] Om man vågar sig på en jämförelse med det svenska begreppet ”orimlig”, kan man konstatera att det är möjligt att säga att något är ”orimligt i ett samhällsekonomiskt perspektiv”.[445]

Av detta kan man, anser jag, sluta sig till att det i vart fall enligt svensk rätt inte bör vara möjligt att använda principen om ekonomisk effektivitet som ett argument mot jämkning enligt 36 § avtalslagen. Wilhelmsens frågor skulle således till hälften besvaras nekande. Man kan inte *”…forkaste en anførsel om urimelighet under henvisning til at det er samfunnsøkonomisk betenkelig å godkjenne lempning…”,* eftersom man då skulle använda ”artfrämmande” argument i analysen till nackdel för en part som blivit utsatt för ett avtalsvillkor som, utan att beakta de ekonomiska argumenten, är att betrakta som oskäligt.

Frågan är därefter om man skulle kunna acceptera att ekonomiska effektivitetsargument anförs för att förstärka en argumentation för jämkning, till exempel på följande vis: ”Det är inte enbart så att motparten i viss utsträckning har utnyttjat sin överlägsna förhandlingsposition, utan avtalet medför också värdeförluster”. Då används principen inte till nackdel för en utsatt part, utan för att ge en part som drabbats av vissa svårigheter ytterligare argument för sin sak, vilket skulle kunna betraktas som mindre betänkligt, om ”skyddsperspektivet” betonas. Å andra sidan vore det orimligt att enbart utgå ifrån den eventuellt ”misshandlade” partens perspektiv, när man diskuterar om principen bör få åberopas eller inte. Om de samhällsekonomiska aspekterna av att ett avtal jämkas eller ej inte får användas som ett argument *mot* jämkning, med hänvisning till att lagrummet enligt sin ordalydelse och sina förarbeten inte syftar till att skydda andra intressen än avtalsparternas, vore det, med beaktande av såväl rättssystematiska skäl som principen om allas likhet inför lagen, ytterst olämpligt om sådana aspekter tilläts användas som argument *för* jämkning.

---

[444] Wilhemsen skriver (a a, s 20) att paragrafen innehåller flera *”avveiningsmarkører som åpner for at dommeren skal avgjøre rettsspørsmålet etter en skjønnsmessig avveining av interessene i den foreliggende sak. Disse avveiningsmarkørene er så ubestemte at de ikke utelukker økonomisk effektivitet som et relevant hensyn”*.

[445] SAOB (studerad på internet, senast kontrollerad 2004-01-12) ger i här aktuellt hänseende följande definition av orimlig (förkortade ord utskrivna i sin helhet): *”stridande mot allt förnuft eller all sannolikhet, förnuftsvidrig, utan rim och reson, otänkbar, otrolig, absurd, barock”*. En åtgärd torde kunna vara orimlig i betydelsen oförnuftig i ett samhällsekonomiskt perspektiv exempelvis om den leder till minskad ekonomisk effektivitet. Noteras bör dock att ”orimlig” i nu aktuellt hänseende enligt SAOB även kan ha en betydelse som innefattar: *”stridande mot rätt och billighet, fullständigt oskälig; särskilt om krav eller om pris. Han hade orimliga fordringar på tentanderna”*. Poängen torde således bli att begreppet ”orimlig” *kan* vara synonymt med begreppet ”oskälig”, men att begreppen inte måste uppfattas som synonymer, utan att ”orimlig” alternativt kan anses vara synonymt med ”oförnuftigt”.

Wilhelmsen noterar att de slutgiltiga domsluten i 181 av de 228 rättsfall hon undersökt (ca 80 procent) enligt hennes uppfattning är i samklang med principen om ekonomisk effektivitet.[446] Hon menar att detta kan tas till intäkt för att ”verdiskapningshensyn” är en relevant rättskällefaktor, samtidigt som hon betonar att det är så många domslut som avviker från de resultat kriterierna för ekonomisk effektivitet hade lett till, att dessa kriterier inte kan ersätta de hittills använda riktlinjerna.[447]

En annan analys av hennes resultat skulle kunna vara att den tämligen stora överensstämmelsen mellan domstolarnas bedömning av de 228 rättsfallen och den bedömning, som hade blivit resultatet av en tillämpning av principen om ekonomisk effektivitet, till stor del beror på att de ekonomiska kriterierna sammanfaller med kriterier som kan härledas ur erkända avtalsrättsliga principer. De kriterier ekonomisk teori uppställer för att avtals ingående skall leda till effektiv resursallokering (stabila preferenser, valfrihet, alternativa avtalsparter etc) kan också härledas ur viljeprincipen på det sätt som sker senare i denna avhandling. I avsnittet om viljeprincipen diskuteras den fria, förnuftiga och alla omständigheter beaktande vilja, som uppenbarligen är viljeprincipens ideal. Den 80-procentiga överensstämmelsen i sig är således knappast något argument för att principen om ekonomisk effektivitet bör beaktas vid tillämpningen av 36 § AvtL. Däremot visar överensstämmelsen att de principer, som faktiskt bör beaktas vid tillämpningen av generalklausulen, i flertalet fall inte enbart ger rättvisa resultat, utan också ekonomiskt effektiva lösningar.

Ett exempel kan något ytterligare illustrera varför det är olämpligt att använda rättsekonomiska argument vid tillämpningen av 36 § AvtL.

Wilhelmsen analyserar rättsfallet NJA 1983 s 332, som handlar om en svensk bank som, på uppdrag av säljaren men med köparen som borgensman, öppnade en remburs till förmån för den amerikanska exportören av ett parti jeans. Enligt borgensavtalet hade banken rätt att ensidigt ändra rembursvillkoren, bortsett från beloppet, och varubeskrivningen ändrades sedermera, på säljarens begäran och utan köparens medverkan, från 4200 nya jeansbyxor och 800 nya jeansjackor till 5000 tvättade och begagnade jeansbyxor. Banken betalade säljaren och krävde köparen på rembursbeloppet, men han vägrade betala och hävdade, med stöd av 36 § AvtL, att villkoret som gav banken rätt att ensidigt ändra rembursvillkoren var oskäligt. HD instämde med hänvisning till bland annat att villkoret avvek från branschpraxis och att köparen inte hade blivit uppmärksammad på villkoret när han undertecknade borgensåtagandet.

Wilhelmsen menar att jämkning av avtalsvillkoret inte skedde i enlighet med principen om ekonomisk effektivitet (även om hon ur ett juridiskt perspektiv förstår utgången).[448] Hon framhåller att bankens ensidiga bestämmanderätt på

[446] Wilhelmsen, a a, s 217.
[447] Wilhelmsen, a a, s 218.
[448] Wilhelmsen, a a, s 58.

flera sätt reducerade bankens transaktionskostnader för rembursshantering och därmed medför lägre kostnader för dem som vill använda remburstjänsten. Jämkning i det här fallet, menar hon, gynnar de potentiella rembursanvändare som accepterar ett högre pris för att få större styrningsmöjlighet och lägre risk, men missgynnar dem som önskar lägre pris och är beredda att godta mindre kontrollmöjligheter. Eftersom en del får det sämre till följd av jämkningen, uppfyller inte jämkningen Paretokriterierna för när en förändring skall genomföras och den sker således inte i enlighet med principen om ekonomisk effektivitet.

Wilhelmsen säger förvisso inte att principen om ekonomisk effektivitet skall vara utslagsgivande i fall som dessa, men hon menar uppenbarligen att den bör vägas in i domstolens bedömning. Det finns emellertid, som tidigare framhållits, ingen täckning i lagrummet eller dess förarbeten för att utöver parternas intressen också beakta potentiella, framtida rembursutnyttjares intressen.

Argumenten för att rättsekonomiska argument inte bör användas med avseende på tillämpningen av 36 § avtalslagen förstärks även av att Wilhelmsen menar att kriteriet ekonomisk effektivitet inte kan användas för att jämka ett avtal enbart med hänvisning till dess innehåll. Förutsättningarna för det perfekta avtalet rörande individuell rationalitet och omständigheterna vid avtalets tillkomst tar inte sikte på avtalets innehåll, så om dessa förutsättningar är uppfyllda, finns det inga effektivitetsargument för att jämka avtalet, anser hon.[449] Som bekant skall man, vid tillämpningen av 36 § avtalslagen, beakta bland annat just avtalets innehåll och det finns inget formellt hinder mot att man jämkar ett avtal enbart med hänvisning till dess innehåll. Därmed kan Wilhelmsens utsaga i detta sammanhang sägas illustrera att rättsekonomin och 36 § avtalslagen vilar på olika värdegrunder.

3.5.6 Deontologisk etik

3.5.6.1 Inledning

Det främsta alternativet till konsekvensetiken erbjuds av olika former av deontologisk etik. Begreppet deontologisk etik har i vart fall två betydelser. Dels kan det anses vara en synonym till pliktetik (se vidare nedan), dels kan det beteckna alla former av normativ etik som bygger på att en åtgärds moraliska värde inte enbart avgörs av dess konsekvenser.[450] I denna avhandling används den sistnämnda definitionen. Förvisso kommer i det följande att göras en

[449] Wilhelmsen, a a, s 47 f. *”Dersom en part har full oversikt over sine handlingsalternativer, forstår fullt ut hva avtalen innebærer og frivillig gir seg inn på den, spiller det ifølge den anvendte økonomiske teorien ingen rolle hva avtalen går ut på”*, skriver hon (a a, s 48).
[450] Lübcke, Poul (red), Filosofilexikonet, Stockholm 1988, s 104 f. ”To deon” är grekiska och betyder ”det som bör göras” (Collste, a a, s 36).

åtskillnad mellan två olika slags deontologisk etik, pliktetik och dygdeetik[451], men det förefaller också praktiskt att ha en samlingsbenämning för alternativen till konsekvensetiken.[452]

Den deontologiska etiken bygger på föreställningen att handlingar kan vara goda eller onda i sig, oavsett vilka konsekvenser de får. Vid bedömningen av om en handling är god eller ond, betonas till exempel också den subjektiva sidan hos den handlande.[453]

3.5.6.2 Pliktetik

En känd tänkare inom den deontologiska traditionen är Kant, som av många anses ha grundat den moderna pliktetiken.[454] Det finns förvisso andra pliktetiska inriktningar än den kantianska, men i det här sammanhanget får det kantianska tänkandet representera vad pliktetik innebär.[455] Att vara en moralisk varelse innebär, enligt Kant, att låta sitt handlande styras av universella normer, det vill säga etiska regler som gäller, utan undantag, i alla situationer, och alldeles oavsett vilket resultat regeltillämpningen leder till i enskilda fall.[456] Här är det alltså inte tal om nytta eller lycka, utan om plikt.[457]

---

[451] Den deontologiska etiken har olika inriktningar, men pliktetiken och dygdeetiken torde vara de viktigaste. Jfr Collste, a a, s 36 ff och s 57 ff.

[452] I etiklitteratur förefaller begreppet deontologisk etik vanligen användas som synonym till pliktetik, vilket alltså avviker från det val av språkbruk som gjorts beträffande denna avhandling.

[453] Det har också gjorts försök att visa att pliktetik och dygdeetik har många gemensamma drag. Se t ex Roberts Lani, Duty, Virtue and the Victim's Voice, i Campbell/Lustig (ed), Duties to Others, Dordrecht 1994, s 109: *"…both ethics illuminate the normative dimension of our shared human existence…"*. Se även Hursthouse, Rosalind, On Virtue Ethics, Oxford 1999, s 91.

[454] Kagan beskriver olika inriktningar inom den pliktetiska traditionen. Kants tänkande är mycket komplext och olika delar av det kan illustrera åtminstone tre av dessa inriktningar: universaliserbarhetsteorier, kontraktsteorier och reflektionsteorier. Det kategoriska imperativet, Kants måhända mest kända bidrag till den normativa etiken, är uppenbarligen ett inslag i en universaliserbarhetsteori. Sådana teorier bygger, förenklat uttryckt, på att en regel, som inte kan universaliseras (d v s göras tillämplig för alla) inte kan vara en bindande moralregel, och att alla regler som kan universaliseras är bindande moralregler. Se Kagan, Shelly, Normative Ethics, Boulder 1998, s 319 f och 256 ff. Se även Frankena, William K, Ethics, 2 uppl, Englewood Cliffs 1973, s 16 f. Frankena påpekar att Kant är "regel-pliktetiker" ("rule-deontologist"), eftersom hans tänkande bygger på att vad som är rätt och fel avgörs av allmänna regler. "Handlings-pliktetiker" ("act-deontologists"), å andra sidan, menar att man i varje situation måste formulera en för den situationen anpassad regel beträffande hur man bör agera.

[455] Roberts påpekar att Kants verk är den traditionella källan till kunskap om vad pliktetik innebär (se a a, s 109). I korthet kan påpekas att Rawls får sägas ha en kantianskt färgad, pliktetisk utgångspunkt för sitt välkända verk A Theory of Justice (Oxford 1971); jfr Kagan, a a, s 319. Till de viktigaste plikterna enligt Rawls hör plikten att inte vara grym (inklusive att inte döda), plikten att hjälpa andra, plikten att visa ömsesidig respekt och vad Rawls kallar "duty of justice" (Rawls, a a, s 114 ff, 333 ff). Den sistnämnda plikten kan närmast översättas som "plikten att befordra rättvisa", eftersom Rawls definierar den som att stödja och främja rättvisa institutioner.

[456] Rachels, a a, s 120.

[457] Russell, a a, s 603, där han betonar Kants uppfattning att en handling har moraliskt värde enbart när den utförs av pliktkänsla. Det räcker alltså inte att handlingen är av sådan beskaffenhet att den skulle ha kunnat utföras av plikt. Är man hederlig, därför att det ligger i ens eget intresse, är man således inte god i moraliskt hänseende. Se även Roberts, a a, s 110.

En grundläggande fråga, om man har ett sådant synsätt, blir onekligen hur man skall veta vilka plikter man har att följa. Kant har ett utpräglat rationalistiskt svar på den frågan[458], i form av (den första versionen) av sitt kategoriska imperativ: *"Handla så, att du kan vilja, att ditt handlingssätt blir till allmän lag"*.[459] Med hjälp av förnuftet[460] inser man vilka normer som bör upphöjas till sådana plikter som gäller utan undantag. Kant betonar såväl människans autonomi som människans ansvar för sina handlingar.[461] Att människan enligt hans uppfattning är oberoende visas tydligt av det faktum att plikterna formuleras av individen själv, inte av någon extern auktoritet eller av människor i samspel. Det är den enskilda människans förnuftiga resonemang som ger upphov till plikterna.[462] Detta innebär att plikterna i princip är frikopplade från det konkreta sociala sammanhang, i vilket människan befinner sig.[463]

Några av de plikter, som Kant identifierar, är plikten att inte ljuga[464], plikten att hjälpa människor i nöd, plikten att inte bryta givna löften[465] och plikten att inte begå självmord.[466]

Kants syn på människans frihet och ansvar kommer till tydligt uttryck också i hans syn på straffrättens funktion, som han artikulerade i polemik med företrädare för utilitarismen.[467] I och med att människor är rationella varelser, har de en fri vilja och kan själva bestämma vilka handlingar de skall företa. Därmed finns en grund för – och en skyldighet – att hålla dem ansvariga för vad de gör. Statens straffrättsliga funktion bör, menar Kant, styras av två principer. För det första skall människor straffas för att de har begått brott och inte av något annat

---

[458] Roberts, a a, s 110 f.
[459] Russell, a a, s 603. Se även Rachels, a a, s 119, Thomas, a a, s 82, Collste, a a, s 37 och MacIntyre, Alasdair, A Short History of Ethics (cit MacIntyre Ethics), New York 1966, s 193.
[460] För en fördjupad analys av Kants förnuftbegrepp, se Küsters, Gerd-Walter, Kants Rechtsphilosophie, Darmstadt 1988, s 27 ff.
[461] Det här är ett exempel på hur Kant företräder en reflektionsteoretisk utgångspunkt. Reflektionsteorier (Kagans, inte allmänt erkända, samlingsbenämning på en grupp ganska disparata teorier) utgår ifrån att vi, för att veta vilka moralregler som bör gälla för oss människor, skall tänka över ("*reflect*") hur den mänskliga naturen är beskaffad och vilka moralregler som bäst passar denna natur. Det kan t ex vara lämpligt att ta hänsyn till människans rationalitet, individens autonomi, att människan är en social varelse och människans förmåga att känna smärta. Se Kagan, a a, s 280 ff.
[462] MacIntyre Ethics, s 194 ff. Bland annat skriver MacIntyre: *"According to Kant, the rational being utters the commands of morality to himself. He obeys no one but himself. /…/ Inescapably, each of us is his own moral authority"*.
[463] *"The word duty is detached altogehter from its root connection with the fulfillment of a particular role or the carrying out of the functions of a particular office. /…/ The very detachment of the categorical imperative from contingent events and needs and from social circumstances makes it … an acceptable form of moral precept for emerging liberal individualist society"*, framhåller MacIntyre i Ethics, s 197.
[464] MacIntyre Ethics, s 195 f.
[465] Roberts, a a, s 110, MacIntyre Ethics, s 193 f.
[466] MacIntyre Ethics, s 197, Collste, a a, s 37.
[467] Rachels, a a, s 136.

skäl, till exempel att göra dem till bättre människor.[468] För det andra måste straffet stå i proportion till brottets svårighetsgrad.[469] Man skall få det man förtjänar, helt enkelt.[470]

Det tycks föreligga några möjliga invändningar mot den kantianska pliktetiken.[471] En av dem är att det förefaller vara möjligt för en tillräckligt kreativ person att formulera universaliserbara normer – plikter – med i stort sett vilken innebörd som helst. Förser man en norm – plikt – med undantag och kvalificeringar, kan den sannolikt formuleras så att den tillåter mig att göra det jag vill, utan att dess huvudsakliga innebörd går förlorad.[472] Detta problem beror på att Kants etik enbart ger oss ett formellt sätt att hantera etiska frågor på, men inte säger särskilt mycket om vilket innehåll de etiska satserna bör ha. Förvisso tillämpar Kant sin lära och uppställer vissa konkreta plikter, men även de tycks kunna förses med ett antal modifieringar i en viss handlandes intresse, utan att förlora sin universella karaktär.[473]

Ett epistemologiskt problem med den kantianska pliktetiken är att olika människor förefaller ha olika syn på vilka ställningstaganden förnuftet föreskriver. Man kan sannolikt identifiera ett antal oförnuftiga ställningstaganden – t ex ”det är alltid rätt att ljuga”[474] – men därutöver finns troligen ställningstaganden i olika frågor som är motstridiga, men inte oförnuftiga.[475]

---

[468] Rachels, a a, s 131.*”When someone who delights in annoying and vexing peace-loving folk receives at last a right good beating, it is certainly an ill, but everyone approves of it and considers it as good in itself even if nothing further results from it”* (Rachels citerar Kant i engelsk översättning). Jfr Molander, a a: *”Straffet kan alltså ses som återbetalningen av en skuld, och betalningen ska då stå i proportion till skulden”*.

[469] Rachels, a a, s 134.

[470] I den kantianska filosofin ligger dock också att det finns människor, som inte kan hållas ansvariga för sina handlingar (oavsett om handlingarna medför goda eller onda konsekvenser), till exempel människor som lider av psykisk sjukdom. *”We could not properly feel gratitude or resentment toward them, for they are not responsible for any good or ill they cause. Moreover, we cannot expect them to understand why we treat them as we do, any more than they understand why they behave as they do.”* Rachels, a a, s 136, citerar Kant i engelsk översättning.

[471] Med tanke på att min diskussion är kortfattad och att den kantianska pliktetiken har givit upphov till många meningsskiljaktigheter, bör betonas att syftet med diskussionen endast är att något skissera den kantianska pliktetikens viktigaste kännetecken och några invändningar som kan riktas mot den. Samma mycket begränsade ambition gäller, som tidigare anförts, även för diskussionerna om utilitarism och dygdeetik.

[472] MacIntyre Ethics, s 197 f. Kant motiverar plikten att inte ljuga på följande sätt (Rachels, a a, s 121): 1. Du skall endast företaga sådana handlingar som överensstämmer med regler du skulle kunna vilja se som universella. 2. Om du ljuger, skulle du följa regeln: ”Det är tillåtet att ljuga”. 3. Den här regeln kan inte gälla universellt, eftersom den skulle vara kontraproduktiv. Folk skulle sluta lita på varandra, och då vore det meningslöst att ljuga. 4. Alltså skall du inte ljuga. Om man emellertid kompletterar regeln ”Det är tillåtet att ljuga” med ett antal undantag, som beskriver under vilka förutsättningar det är tillåtet att ljuga, kan dessa förutsättningar sannolikt formuleras tillräckligt vitt för att täcka mina behov, men tillräckligt snävt för att bli så få till antalet att de inte undergräver folks generella förtroende för andra människors uttalanden.

[473] Jfr föregående not.

[474] Se tidigare not.

[475] *”When a deontologist (i betydelsen pliktetiker; min kommentar) produces one of her abstract tests for the correctness of a moral rule, we may be sure that she will defend and justify the rules she*

En svaghet, som är närbesläktad med invändningen att olika ståndpunkter i samma värdefråga kan vara förnuftigt motiverade, är att tanken på plikter som saknar undantag blir svår att försvara, när olika förnuftigt motiverade plikter (d v s ställningstaganden i olika värdefrågor) kommer i konflikt med varandra.[476] Om jag lovar att hålla ett samarbetsavtal mellan mitt företag och ett annat företag hemligt, och får frågan från ett tredje företag i branschen om det förekommer något samarbete mellan mitt företag och min medkontrahent i det hemliga samarbetsprojektet – hur skall jag då göra?[477] Om båda de inblandade plikterna saknar undantag, förefaller konflikten svår att lösa.

Ståndpunkten att varje individ i kraft av sitt förnuft är sin egen ”domare i etiska frågor” kan kritiseras med utgångspunkten att vi människor alltid fungerar olika sociala sammanhang – i yrkeslivet, i familjelivet, i vänkretsen, i det politiska livet – och att det i dessa sammanhang har utvecklats olika etiska normer för hur man bör agera. Man kan förvisso ifrågasätta en eller flera av dessa etiska normer, med hänvisning till att de från en eller annan utgångspunkt inte (längre) är goda, men de är det för närvarande föreliggande resultatet av en lång utveckling och man kan inte bortse ifrån dels att de faktiskt föreligger och att individen därför inte kan formulera sina egna plikter i ett etiskt vakuum[478], dels att de har en på sin kontinuerliga framväxt grundad legitimitet och att den som vill ändra på dem därmed kan sägas ha bevisbördan för att en ändring bör företas. Man skulle även kunna formulera invändningen så att normer är till för att reglera människors samexistens – för en eremit blir plikter som att inte bryta givna löften, att hjälpa människor i nöd och att inte ljuga tämligen meningslösa – och då är det konstigt att tänka sig att normerna formuleras av varje människa för sig. Det förefaller rimligare att tänka sig att normer uppkommer, när människor kommer samman.

Relationen mellan pliktetik och rättsvetenskap (i synnerhet beträffande tillämpningen av 36 § avtalslagen) diskuteras längre fram, i anslutning till att relationen mellan dygdeetik och rättsvetenskap behandlas.

---

believes are correct in terms of it – but what these will be we do not know. Will she defend rules prohibiting suicide or abortion or rules permitting them? Will she turn out to be a pacifist or a supporter of killing in self-defence?", skriver Hursthouse i a a, s 32.

[476] Jfr Collste, a a, s 38.

[477] Ytterligare en invändning, som brukar riktas mot den kantianska pliktetiken, är att den frånkänner känslor all etisk relevans (Roberts, a a, s 110 f). Det är dock omtvistat i vilken utsträckning skillnaden mellan pliktetik och dygdeetik i synen på känslornas betydelse verkligen är så stor som brukar hävdas (se Hursthouse, a a, s 18 f och 91 ff). Från denna diskussion bortses i det följande.

[478] Jfr Badersten, Björn, i Civitas humana – en essä om dygd, moral och samhällets ordning i Dygder som duger? – Sparsamhet, flit och hederlighet, utgiven av HSFR, Uppsala 1998, s 10: *"Rättsstaten, dess idé och praktik, är ingen ahistorisk rationell konstruktion utan har likt marknaden växt fram organiskt över tid och baseras på normer och värderingar och på ett samhälles historiska erfarenhet"*. Detsamma kan rimligen sägas om etiken.

3.5.6.3 Dygdeetik

Den andra huvudinriktningen inom den deontologiska etiken är dygdeetiken. Dygdebegreppet kan till exempel definieras på följande sätt: *"En dygd kan karaktäriseras som en förvärvad karaktärsegenskap, men den är samtidigt uttryck för ett ideal som är rådande i ett visst socialt sammanhang. /…/ [Dygder] är sålunda både ett socialt fenomen och uttryck för något personligt hos den enskilde"*.[479] Under antiken formulerades fyra kardinaldygder – vishet, mod, måttfullhet och rättrådighet – vilka av Thomas av Aquino kompletterades med kristendomens tro, hopp och kärlek.[480] I den pågående dygdeetiska diskussionen har framförts ett antal förslag på moderna dygder, till exempel de tre paren mod och driftighet, rättvisa och empati samt omdöme och integritet.[481]

Aristoteles, som brukar anföras som den klassiska dygdeetikens upphovsman[482], ser dygderna som medelvägen mellan två extremer – till exempel är mod medelvägen mellan övermod (dumdristighet) och feghet – och den som besitter den överordnade dygd han kallar fronesis (praktisk visdom) inser vad som i en given situation är modigt att göra och undviker därmed både övermodet och fegheten.[483]

Det brukar hävdas att dygdeetik är inriktad på den som handlar snarare än på handlingen, vilket har givit upphov till missuppfattningen att dygdeetik inte svarar på frågan hur man bör agera.[484] Detta missförstånd kan undanröjas, genom att studera hur utilitarismen, pliktetiken och dygdeetiken besvarar frågan vad som kännetecknar en handling som bör företagas.

Utilitarismen: *"An action is right iff it promotes the best consequences"*.[485]
Därefter måste man ange vilka konsekvenser som är bäst.
Pliktetiken: *"An action is right iff it is in accordance with a correct moral rule or principle"*.[486] Därefter måste man ange vilka regler eller principer som är

---

[479] Aronsson, Aspers, Beckman, Erixon, Micheletti, Möller, Strömberg och Uddhammar, Dygder som drivkraft och föredöme (cit Dygder som drivkraft), Stockholm 2001, s 24. Jfr Frändberg, Åke i Justness as the Cardinal Virtue of the Lawyer i Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997, s 241: *"When we regard legal ideology as a set of virtues, we look upon it as internalized in the mind of the legal functionary, as something integrated into his personality and forming part of his character. A virtue is a quality worth cultivating"*. Jfr även följande citat ur en engelsk översättning av Aristoteles Nikomachiska etiken: *"…the virtue of man also must be the disposition which makes a man good and causes him to do his own work well"* (Aristotle's Ethics, utgiven av Warrington, John, London 1970; cit Aristotle's Ethics.) Jfr även Holm, Anders, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, Linköping 2004, s 247 f.

[480] Badersten, a a, s 15 f. Trots detta gamla arv är den moderna dygdeetiska diskussionen av tämligen ungt datum. Hursthouse menar att den pågått sedan ungefär 1980 (a a, s 1). Det är betecknande att vare sig dygd eller dygdeetik finns som uppslagsord i bokförlaget Forums Filosofilexikonet, som utkom i Danmark (på annat förlag) 1983 och i Sverige 1988.

[481] Dygder som drivkraft, s 148 ff.

[482] Roberts, a a, s 109.

[483] Allen, a a, s 129 f; Nikomachiska etiken, s 85 ff.

[484] Hursthouse, a a, s 25 ff.

[485] Hursthouse, a a, s 26.

korrekta (eller hur man kommer fram till vilka regler och principer som är korrekta).
Dygdeetiken: *"An action is right iff it is what a virtuous agent would … do in the circumstances"*.[487] Därefter måste man ange vilka dygder som en dygdig handlande bör besitta (eller vad som kännetecknar en dygd, så att man kan fastställa vilka dygder som bör hyllas).

När detta är sagt, kan man konstatera att en avgörande dygdeetisk fråga blir hur man fastställer vilka dygder en person bör besitta. I motsats till den kantianska pliktetikens sätt att slå fast vilka plikter som bör följas, anger dygdeetiken inte en enkel metod för hur man formulerar dygder. Dygderna är förankrade i samhällsordningens historiska arv och ett resultat av samhällets historiska utveckling: *"En samhällsordning blir möjlig just till följd av att den vilar på genom historien framväxta sedvänjor, traditioner och etiska regler, som ligger inbakade i våra föreställningar om omvärlden och som präglar våra förväntningar om våra medmänniskors agerande. Utan en sådan grundläggande moralisk värdegemenskap och utan vad vi skulle kunna kalla för en civilsamhällets dygd – en gemensam uppfattning om vad som är gott och ont, rätt och fel – kan en samhällsordning i längden inte bestå"*.[488]

Dygdeetiken bygger därmed på föreställningen att människan inte enbart är en individualistisk nyttomaximerare, utan också en social varelse som är (och vill vara) en del av ett socialt sammanhang, ett samhälle.[489] Sandel framhåller att *"vi kan betrakta oss själva som … oberoende endast på bekostnad av de lojaliteter och övertygelser som har sin etiska styrka … tack vare att det inte går att skilja ett liv som bygger på dem från vår självförståelse som skilda personer… - som medlemmar av den här familjen eller gemenskapen eller nationaliteten eller folkgruppen, som bärare av den här historien, som söner eller dörrar av den här revolutionen…"*.[490]

För att anknyta till vad som ovan sagts om dygder som uttryck för ideal inom sociala gemenskaper, använder MacIntyre begreppet förträfflighetsmått i sin definition av dygder och klassificerar en handling som dygdig, d v s etiskt god, om den är välanpassad till de *"mål och förträfflighetsmått som karaktäriserar sådana mänskliga verksamheter som familjelivet, näringslivet och det politiska livet. Det är således etiskt sett gott att en far tar hand om sina barn och att en ämbetsman lojalt följer lagar och föreskrifter"*.[491] Dygderna vilar alltså på traditionens grund: ”så här har vi i vårt samhälle (eller vilken gemenskap man nu

---

[486] Hursthouse, a a, s 26.
[487] Hursthouse, a a, s 28.
[488] Badersten, a a, s 14 f.
[489] Denna syn på människan bör nog uppfattas som avsedd att vara deskriptiv snarare än normativ, även om synsättet förvisso leder till normativa implikationer. Se vidare nedan angående ”kvalitetskraven” på dygderna.
[490] Citeras i Peczenik, Vad är rätt?, s 430 f.
[491] Peczenik, a a, s 452.

diskuterar) kommit att anse att man bör vara (till exempel modig, rättvis och måttfull)".

Det här innebär att man inte kan fastslå vilka dyger som bör hyllas, utan att ange vilket sammanhang, vilken verksamhet (vilken praxis, för att låna ett begrepp från MacIntyre[492]) diskussionen gäller, låt vara att det finns dygder som är mer allmängiltiga än andra[493]. Det innebär också att dygderna – i motsats till Kants plikter – är föränderliga, eftersom de mänskliga gemenskaperna kontinuerligt förändras.[494] MacIntyre betonar dock att sådana förändringar sker (och bör ske) successivt, inte radikalt. Tillfälliga förändringar i attityderna (tillfälliga trender) behöver alltså inte anses innebära att nya förträfflighetsmått har etablerats. Empiriskt kan man också se att attitydförändringar sker tämligen långsamt.[495]

En epistemologisk fråga, som här oundvikligen inställer sig, är hur man närmare bestämt skall gå till väga för att fastställa vilka dygder som bör hyllas. Ett sätt skulle kunna vara att empiriskt, t ex med hjälp av enkäter, undersöka hur människor anser att man bör agera i till exempel den praktik som ingående och upprätthållande av avtalsrelationer utgör.[496] Resultatet skulle kunna bli ett resonemang av följande slag (jfr ovan): "så här har vi i vårt samhälle kommit att anse att man bör vara när man ingår och upprätthåller avtalsrelationer" (till exempel rättvis och ärlig). Ett problem med den typen av resonemang är att det riskerar att ifrågasättas med liknande argumentation, som den som användes ovan för att kritisera preferensutilitarismen, det vill säga att det inte är praktiskt möjligt att genomföra sådana undersökningar som skulle krävas för att kunna fastställa hur människor ser på dygder.

Jag skulle dock vilja påstå att det skulle vara avsevärt enklare att empiriskt undersöka hur människor anser att man bör förhålla sig i olika situationer, t ex en avtalsrelation, än att undersöka hur människors fullt förnuftiga och fullt genomtänkta preferenslistor kan tänkas se ut. Den förstnämnda frågan kan sannolikt de flesta besvara med några få ord, den sistnämnda är det tveksamt om någon kan besvara. Människors syn på avtalsrelationens dygder kan även komma till uttryck i exempelvis litteratur, tidnings- och tidskriftsartiklar och etiska riktlinjer som arbetats fram av näringslivsorganisationer och andra och därmed

---

[492] Dygder som drivkraft, s 25 f.
[493] I Dygder som drivkraft, s 26 f, anges tillit, lojalitet och ärlighet som exempel på dygder som är relevanta i flertalet sammanhang.
[494] Jfr Dygder som drivkraft, s 26.
[495] Quine liknar utveckling av ett etiskt system med att bygga om ett skepp på öppna havet och fångar därmed både den successiva förändringens kännetecken och det faktum att vi aldrig i ett slag kan frigöra oss från vår befintliga etiska hållning: *"We can improve our conceptual scheme, our philosophy, bit by bit, while continuing to depend on it for support; but we cannot detach ourselves from it and compare it objectively with an unconceptualized reality"* (citeras i Hursthouse, a a, s 165).
[496] I det följande kommer verksamheten/praxisen oftast att betecknas "en avtalsrelation", för att undvika den omständliga formuleringen "ingående och upprätthållande av en avtalsrelation". I nästföljande delavsnitt kommer innebörden av verksamheten "ingående och upprätthållande av en avtalsrelation" att diskuteras närmare.

tolkas fram genom studium av sådant material. Väljer man sistnämnda metod, måste man dock ta ställning till om man skall analysera materialet från kvantitativa utgångspunkter (vilka åsikter är vanligast?) eller från kvalitativa utgångspunkter (vilka åsikter stöds av starkast argument?).

Peczenik kan för preferensutilitarismens del sägas stå för en variant av metoden att studera litteratur, tidskrifter etc. Han menar, som nämnts ovan, att man kan studera vilka etiska principer som har traderats till modern tid med kulturarvets hjälp, och utgå ifrån att dessa principer är uttryck för starka eller vanliga preferenser hos människor i vår kulturkrets.[497] Man skulle på motsvarande sätt kunna hävda att de dygder, som traderats till modern tid, reflekterar starka eller vanliga uppfattningar hos människor i vår kulturkrets om vilka karaktärsegenskaper som anses goda i olika situationer. Har det tidigare formulerats ett antal dygder, och de kan motiveras av skäl som vi fortfarande anser är goda, kan man hävda att dessa dygder är legitima och relevanta och då finns det ingen anledning att försöka formulera nya dygder.

Peczeniks sätt att använda kulturarvet förefaller intuitivt rimligt, men frågan är om det han eftersöker verkligen beskrivs bäst i preferenstermer. Han menar t ex att människor har starka preferenser för (tycker att mycket annat är mindre viktigt än) rättvisa och mänskliga fri- och rättigheter.[498] Detta skulle kunna i stället kunna uttryckas på så sätt att människor anser att man bör vara rättrådig, d v s besitta dygden rättrådighet.[499] Att diskutera i termer av dygder – vilka karaktärsegenskaper värdesätter människor? – förefaller mig vara ett mer realistiskt och hanterbart sätt att behandla dessa frågor än att försöka ställa upp *”…en människas hypotetiska, fulländade m a o helt rationella preferenssystem”*.[500] Visst skulle man kunna säga att en dygd är en karaktärsegenskap som människor har preferens för, men preferensutilitarismen kan som ovan anfördes kritiseras på flera punkter. När det gäller tanken på ett preferenssystem för att rangordna olika preferenser, kan man utveckla kritiken mot preferensutilitarismen på följande sätt. Såväl dygder som preferenser kan komma i konflikt med varandra, men en av dygdeetikens poänger är att man inte kan avgöra en sådan konflikt, utan att beakta omständigheterna i det enskilda fallet och därvid begagna sig av den avvägningsförmåga som det praktiska förnuftet – intuitionen om man accepterar Lehrbergs analys[501] – tillhandahåller.[502] Det går inte att i förväg konstruera ett fulländat, abstrakt preferenssystem att luta sig emot.

---

[497] Peczenik, Vad är rätt?, s 453.
[498] Peczenik, Vad är rätt?, s 455.
[499] Peczenik gör själv en koppling mellan preferensutilitarismen och det han kallar gemenskapsetik, vilket får anses motsvara det som här kallas dygdeetik. Se Vad är rätt? s 455.
[500] Peczenik, Vad är rätt?, s 454.
[501] Jfr delavsnitt 2.4.7 ovan.
[502] Jfr Frändbergs beskrivning av hur en avvägning mellan olika intressen och värden går till (a a, s 250) inom ramen för dygden att eftersträva en rimlig avvägning (som är en ”underdygd” till rättrådigheten). Han nämner att en komponent i en sådan avvägning är en preferensordning som upptar de värden och intressen som är aktuella i fallet, men betonar att avvägningen bygger på ett

Det finns emellertid ytterligare en – än mer avgörande, vill jag påstå – omständighet som skiljer dygder och preferenser åt och som därtill är central för att förstå dygdebegreppet på rätt sätt, nämligen att dygdebegreppet innefattar ett materiellt krav på dygdernas innehåll, medan preferensbegreppet är ett rent formellt begrepp (att ha preferens för något innebär att föredra något framför något annat, oavsett vad det är man föredrar). Hursthouse framhåller att det som kännetecknar en dygd är att den a) gynnar sin innehavare och b) gör sin innehavare till en god människa.[503] Kännetecken a innebär att dygder gör det möjligt för innehavaren att blomstra, att leva ett gott liv och, skulle jag säga, anger varför man bör vara dygdig för sin egen skull. Kännetecken b handlar, uppfattar jag, om varför man bör vara dygdig för gemenskapens skull; ”en god människa” skulle kunna översättas till ”en god samhällsmedborgare”, eller varför inte ”en god föreningsmedlem” eller ”en god affärspartner”.[504]

Den här definitionen av dygder är betydelsefull, eftersom materiella krav på dygderna delvis undanröjer problemet med etisk relativism, som man riskerar att ställas inför, om man enbart definierar dygder på ett formellt sätt, till exempel som ”ideal inom en viss gemenskap” (jfr ovan).[505] Det har påståtts att värderingarna i det svenska näringslivet har förskjutits under senare år, från en tonvikt på långsiktigt ansvarstagande till en övervikt för kortsiktig vinstmaximering och girighet. Den bilden kan säkerligen inte tas som en absolut sanning, men om man för resonemangets skull antar att en sådan förskjutning har ägt rum – måste dygdeetiken godta de nya förträfflighetsmått som sålunda skulle ha etablerats i näringslivet?[506] Med hänvisning till Hursthouses definition av dygder skulle frågan kunna besvaras med nej, eftersom man med fog kan hävda att girighet varken får människan att blomstra eller är bra för samhället eller näringslivet såsom gemenskaper.[507] Med enbart en formell definition av dygder skulle man kunna tvingas att svara ja på frågan. Utfallet av prövningen av om en viss karaktärsegenskap skall anses önskvärd eller inte, beror således inte enbart på om en attitydundersökning eller ett studium av kulturarvet ger vid handen att

---

samspel mellan denna komponent och andra komponenter och, uppfattar jag, att dessa olika komponenter kan påverka och förändra varandra.

[503] Hursthouse, a a, s 167. Hon exemplifierar (a a, s 168) med dygden ärlighet och menar att ärlighet gör det möjligt för människan att blomstra, eftersom *”It’s so much easier than being dishonest; you don’t have to keep a constant guard on your tongue … Lying is usually so pointless and silly. People know and you just look a fool… /…/ And who would want to be loved and respected for a façade one presents rather than what one is?”*. Ärlighet gör också den ärlige till en god människa, eftersom *”It plays such an important role in human life; it enables human beings to rely on each other … learn from each other, do science… Think how much in human life hangs on the simple fact that you can ask a stranger the time or how to get somewhere in the reasonable expectation of getting an honest answer”*.

[504] Jfr Hursthouse (a a, s 214) som säger att man till exempel kan beskrivas som en bra förälder eller en bra ledare.

[505] Hursthouse, a a, s 32 ff och 164 ff.

[506] Jfr Peczenik, a a, s 439, som refererar till Williams, vilken ställer en liknande fråga.

[507] Här kommer dock argumentationen beträffande varför girighet varken är bra för den enskilde eller för samhället inte att fördjupas.

människor anser att man bör besitta egenskapen i fråga, utan också på om egenskapen i fråga kan anses främja såväl den enskildes blomstring som samhällets framåtskridande. ”Kvalitetsargumenten”[508] för att en viss karaktärsegenskap skall anses vara en dygd tycks för övrigt vara av större betydelse för den dygdeetiska debatten än empiriska argument om människors åsikter om dygder. Frändberg diskuterar rättrådighet som juristens främsta dygd enbart med hjälp av ”kvalitetsargument”[509] och i Dygder som drivkraft framhålls tre par dygder som författarna *”…anser är särskilt betydelsefulla för framtidens samhälle”* utan annan motivering än sådan som stöds på ”kvalitetsargument”[510].

Detta ”kvalitetskrav” på dygderna innebär dock att den ovan ställda epistemologiska frågan om hur man går till väga för att fastställa att vilka dygder som bör hyllas, leder till följdfrågan hur man skall kunna ta reda på vilka karaktärsdrag som får enskilda människor och gemenskaper att blomstra. ”Kvalitetskravet” leder också rimligen till att svaret på följdfrågan måste baseras på i viss mening objektiva fakta. Om svaret (enbart) baseras på vad människor tycker kännetecknar en blomstrande, livskraftig gemenskap respektive människa, innebär ”kvalitetskravet” ingenting annat än att hänvisningen till människors preferenser förts upp en abstraktionsnivå. Ett sätt att objektivera diskussionen är att hänvisa till den mänskliga naturen. Vad innebär det typiskt sett att vara människa – hur är den mänskliga naturen beskaffad? – och vilka krav ställer svaret på den frågan på hur människor bör agera?[511]

Hursthouse menar, utifrån utgångspunkten att människor är rationella sociala varelser med vissa biologiska kännetecken och en naturlig livscykel[512], att en människas liv typiskt sett har fyra ändamål[513]: individuell överlevnad, att främja människosläktets fortbestånd, att uppleva sådan njutning och frihet från smärta som är karaktäristiskt för en människa att göra[514] samt att främja att den sociala

---

[508] Med ”kvalitetsargument” avses andra argument för att en viss karaktärsegenskap bör anses vara en dygd, än att många människor hyser den uppfattningen.
[509] Frändberg, a a, s 241 ff.
[510] Dygder som drivkraft, s 148 ff (citatet återfinns på s 148).
[511] Hursthouse, a a, s 193: *”Ethical naturalism hopes to validate beliefs about which character traits are virtues by appeal to human nature…”*. Jfr Allan, D J, The Philosophy of Aristotle, 2 uppl, Oxford 1970, s 123 f.
[512] Hursthouse, a a, s 206. Jfr titeln på ett av MacIntyres verk: ”Dependent Rational Animals. Why Human Beings Need the Virtues” (London 1999).
[513] Aristoteles etik var uttalat ändamålsinriktad, något som Hursthouse bygger vidare på. Jfr Allan, a a, s 134, där han beskriver Aristoteles syn på människan: *”The final goal of human activity is Happiness, which … consists in the active exercise of the virtues of intellect and character; or, in more concrete terms, of a fixed tendency to desire the good, accompanied by habitual true judgement of what is good in general and in particular”*.
[514] Hursthouse för ett utförligt resonemang om vad som är ett karaktäristiskt innehåll i en människas liv och kommer fram till att det, i motsats till vad som gäller för andra djur, är svårt att identifiera specifika njutningar som är karaktäristiska för människor, eftersom människors liv skiljer sig i så hög grad från varandra. I ställer säger hon så här: *”Our characteristic way of going on, which distinguishes us from all the other species of animals, is a rational way. A ’rational way’ is any way that we can rightly see as good, as something we have reason to do. Correspondingly, our*

gruppen fungerar väl.[515] (Ändamålet att främja människosläktets fortbestånd handlar inte enbart om att ägna sig åt biologisk reproduktion, utan också om att till exempel skydda, vårda och uppfostra barn, sina egna eller andras.[516]) Dygder skulle därmed vara sådana karaktärsdrag som främjar ett eller flera av dessa ändamål och människor som besitter sådana karaktärsdrag, d v s människor som främjar dessa ändamål, skulle vara att beskriva som goda (eller, kanske mera träffande, bra) människor.[517]

Människor som besitter dygden mod, för att ta ett exempel, riskerar liv och lem för att försvara sig själva, sina barn och varandra mot yttre fiender, varigenom de främjar sin egen, individuella överlevnad (att riskera livet genom att försvara sig ger bättre odds för överlevnad än att inte försvara sig och säkert bli dödad, om det är alternativet), människosläktets fortbestånd, sina möjligheter att njuta av sådant som människor njuter av och gruppens funktionsförmåga.[518] Man kan även vända på resonemanget och säga till exempel att för att kunna njuta av kärleksfulla relationer – en sådan sak som ger människor njutning – måste man besitta vissa dygder, till vilka ärlighet, generositet och lojalitet nog får räknas.

Att motivera dygdeetiska ståndpunkter med hänvisning till hur människan är beskaffad, är en form av naturalism.[519] Naturalismen är den värdesemantiska hållning som innebär att man anser att värdeomdömen betecknar empiriska egenskaper hos den/det som värdeomdömet beskriver. Om Hursthouse säger att någon är en god människa, menar hon att vederbörande besitter vissa empiriska egenskaper, nämligen att vederbörande har vissa karaktärsdrag.

Naturalismen kan kritiseras på olika sätt[520] och den mest klassiska invändningen är nog den som kommer till uttryck Humes lag, vilken brukar sammanfattas med att man inte kan härleda ”börat” från ”varat”.[521] Vad denna invändning innebär framgår tydligare om man använder en mer utvecklad formulering av Humes lag såsom ett av Bergströms förslag: *”inget rent värdeomdöme kan följa logiskt från en konsistent uppsättning av rent empiriska premisser”*.[522] Denna variant av

---

characteristic enjoyments are any enjoyments we can rightly see as good, as something we in fact enjoy and that reason can rightly endorse” (a a, s 222).

[515] Hursthouse, a a, s 208. Hon betonar (a a, s 206 f) att frågan om någon är en etiskt god människa inte har något att göra med frågan om vederbörande är fysiskt frisk eller inte.

[516] Hursthouse framhåller (a a, s 214 ff) att detta innebär att homosexuella (eller människor som lever i celibat) inte per definition är uteslutna från möjligheten att vara goda människor på den grunden att de inte ägnar sig åt biologisk reproduktion. För övrigt kan man notera att människor som ägnar sig åt biologisk reproduktion, knappast kan beskrivas som goda människor, om de inte tar hand om sina barn (givet att de skulle ha haft möjlighet att göra det). Se även Hursthouse, a a, s 210 f.

[517] Hursthouse, a a, s 207 ff. ”Goda människor” innebär här inte människor som beter sig som helgon, utan ungefär ”människor som är bra på att vara människor” eller ”människor som är bra på att göra sådant som människor bör göra”. Det engelska ordet ”good”, som Hursthouse använder, kan som bekant betyda både ”god” (i tydligt normativ mening) och ”bra” (i mera deskriptiv betydelse).

[518] Hursthouse, a a, s 209.

[519] Se avsnitt 2.2 och Hursthouse, a a, s 192.

[520] Se t ex Bergström, a a, s 18 ff och s 47 ff.

[521] Se t ex Bergström, a a, s 18 ff.

[522] Bergström, a a, s 21 f. Han ger flera alternativa förslag till formuleringar av Humes lag.

Humes lag kan emellertid, under vissa förutsättningar, inte omkullkasta ett resonemang av följande slag:
Premiss 1: Människan är en rationell, social varelse, vars liv typiskt sett har fyra ändamål.
Premiss 2: En bra människa är en människa som lever så att hon uppfyller dessa ändamål.
Premiss 3: En människa som besitter dygderna x, y och z lever så att hon uppfyller dessa ändamål.
Premiss 4: Människan A besitter dygderna x, y och z.
Slutsats: Människan A är en bra människa.

Detta kan betraktas som en logiskt hållbar slutledning, som inte kan omkullkastas med hjälp av Humes lag, *om* man inte ser premisserna som rent empiriska, utan erkänner att de innehåller värdeomdömen. En del naturalister skulle kanske säga att exempelvis premiss 2 är rent empirisk, men för mig är det uppenbart att den inrymmer en normativ defintion av vad begreppet ”bra” innebär.[523] Även att hävda att en människas liv har vissa ändamål och vilka dessa ändamål är utgör, som jag ser det, normativa ställningstaganden. Man kan hämta stöd för dem i empiriska iakttagelser av människan och hennes plats i naturen, men fastslåendet av ändamålen måste ändå ses som ett normativt ställningstagande, eftersom det bygger på en tolkning av fakta och en tolkning innebär just ett normativt ställningstagande. En annan bergströmsk variant av Humes lag är följande: *”för att ett värdeomdöme skall kunna följa logiskt från en (konsistent) uppsättning premisser, så måste minst en av dessa premisser vara ett värdeomdöme”*.[524] Med denna version stämmer slutledningen ovan väl överens.

Hursthouse är väl medveten om att hennes definition av den mänskliga naturen och människolivets ändamål inte kan fastställas med naturvetenskapliga metoder och alltså inte är empiriska i naturvetenskapens mening. Någon med helt andra utgångspunkter kan alltså komma fram till andra resultat än hon gör.[525] Vad hon däremot gör anspråk på är att hennes resonemang är rationellt[526], vilket, uppfattar jag, innebär att hon menar att det stöds av meningsfulla argument och kan bli föremål för en meningsfull diskussion.

Det finns förvisso även andra invändningar mot naturalismen än den som Humes lag ger uttryck för, men det förefaller ändå finnas en ”grundläggande rimlighet” i

---

[523] För en jurist är det som bekant centralt att skilja mellan begrepp som är deskriptiva och begrepp som är normativa. ”Det här avtalsvillkoret är oskäligt” eller ”Den där handlingen var vårdslös” är inte rent empiriska satser, utan innehåller ett normativt element, där ”oskäligt” respektive ”vårdslös” är normen och klassificeringen av något som ”oskäligt” respektive ”vårdslöst” innebär en tillämpning av normen.
[524] Bergström, a a, s 19.
[525] Hursthouse, a a, s 193: *”Hence it* (aristotelisk naturalism, min kommentar) *does not expect what it says to convince anyone whose ethical outlook or perspective is largely different from the ethical outlook from within which the naturalistic conclusions are argued for”*.
[526] *”…it may serve to provide rational credentials for our beliefs about which character traits are the virtues…”* (Hursthouse, a a, s 193).

det Hursthouse säger. Om en människas liv typiskt sett har vissa ändamål eftersom den mänskliga naturen är beskaffad på vissa sätt (vilket förefaller rimligt att anta), dessa ändamål definieras som hon gör (vilket också förefaller rimligt, givet grundantagandena), så följer därav vissa normativa konsekvenser för hur man bör vara som människa (och därmed också för hur man bör agera). Riktigheten hos normativa ställningstaganden kan inte ”bevisas” på samma sätt som empiriska påståenden, men man kan pröva om de stöds av goda argument och jag menar att Hursthouses resonemang stöds av goda argument. Kan man hävda att en viss dygd både kan motiveras med hjälp av Hursthouses naturalistiska argumentation och kan anses ha stöd av de människor som är verksamma i den praktik dygden avser (”så här anser vi att man bör vara när man ägnar sig åt det här”), finns det, menar jag, goda skäl att anse att dygden i fråga bör hyllas. Hur människor anser att man bör vara är dock, som diskuterades ovan, vanligen svårare att undersöka än det är att pröva om en påstådd dygd går att förena eller inte med den mänskliga naturen, varför man ofta torde få nöja sig med det sistnämnda sättet att rättfärdiga de dygder man förespråkar. Ett sådant resonemang kan för övrigt påverka hur människor anser att man bör förhålla sig, varför det finns en växelverkan mellan de båda ”rättfärdigandemetoderna”.

Det just sagda innebär att man inte med något anspråk på exakthet kan identifiera vilka dygder som bör råda i samhället som helhet eller i olika verksamheter.[527] Peczenik menar att det på de flesta samhällsområden går att enas om *”rätt mycket”*, när det gäller vilka mål och förträfflighetsmått som är viktigast[528], men det är viktigt att betona att detta bör vara föremål för en ständigt pågående diskussion.[529] I delavsnittet om pliktetik, dygdeetik och 36 § avtalslagen diskuteras vilka dygder som bör anses ha störst betydelse i den verksamhet som utgörs av avtals ingående och uppfyllande.

I detta sammanhang kan det vara lämpligt att också nämna något om hur man kan hantera situationer, då olika dygder till synes kommer i konflikt med varandra. Problemet har ingen entydig lösning. Enligt Aristoteles besitter en dygdig person den praktiska visdom som gör att han vet vad som är ett korrekt agerande i varje situation.[530] Förmågan att göra sådana avvägningar kan man inte

---

[527] Dygdeetiken – i motsats till exempelvis utilitarismen –gör inte anspråk på att tillhandahålla entydiga svar på varje tänkbart problem. Jfr vad Hursthouse skriver om ”tragiska dilemman” i a a, s 63 ff.

[528] Peczenik, Vad är rätt?, s 437.

[529] *”Dygderna förändras successivt, genom att de konkretiseras på nya sätt i nya sociala situationer. Ett sätt att uttrycka hur förändring äger rum, är att individen omvandlar den rådande förväntningsbilden av hur man bör handla i en viss situation”*, framhålls i Dygder som drivkraft (s 41).

[530] *”In reality moral virtue must be accompanied by phronesis, without which it would be blind; while phronesis can only be attained in conjunction with moral virtue”*, framhåller Allan, D J, i The Philosophy of Aristotle, 2 uppl, Oxford 1970. Jfr Aristotle’s Ethics, s 123 ff. Se även Badersten, a a, s 15. Praktisk visdom är med Aristoteles synsätt den överordnade dygden, *”…den sammanlagda moraliska kapacitet en människa kunde besitta…”* (Badersten, a a, s 15). *”Den praktiska klokheten hjälper oss att göra avvägningar mellan olika dygder samt att ta tillbörlig hänsyn till olika faktiska förhållanden”*, heter det i Dygder som drivkraft (s 151 f).

tillägna sig genom abstrakta studier, utan den växer gradvis fram genom praktisk erfarenhet.[531] Man kan förvisso hävda att det är orealistiskt att tänka sig en person, som alltid kan bedöma vad som är ett korrekt agerande[532], men beskrivningen av det praktiska förnuftets funktion bör nog inte ses som en redogörelse för ett mål som alla kan nå. Snarare handlar det nog dels om att ange en arbetsmetod för utveckling av förmågan att göra etiska ställningstaganden, dels om att slå fast att varje människa har ansvar för att sträva mot att utveckla denna förmåga.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att dygdeetiken stämmer väl överens med hur människor och gemenskaper faktiskt fungerar och utvecklas, vilket redan det är ett gott argument för att den bör beaktas. Människan är en social varelse som interagerar med andra människor i olika verksamheter och det har i dessa olika sammanhang vuxit fram normer (som man kan kalla dygder, men även förträfflighetsmått) för hur människan bör vara (och därmed hur hon bör agera). Dessa normer kan och bör förvisso ifrågasättas och förändras, men man kan inte i ett slag förkasta dem alla, utan att samtidigt rycka undan grunden såväl för de befintliga gemenskaperna som för en viktig del av de i gemenskaperna ingående människornas identitet. För att en sådan här norm skall kunna kallas en dygd, måste den vara till gagn både för individernas möjlighet att leva ett gott liv och för att gemenskapen i fråga skall kunna utvecklas positivt.

Dygdeetiken kan inte ge preciserade svar på exakt hur man bör agera i olika situationer, utan tillhandahåller ”bara” vad man skulle kunna kalla normativa utgångspunkter för en diskussion om hur man bör agera i olika situationer. För att kunna ta ställning till vad som är ett korrekt agerande i ett enskilt fall krävs en bedömning, som tar hänsyn till omständigheterna i fallet.[533] Det skulle kunna ses som en svaghet, men enligt min mening innebär det snarare ett ytterligare belägg för att hållningen fungerar väl tillsammans med juridiken och dess behov av avvägningar av normer och omständigheter mot varandra i enskilda fall.[534] Det är med beaktande av den mänskliga tillvarons oändliga variationsrikedom knappast möjligt att producera enkla formler för vad som är ett korrekt ställningstagande i

---

[531] Roberts, a a, s 111. Se även Hursthouse, a a, s 12: *”Each of the virtues involves getting things right, for each involves phronesis … which is the ability to reason correctly about practical matters. In the case of generosity this involves giving the right amount of the right sort of thing, for the right reasons, to the right people, on the right occasions”*. *”Detta är diametralt motsatt den idé om 'kunskapslyft' som utgår ifrån att allting kan läras genom kursverksamhet”*, framhåller Ramírez i a a, s 23.

[532] *”…we moderners (or post-moderners) lack confidence that the wise person (phronimos) is readily available as a role model of personal or political virtue”*, heter det i Campbells och Lustigs inledning till antologin Duties to Others, s vii.

[533] *”Establishing, in so far as it can be established, that a particular character trait is a virtue is one thing; working out how to apply that virtue term correctly in particular cases in order to determine whether doing this, in these circumstances, for these reasons, would be right or not, is … largely something that does indeed have to be done case by case”*, framhåller Hursthouse (a a, s 211 f).

[534] Se avsnitt 2.4.7 ovan angående den slutgiltiga avvägningen vid juridiskt beslutsfattande.

varje tänkbar situation.[535] Den som försöker ställa upp sådana formler torde bli tvungen att göra så många förenklingar – förklara så många omständigheter irrelevanta – att resultaten riskerar att bli i hög grad onyanserade och därmed eventuellt även orättfärdiga. Ett annat sätt att förenkla analysen på är att låta förment objektivt mätbara variabler bli utslagsgivande, vilket riskerar att leda till orealistiska och endast skenbart exakta lösningar.[536] Vidare har erfarenheten visat att man även vid tillämpningen av tämligen renodlade, abstrakta normer kan finna argument för skilda lösningar av ett specifikt problem.[537]

3.5.6.4 Dygdeetik och avtalsrelationen

Efter denna översiktliga diskussion om pliktetik och dygdeetik har det blivit dags att relatera dessa etikinriktningar till avhandlingens ämne, bestämmandet av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen.

Det är uppenbart att pliktetiken till sin ”konstruktion” (i sina yttre former, om man vill uttrycka det så) har stora likheter med lagstiftning. En paragraf i en lag har typiskt sett samma kännetecken som Kants plikter – den ger uttryck för en universell norm, det vill säga en norm som gäller för alla, utan undantag, i alla situationer som kan subsumeras under den, och oavsett vilket resultat normtillämpningen leder till i enskilda fall (så länge det inte finns en annan paragraf eller en överordnad norm som ger uttryck för något undantag). Kant söker dock plikterna i det mänskliga förnuftet, medan juridiken finner sina normer i lagtexterna (och de andra rättskällorna).

Dygderna är å andra sidan vagare än lagparagrafer (och plikter) typiskt sett är (”ärlighet” är vagare än *”[o]m någon under laga ed lämnar osann uppgift eller förtiger sanningen, dömes för mened…”* [538]) och dygderna förändras successivt genom diskussion och handling i den aktuella gemenskapen, medan paragrafer antingen inte ändras alls eller ändras genom ett enda, tydligt beslut.

Det dygdeetiska synsättet och den dygdeetiska arbetsmetoden har däremot, som redan påpekats[539], betydande likheter med det sätt på vilket argumentation och beslutsfattande i rättsliga frågor i allmänhet, och beträffande 36 § avtalslagen i synnerhet, ofta går till. Dygdernas tillämpning är situationsberoende och

---

[535] En lagtext skulle förvisso kunna beskrivas som en ”enkel formel”, vilken anger vad som är ett korrekt ställningstagande, men ”formlerna” som åsyftas ovan är inte lagtext, utan sådana etiska normer som kan användas som *riktlinjer* för (på lagtext grundat) beslutsfattande i enskilda fall. En ”enkel formel” skulle till exempel kunna vara följande: ”vid tillämpning av 36 § avtalslagen i enskilda fall, skall man välja den lösning som är mest ekonomisk effektiv”.

[536] Jfr diskussionen om utilitarismen ovan.

[537] *”…more philosophers relying on the same abstract principles applied them in such a way as to produce different conclusions … the gap between the abstract principles and the complex particularity of concrete moral situations became more obvious…”*, skriver Hursthouse (a a, s 40).

[538] Se BrB 15 kap 1 §. En motsvarande plikt skulle kunna formuleras t ex ”du skall icke ljuga” och får även den anses mindre vag än dygden ärlighet.

[539] Se delavsnitt 3.5.6.3.

behärskas till fulländning endast av den som genom erfarenhet tillägnat sig det praktiska förnuft som krävs för att göra en korrekt bedömning av de många omständigheterna i det enskilda fallet.[540] Detta (aristoteliska) praktiska förnuft har uppenbara likheter med den intuition (eller motsvarande) som Kellgren, Lehrberg och Peczenik hänvisar till, när de anger hur ett slutgiltigt ställningstagande i en rättslig fråga går till.[541] Den erfarenhet som Aristoteles talar om kan väl beskrivas som ”med tiden förvärvade mer eller mindre medvetna insikter om hur saker och ting förhåller sig och bäst hanteras”, för att anknyta till Lehrberg.[542] Såväl dygdeetisk som rättslig argumentation medför således behov av att avväga normer och omständigheter mot varandra i enskilda fall.

Härtill bör framhållas att all lagtext inte kan anses vara så entydig som ovan beskrivits. 36 § avtalslagen och många andra lagrum, i synnerhet s k generalklausuler, innehåller rekvisit som inte framstår som mindre vaga än dygderna – ”oskäligt” kan knappast anses vara mer precist än ”ärlighet”. Vidare bör betonas att även om en paragrafs ordalydelse inte förändras, kan dess tillämpning över tid ändras, i takt med att synen i samhället på den reglerade företeelsen ändras – på samma sätt som dygdernas innehåll successivt kan förändras. Till exempel framhåller lagrådet i sitt yttrande över förslaget till den nuvarande 36 § avtalslagen att *”…förhållanden och värderingar ständigt utvecklas och förändras”*, varför uttalandena i paragrafens förarbeten sannolikt efter hand kommer att förlora en del av sin betydelse som rättesnöre för rättstillämpningen.[543] När lagrådet påpekar att förändrade värderingar i samhället successivt bör påverka tillämpningen av 36 § avtalslagen, säger lagrådet indirekt att rättsordningen inte – lika lite som ”dygdeordningen” – är ett slutet system av kodifierade värderingar, utan att det sker ett inflöde av värdeståndpunkter[544] från det omgivande samhället in i rättsordningen. I samma andra skriver Badersten: *”…rätten [går] – liksom marknaden* (och dygden, min kommentar) *– på intet sätt att skilja ut från samhället runt omkring och därmed från sin historiska kontext. Rättsstaten, dess idé och praktik, är ingen ahistorisk rationell*

---

[540] Jfr citatet av Hursthouse strax ovan, där hon bl a säger: *”… working out how to apply that virtue term correctly in particular cases … is … largely something that does indeed have to be done case by case”* (a a, s 211 f).

[541] Se delavsnitt 3.4.7 ovan, där följande citat återfinns: ”Om man får tro Kellgren, Lehrberg och Peczenik… kommer det slutgiltiga avgörandet – i brist på ytterligare argument – att träffas med hjälp av (Kellgren) erfarenhet, gott omdöme, sunt förnuft, hanteringstradition och socialt tryck, (Lehrberg) intuition styrd av yrkeskunskapen (som innefattar mer eller mindre medvetna insikter om hur rättssystemet fungerar) samt (Peczenik) personliga (intuitiva) preferenser”.

[542] Aristoteles utvecklar sina tankar på följande sätt: *”…unga män kan tillägna sig geometri, matematik och annan visdom, medan det förefaller som en klok yngling inte stod att finna. Orsaken härtill är att klokheten befattar sig med enskildheter, vilka blir bekanta genom en erfarenhet som ynglingen saknar”*. Se Nikomachiska Etiken, s 170. Om Aristoteles etik, se Russell, s 159 ff.

[543] Prop 1975/76:81, s 166. Det bör kanske framhållas att värderingar inte förändras med någon sorts automatik, utan att förändringarna beror på mänskliga handlingar och mänskligt tänkande – människor argumenterar för förändringar och påverkar på så sätt andra människor. Förändringar sker genom mänsklig dialog.

[544] Dessa värdeståndpunkter torde ha sin grund i en eller annan etisk lära.

konstruktion utan har likt marknaden växt fram organiskt över tid och baseras på normer och värderingar och på ett samhälles historiska erfarenhet".[545]

Om man accepterar den strax ovan framförda ståndpunkten *att* det finns dygdeetiska fundament för samhället och för de olika gemenskaper och verksamheter som finns inom ramen för detta samhälle (t ex den verksamhet som avtals ingående och upprätthållande innebär), samt den i avsnitt 3.5.1 framförda ståndpunkten *att* det är legitimt att använda argument från etiken i en diskussion om rättstillämpning[546], förefaller det inte orimligt att hävda att det finns goda skäl för att använda dygdeetiken som en kompletterande rättskälla, t ex vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Dygdeetikens successiva utveckling stämmer för övrigt också väl överens med det sätt att utveckla argumentationen i rättsliga frågor som diskuterats tidigare i denna avhandling, nämligen den ständigt pågående dialogen.

Vad beträffar just 36 § avtalslagen tillkommer att man, med stöd av den ovan företagna analysen av paragrafens förarbeten i kombination med analysen av oskälighetsbegreppets språkliga innebörd[547], mycket väl kan hävda att den i sig är avsedd att ge uttryck för (kodifiera, om man så vill) en eller flera av de dygder som ingår i samhällets etiska fundament, vilket gör det än mer legitimt att analysera paragrafen med dygdeetikens hjälp. I delavsnittet om paragrafens ändamål anförs att 36 § avtalslagen vilar på en föreställning om ”den goda avtalsrelationen”. Dygdebegreppet kan användas för att ge ett närmare innehåll åt begreppet ”den goda avtalsrelationen”. Det blir därför intressant att studera vilka dygder som kan vara relevanta att beakta i ett avtalsrättsligt sammanhang.

För att ta ställning till det kan det vara lämpligt att börja med att närmare diskutera den samhälleliga verksamhet (praxis) som ingående och upprätthållande av en avtalsrelation utgör. För det första bör man ta ställning till om alla avtalsrelationer utgör samma praxis eller om det finns olika slags sådan verksamhet. Man skulle till exempel kunna tänka sig att avtalsrelationer mellan jämnstarka parter är en praxis med sina förträfflighetsmått och att de skiljer sig från de förträfflighetsmått som kännetecknar den praxis, vilken utgörs av avtalsrelationer mellan parter som inte är jämnstarka. Till stöd för en sådan ståndpunkt kan man anföra att 36 § 2 st avtalslagen i viss mån skiljer mellan dessa båda verksamheter, eftersom avtalsparter som intar en ”underlägsen ställning” i avtalsförhållandet skall visas särskild hänsyn.[548] Vidare kan anföras den omfattande konsumentskyddslagstiftning som genomförts både i Sverige och på EU-nivå. Den skyddar förvisso inte alla avtalsparter som intar en underlägsen

---

[545] Badersten, a a, s 12. Citeras även i not ovan.
[546] I avsnitt 2.5.1 framhålls: *”Om man däremot anser att värdesatser angående t ex tillämpningen av 36 § avtalslagen kan bli föremål för en meningsfull, vetenskaplig diskussion, följer därav rimligen att man också erkänner att det är legitimt att hämta argument till den diskussionen ur etiska läror, om ingen auktoritativ rättskälla ger ett otvetydigt svar på hur paragrafen i den givna situationen skall tillämpas”*.
[547] Se delavsnitt 2.5.2 om oskälighetsbegreppet och 2.5.3 om förarbetena.
[548] Jfr prop 1975/76:81, s 137.

ställning, utan enbart konsumenter, men att det anses föreligga ett behov att skydda konsumenterna som kollektiv beror på att konsumenter typiskt sett anses inta en underlägsen ställning gentemot näringsidkarna.

Det finns dock även andra tänkbara sätt att kategorisera avtalsrelationer på, med hänvisning till att en eventuellt betydelsefull omständighet föreligger eller inte föreligger. Man kan till exempel skilja mellan momentana och perdurerande avtalsrelationer, med hänvisning bland annat till att kravet på lojalitet mellan parterna skulle kunna ställas högre, om relationen är långvarig än om den är över på en minut.

Samtidigt vill jag hävda att det är mer som förenar än som skiljer olika slags avtalsrelationer. Kärnan finns där hela tiden i form av den frivilliga överenskommelsen om utbyte för ömsesidig nytta, en verksamhet som bör ställa vissa grundläggande krav på deltagarna.[549] Det förefaller därför vara rimligt att säga att ingående och upprätthållande av avtalsrelationer är *en* praxis, där samma dygder typiskt sett är relevanta i varje enskilt fall – *men* där dygdernas inbördes betydelse kan variera mellan olika fall, beroende på dess unika omständigheter (t ex styrkeförhållandet mellan parterna).[550]

Vilka dygder är då relevanta i den samhälleliga praktiken ingående och upprätthållande av en avtalsrelation?

Jag kommer att söka besvara den frågan på följande sätt. En utgångspunkt blir att studera vilka av de dygder som anförs i dygdeetisk litteratur som kan anses vara relevanta för avtalsrelationers vidkommande. Det innebär att det ovan beskrivna ”spår” som bygger på studium av meningsyttringar i nutid och historia (kulturarvet!) kommer att följas. Någon enkätundersökning kommer däremot inte att genomföras, främst av resursskäl, men även eftersom det enligt min mening bör vara väl så intressant och givande med en diskussion om var debatten nu befinner sig och på vilka grunder, som att göra en kvantitativ studie av människors åsikter i dygdefrågor. Innan ett studium av dygdeetisk litteratur kan företas, måste dock diskuteras vilka dygder som ”kan anses vara relevanta för avtalsrelationers vidkommande”. Relevansen bör, enligt min mening, bedömas utifrån (empiriska) fakta om vad en avtalsrelation är. För att tydliggöra relevansbedömningen behövs ett antal dygder att arbeta med.

De fyra kardinaldygderna, med rötter i antiken, är klokhet, mod, måttfullhet (behärskning) och rättrådighet (rättvisa).[551] Aristoteles diskuterar härutöver ett

---

[549] I generalklausulpropositionen framhålls att paragrafen är tillämplig på alla slags avtal och att den syftar till att utöka jämkningsmöjligheterna även gällande avtal mellan näringsidkare (prop 1975/76:81, s 104, 110 och 128); jfr Håstad, a a, s 13.

[550] Jfr Dygder som drivkraft, s 27, där det talas om att dygder kan accentueras på olika sätt inom olika områden.

[551] Holm, a a, s 247. Se även Badersten, a a, s 15; på s 16 använder han begreppet rättrådighet som synonym till rättvisa. I sin artikel talar Frändberg om ”justness”, vilket han översätter med ”rättrådighet”, och säger att han valde ”justness” i stället för ”justice” för att betona begreppets

antal andra dygder, såsom frikostighet, stolthet, ambition, självbehärskning, vänlighet, uppriktighet (eller, som den kommer att benämnas i det följande, ärlighet) och kvickhet.[552] I Dygder som drivkraft föreslås, som tidigare nämnts, tre par moderna dygder: mod och driftighet, rättvisa och empati samt omdöme och integritet.[553] Där behandlas även ett antal dygder inom specifika verksamhetsområden såsom familjen, politiken och arbetslivet[554], och de som skulle kunna vara intressanta i detta sammanhang är en del av de som rör företagande och entreprenörskap, till exempel sparsamhet, pliktkänsla, pålitlighet och skötsamhet.[555] Utan djupare diskussion nämns också på olika ställen i samma verk några andra dygder, varav lojalitet[556] är en som bör anses vara relevant att behandla i en diskussion om ”avtalets praktik”.

När det gäller vad en avtalsrelation rent faktiskt är, kan man konstatera att avtalet är en uppgörelse mellan två (eller flera) parter[557] (vanligen) gällande ömsesidigt utbyte av nyttigheter som kan mätas i ekonomiska termer.[558] Köpeavtal, tjänsteavtal (sådana som omfattas av konsumenttjänstlagen), anställningsavtal, arrendeavtal och hyresavtal (sådana som omfattas av JB) är lagreglerade avtalstyper som alla uppfyller den definitionen. Även sådana typer av avtal som entreprenadavtal, fraktavtal, avtal om immateriella tjänster, leasingavtal, franchisingavtal, abonnemangsavtal (från telefoni och el till tidningar) och många, många fler uppfyller defintionen. Samarbetsavtal som bolagsavtal eller aktieägaravtal innefattar inte på samma sätt ett ömsesidigt *utbyte*, men däremot att samtliga parter *bidrar* till samarbetet på avtalat vis och detta bidrag kan typiskt sett mätas med ekonomiska mått. Avtalsrelationens praktik innefattar skeendet från det att avtalsförhandlingarna inleds till dess att båda parter har fullgjort sina prestationer. Centrala begrepp är, menar jag, ömsesidighet och mätbarhet. Ett avtal förutsätter typiskt sett ömsesidighet, d v s att samtliga parter

---

karaktär av dygd. Som jag uppfattar begreppen är rättrådighet en karaktärsegenskap, som innebär att personen i fråga hyllar rättvisan. I detta arbete kommer begreppet ”rättrådighet” att användas som benämning på dygden i fråga.

[552] Nikomachiska etiken, i ovanstående ordning: s 98 ff, s 107 ff, s 113 f, s 92 ff, s 117 f, s 118 ff och s 121 ff. Han diskuterar även ”kvasidygden” skam (s 123 f). Jfr Hursthouse, a a, s 41.

[553] Dygder som drivkraft, s 148 ff.

[554] Dygder som drivkraft, bl a s 29 ff.

[555] Dygder som drivkraft, s 73.

[556] Dygder som drivkraft, bl a s 26.

[557] Jämknings- och ogiltighetsreglerna i avtalslagen torde dock vara tillämpliga även på ensidiga utfästelser, trots att sådana utfästelser inte utgör avtal (se t ex NJA 1986 s 748 angående handling, enligt vilken undertecknaren påtog sig ansvaret för en bilolycka; jfr von Post, a a, s 104).

[558] Även avtal utanför förmögenhetsrättens område (jfr avtalslagens fullständiga namn) gäller ofta ekonomiska mellanhavanden, t ex familjerättsliga avtal om bodelning och underhållsbidrag, även om det självfallet också finns exempel på motsatsen. 36 § avtalslagen anses vara tillämplig även på familjerättsliga avtal (se t ex NJA 1982 s 230 angående jämkning av ett preliminärt bodelningsavtal, där 36 § AvtL visserligen inte tillämpades, men där HD sade att grunderna för paragrafen hade kunnat tillämpas; jfr von Post, a a, s 159, 258, 312). Överenskommelser inom privatlivets ram angående middagsbjudningar etc anses inte utgöra avtal i avtalsrättens mening. En viktig anledning till det torde vara att prestationernas värde inte kan mätas i ekonomiska termer och att rättsordningen skyddar människors plånböcker, men inte (annat än när det gäller förtal, förolämpning och än värre övergrepp) deras känslor.

skall prestera något (att underlåta något betraktas också som en prestation), och att varje prestation är mätbar så att den kan jämföras på ett (i vart fall någorlunda) objektivt sätt med övriga prestationer. Det vanligaste och mest lättillämpade måttet torde vara värde i pengar (även om avtalet rymmer benefika inslag).

Att ömsesidiga prestationer, mätta med ekonomiska mått, står i fokus, innebär att dygder som har anknytning till familjelivet eller vänskapsförhållanden, såsom vänlighet och kvickhet (Aristoteles intresserade sig även för hur man bör skämta[559]), inte bör anses relevanta i praktiken avtals ingående och upprätthållande. Det ”privatsociala” sammanhangets berömvärda karaktärsdrag kan knappast hjälpa oss att rättligt bedöma en avtalsrelation.

Rekvisitet ömsesidighet och det faktum att ett avtal förutsätter att två eller flera parter är inblandade innebär att dygder inte är relevanta i detta sammanhang, om de i första hand angår den enskilda människans blomstring – för att använda det något poetiska uttryckssätt som nyttjades ovan – och inte omedelbart förknippas med mellanmänskliga relationer, i synnerhet inte den relation som innefattar ömsesidigt utbyte av nyttigheter (även om varje individs blomstring i och för sig påverkar samhället). Detta är dygder som vishet, mod, stolthet, ambition och driftighet.[560] En del av dygderna som har anknytning till företagande och entreprenörskap är förvisso centrala vid uppbyggandet av ett företag, av stor vikt för företagets relation till sina kunder etc, men saknar koppling till den verksamhet som avtalsrelationen utgör, till exempel sparsamhet, pliktkänsla och skötsamhet. Några dygder, t ex empati, är inte helt adekvata för att beskriva vad som bör anses viktigt att iakttaga vid just ömsesidigt utbyte av nyttigheter, men ungefär samma värdeståndpunkter som ligger bakom dessa dygder ligger även bakom andra dygder, som bättre beskriver hur man bör agera i avtalsrelationen. Att vara empatisk innebär som bekant att sätta sig in i någon annans situation, att känna ”en annans sorg” för att låna ett uttryck från Hare.[561] I avtalsrelationen talar vi hellre om att man bör vara lojal, d v s inom vissa ramar tillvarata även medkontrahentens intressen och inte enbart sina egna. Grundtanken är densamma – att man skall se den andre och agera därefter – men nyanserna är olika.[562]

Man kan identifiera ett inte obetydligt antal dygder – såväl allmänna som för olika verksamhetsområden – vilka jag alls inte kommer att nämna i denna

---

[559] *”Sålunda anses personer som överdriver sina skämt vara plumpa och vulgära… De som däremot varken någonsin säger något vitsigt eller kan tåla något skämt från andras sida anses åter tölpaktiga och torra. Slutligen får de som skämtar på ett smakfullt sätt namn om sig att vara kvicka…”*, framhåller han (Nikomachiska etiken, s 121).

[560] Frändberg påpekar (a a, s 250) att Aristoteles själv betonade att rättvisa (rättrådighet) är den enda av kardinaldygderna som är till för någon annan än den dygdige personen själv och att den därför är en ”social dygd”.

[561] Hare, R M, Moraliskt tänkande, Stockholm 1994, s 101.

[562] Att vara empatisk innebär ”bara” att leva sig in i någon annans situation, medan enligt Svenska akademiens ordbok (www.svenskaakademien.se), att vara lojal bland annat innebär att uppfylla sina rättsliga och moraliska skyldigheter mot andra.

avhandling, och som därför valts bort utan närmare behandling. Detta kan motiveras med följande argument. a) De dygder som kommer att behandlas i nästkommande delavsnitt är, enligt min bedömning, de dygder som är viktigast när det gäller avtalsrelationer; de fångar in de väsentligaste aspekterna av avtals ingående och upprätthållande (jfr ovan). b) Skulle någon vilja introducera ytterligare dygder, skulle det inte ta bort betydelsen av de här behandlade, utan endast eventuellt påverka de här behandlade dygdernas relativa betydelse; den i avhandlingen företagna analysen skulle i alla händelser fortsätta att vara relevant. c) Det är av arbetsekonomiska skäl inte rimligt att här nämna varje tänkbar dygd och sedan motivera varför den inte är relevant i detta sammanhang, eftersom många dygder uppenbarligen inte har koppling till avtalsrelationen.

Jag kommer att strax nedan – med utgångspunkt i dygdeetisk litteratur – att formulera en hypotes med innebörden att vissa dygder bör anses vara lämpliga för att normera avtalsrelationens praktik, d v s de kan hjälpa till att besvara frågan ”hur bör man agera som part i en avtalsrelation?”. Genom att dygderna är användbara för att normera avtalsrelationens praktik i allmänhet, är kan de också användas som kompletterande normer för att bestämma innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. I kapitel fem kommer jag sedan att söka påvisa att de behandlade dygderna kan anses utgöra värdegrunden för 36 § avtalslagen eller, om man vill uttrycka det så, att dygderna har preciserats inom rättssystemets ram i form av 36 § avtalslagen (och säkerligen andra bestämmelser, men det är inte föremål för denna undersökning). Därigenom påvisas att 36 § avtalslagen är väl förankrad i de aktuella dygderna, och med sådant rättskällestöd blir det än mer legitimt att använda dygderna som kompletterande normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen samt vid tillämpningen av sagda paragraf. I viss utsträckning prövas redan i delavsnitt 3.5.6.5, låt vara i all korthet, om det finns rättskällestöd för att hävda att respektive dygd ingår i värdegrunden för 36 § avtalslagen. I kapitel fem blir det fråga om en utförligare diskussion.

3.5.6.5 Avtalsrelationens dygder

Här följer en i dygdeetisk litteratur grundad diskussion beträffande vilka dygder som kan anses relevanta för den praktik som ingående och upprätthållande av en avtalsrelation innebär.

De bland de ovan nämnda dygderna som vid en första bedömning förefaller ha störst anknytning till avtalsrelationen är, enligt min uppfattning***, rättrådighet, ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet***. Detta påstående bygger jag på att samtliga dessa dygder är sociala dygder, d v s dygder som gäller hur vi agerar i relationer med andra människor[563] och avtalsrelationen är just en praktik, inom ramen för vilken vi interagerar med andra människor (jfr diskussionen ovan om

[563] Det är dygder som finns till *”…for the benifit of others”*, som Frändberg uttrycker saken i a a, s 250.

hur man, med utgångspunkt i fakta, kan beskriva avtalsrelationen[564]). Samtidigt har de, om jag tillåts lita på min förförståelse av begreppen, inte enbart koppling till den ”privatsociala sfären”, i motsats till exempelvis dygden vänlighet, som ovan sorterades bort från den för avtalsrelationen relevanta gruppen dygder med hänvisning till dess koppling enbart till sagda sfär. De fem karaktärsdragen (dygderna) kan komma att prövas också i relationer som syftar till ömsesidiga, i ekonomiska termer mätbara prestationer. Dessa fem dygder kommer att diskuteras i det följande, med ambitionen att närmare studera huruvida deras förhandenvaro bör anses utgöra kännetecken på den goda avtalsrelationen.

Några dygder, som inte bedöms vara omedelbart relevanta i det följande, bör dock här diskuteras något djupare, eftersom de vid en preliminär granskning skulle kunna anses beröra avtalsrelationen. Det gäller klokheten, måttfullheten och frikostigheten.

Kardinaldygden ***klokhet*** är den överordnade dygd som innebär förmågan att i en given situation göra den korrekta avvägningen av omständigheter och dygder och därmed komma fram till det riktiga ställningstagandet.[565] Den dygden är förvisso viktig att besitta, men kan inte i en abstrakt diskussion ge vägledning för vilka omständigheter man skall beakta vid bedömningen av en avtalssituation, varför den inte behandlas vidare i just detta delavsnitt.[566] Dygden omdöme anförs i Dygder som duger som en nutida benämning på klokhet/praktiskt förnuft, men bör, anser författarna, kompletteras med dygden integritet, *”…som säger stopp när en vidare förhandling skulle låta omistliga värden gå till spillo”*.[567] För egen del vill jag hävda att begreppet omdöme inrymmer även integriteten. Gör man en avvägning, måste man i den ta hänsyn till exempelvis om viktiga intressen vid en viss avvägning riskerar att gå förlorade, annars är det inte en korrekt genomförd – omdömesgill – avvägning.

Härefter skall den antika kardinaldygden ***måttfullhet*** (besinning)[568] diskuteras. För Aristoteles handlade måttfullhet om förhållandet till fysisk njutning och han såg t ex frosseri som ett avsteg från måttfullhetens smala väg. Idag ger måttfullhet också associationer till ekonomiska värden och det ligger nära till hands att hävda att t ex en del ersättningar som angivits i anställningsavtal i näringslivet stått i strid mot denna dygd. Man bör dock vara noggrann med definitionerna och den som tillskansar sig en lön eller annan ersättning som kan anses vara för hög lever inte efter rättrådighet såsom den nedan kommer att beskrivas, men bryter inte mot dygden måttfullhet. När man säger att en lön är för hög, säger man att personen i fråga fått mer än han förtjänar, d v s att det inte

---

[564] Den diskussionen ledde till att dygder som vishet, mod, stolthet, ambition och driftighet angavs inte vara relevanta för avtalsrelationens praktik.
[565] Jfr Holm, a a, s 247.
[566] Jfr diskussionen om avvägningar i avsnitt 3.4.
[567] Dygder som drivkraft, s 151 f.
[568] Måttfullhet benämns besinning i den här brukade svenska översättningen av Nikomachiska etiken (a a, s 92 ff). Holm använder uttrycket behärskning (a a, s 247). Jag anser att måttfullhet tydligast anger vad saken gäller. Jfr Aristotle’s Ethics, s 64 ff.

råder proportionalitet mellan hans arbetsinsats och hans ersättning. En sådan lön är orättvis. Måttfullhet handlar, uppfattar jag, snarare om hur man själv använder de resurser man har, utan att det direkt påverkar någon annan (t ex en avtalspart).[569] Måttfullhet är därmed inte en social dygd (jfr ovan).[570] Det finns dock en nära anknytning mellan måttfullhet och rättrådighet, om man inte begränsar diskussionen till fysiska ting och ekonomiska värden, utan även beaktar en persons relation till egen och andras makt. Måttfullhet blir då medelvägen mellan självöverskattning och arrogans (hybris), å ena sidan, och underordning och nedvärdering av sig själv å andra sidan. Den övermodige kan inte vara rättrådig, eftersom han inte respekterar andra människor, medan den underordnande riskerar att bli ett viljelöst redskap för den övermodiges (orättfärdiga) maktutövning.[571]

Frikostighet, medelvägen mellan snålhet och slösaktighet, är en av de dygder Aritstoteles förknippar med användandet av rikedom eller, som vi idag snarare skulle uttrycka saken, ekonomiska tillgångar. Enligt Aristoteles ger en frikostig man rätt summa till rätt personer vid rätt tidpunkter[572] och tankegången förefaller likna den som ligger bakom ett talesätt som ”noblesse oblige”, d v s den som har en framträdande position – ekonomiskt eller på annat sätt – skall använda denna position på ett ansvarsfullt sätt, t ex genom att dela med sig till mindre lyckligt lottade. Eftersom avtalsrelationer också handlar om användning av ekonomiska tillgångar skulle man kunna tänka sig att koppla samman frikostigheten och avtalsrelationen. Närmare betraktat förefaller dock frikostighet vara en ensidig företeelse, medan en avtalsrelation som bekant kännetecknas av ömsesidighet. Inte heller frikostighet är därmed en social dygd. I en avtalsrelation som bygger på ömsesidigt utbyte kan man knappast hävda att det är en dygd för den part som eventuellt har större ekonomiska resurser än medkontrahenten att kräva mindre betalt för sin prestation än prestationen i sig motiverar. Ett sådant agerande skulle göra avtalet orättvist (jfr nedan). Man kan knappast kräva att framgångsrika företag typiskt sett skall ingå sämre avtal än olönsamma företag. Det vore orättvist och skulle dessutom kunna leda till att rollerna så småningom blev ombytta.

För att så övergå till de dygder som kan sägas ha betydelse för avtalsrelationen, kan man konstatera att den av de nämnda dygderna som uttryckligen nämns i förarbetena till 36 § avtalslagen (även om den inte benämns dygd) är ***rättvisan*** eller, som den i denna framställning benämns, ***rättrådigheten***[573]. Ett av syftena med 36 § avtalslagen är, som tidigare framhållits, att möjliggöra jämkning av

---

[569] Ett av Aristoteles exempel på hur personer, som inte är måttfulla, förhåller sig är följande: *”…they … delight …more than most men do in certain things in which it is otherwise quite proper that one should delight”* (Aristotle’s Ethics, s 66; beskrivs, enligt min uppfattning, elegantast i den engelska översättningen; jfr Nikomachiska etiken, s 95).
[570] Frändberg, a a, s 251.
[571] Frändberg utvecklar detta resonemang i a a, s 251 f. Se vidare diskussionen i anslutning till rättrådigheten.
[572] Nikomachiska etiken, s 99. Jfr Aristotle’s Ethics, s 70.
[573] Nikomachiska etiken, s 125. Jfr Aristotle’s Ethics, s 92 ff.

avtal *"som inte motsvarar rimliga krav på rättvisa mellan parterna*".[574] Rättvisebegreppet är dock mångfacetterat och när man använder det, bör man ange vilken typ av rättvisa som avses.[575] Aristoteles skiljer i första hand mellan distributiv och kommutativ rättvisa, en indelning som fortfarande används.[576] Den distributiva rättvisan handlar om hur resurser eller bördor bör fördelas i en gemenskap, när fördelningen inte sker med hjälp av avtal, utan sköts av något slags överordnad myndighet. Utformning av skatte- eller bidragssystem är exempel på frågor som kan diskuteras med utgångspunkt i den distributiva rättvisan. Den kommutativa rättvisan handlar om rättvisa i bytesrelationer i vid mening.[577] Begreppet omfattar såväl korrektiv rättvisa[578], d v s straffrättslig rättvisa där straffet skall vara rättvist i förhållande till brottet, som kommersiell rättvisa[579], d v s rättvisa i avtalsförhållanden.

Frändberg menar att rättrådigheten (rättvisan) har fem "underdygder": dygden lojalitet med lagen, dygden objektivitet, dygden att ta ställning utifrån relevant kunskap, dygden medmänsklig rättrådighet och den korrekta avvägningens dygd.[580] Han diskuterar rättrådigheten som juristens främsta dygd, varför hans analys gäller hur juristen skall förhålla sig för att ha sagda fem karaktärsegenskaper, men resonemanget torde vara överförbart även till andra samhällsområden.

Lojalitet med lagen är, enligt hans uppfattning, ett exempel på en mer allmän social dygd, pålitlighet. För att rättsordningen skall vara effektiv, t ex genom att bidra till samhällelig stabilitet och till att medborgarna kan lita på varandra, måste medborgarna kunna lita på att lagarna upprätthålls, vilket förutsätter att de flesta, i synnerhet de som är satta att tillämpa lagarna, är lojala med lagarna.[581] Att denna "underdygd" är relevant när man diskuterar tillämpningen av 36 § avtalslagen, eller vilket som helst annat lagrum, är uppenbart. Förutom den konkreta med inte så upplysande uppmaningen att rättstillämparen lojalt skall tillämpa 36 § avtalslagen, borde "underdygden" kunna ge viss konkret vägledning för tillämpningen av paragrafen. Om det är en dygd att vara lojal med

---

[574] Prop 1975/76:81, s 105.
[575] Begreppen distributiv rättvisa och kommutativ rättvisa nyttjas här, trots att benämningen rättrådighet används i avhandlingen i stället för benämningen rättvisa på den ifrågavarande dygden.
[576] Se Nikomachiska etiken, s 125 ff och Frändberg, a a, s 249. Jfr Simmonds, a a, s 78 ff.
[577] Frändberg anser (a a, s 249) att kommutativ rättvisa egentligen bör ses som ett speciellt slags distributiv (fördelande) rättvisa, eftersom även den kommutativa rättvisan gäller fördelning, men han fördjupar inte den diskussionen.
[578] Nikomachiska etiken, s 133 ff. Jfr Molander, a a: *"Det vedergällande (eller det **retributiva**) straffet kan också ses som ett känslomässigt uttryck för människors bestörtning och vrede inför vad brottslingen gjort. Straffet kan sålunda betraktas som en moralisk reaktion, och det är då centralt att reaktionen är passande i förhållande till det som den är reaktion på"*. I ett tal 1945 säger Winston Churchill att Japans krigshandlingar förtjänar *"justice and retribution"*, vilket således skulle kunna ses som en tautologi. Vedergällning *är* en form av rättvisa. (Talet finns med på kassettutgåvan Winston Churchill, A Selection of His Wartime Speeches. Nämns inte i källförteckningen.)
[579] Nikomachiska etiken, s 137 ff.
[580] Frändberg, a a, s 241.
[581] Frändberg, a a, s 242.

lagen, måste det vara dygdigt att inte ingå avtal som strider mot lag eller som utgör försök att kringgå lag (avtal contra legem respektive in fraudem legis).[582] Av detta torde följa att man på dygdeetisk grund kan hävda att sådana avtal inte bör upprätthållas av rättsordningen. I anslutning till sådana avtal brukar man även diskutera om avtal som strider mot goda seder bör åtnjuta rättsordningens beskydd.

Det är en ståndpunkt, som förs fram på flera ställen i denna avhandling, att rättssystemet inte är ett slutet system som enbart vilar på de regler som kodifierats genom lagstiftning, utfärdande av förordningar etc, utan att rättssystemet också vilar på okodifierade värden (till exempel de värden som bär upp det goda avtalets ideal). Mot bakgrund av det, skulle man kunna hävda att Frändbergs ”underdygd” är för snävt formulerad. Man borde inte tala om ”lojalitet med lagen”, utan om ”lojalitet med rättssystemet” (alternativt med ”rätten”, vilket får anses vara ett ännu vidare begrepp). Medborgarna behöver kunna lita på inte bara att lagarna upprätthålls, utan också att de värden som rättssystemet vilar på upprätthålls.[583] Sådana allmänna samhälleliga värdeståndpunkter, som brukar konkretiseras under benämningen goda seder, kan anses vara en del av grunden för rättssystemet och därmed borde medborgare (inklusive rättstillämpare) vara lojala med dem och rättsordningen borde inte skydda avtal som strider mot dem.

Objektivitet innebär att behandla alla inblandade lika i alla relevanta avseenden och att inte låta sig styras av t ex fördomar eller egenintresse.[584] Objektivitet är förvisso en dygd vi förväntar oss att en domare skall besitta, men kan man säga att objektivitet är en dygd för parterna i en avtalsrelation? I en sådan relation har parterna egenintressen, som de strävar efter att tillgodose, och det är väl legitimt? Dessa frågeställningar tangerar en av kärnfrågorna med anknytning till 36 § avtalslagen – får man ta tillvara sina egna intressen i en avtalsrelation och hur långt får man i så fall gå? Frändberg diskuterar för sin del skillnaden mellan domarens och advokatens yrkesroller[585] och om man sammanfattar och något vidareutvecklar hans resonemang, skulle man kunna säga att varken domaren eller advokaten förväntas vara neutral, att båda däremot förväntas vara objektiva, men att objektivitetsbegreppet har lite olika innebörd för dem. Domaren skall tillämpa lagen, något som vanligen innebär att till slut ge en av parterna rätt, vilket i sin tur uppenbarligen är motsatsen till att vara neutral. Domaren har valt sida – rättens sida. Rätten kräver i sin tur att domaren skall agera objektivt under processens gång och att han skall fatta sitt beslut utan att ta otillbörliga hänsyn. Advokaten behöver inte vara objektiv på samma sätt som domaren, eftersom advokaten får (och skall) tillvarata ett egenintresse, nämligen klientens.

---

[582] Se delavsnitt 4.7 och 5.6 ang principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder.
[583] Om lagstiftningen skulle vara omoralisk är det för övrigt viktigare att medborgarna i allmänhet och rättstillämparna i synnerhet är lojala med rätten och inte med lagen. Jfr diskussionen om rättspositivismen och demokratin i delavsnitt 3.3.6, i synnerhet den avslutande noten.
[584] Frändberg, a a, s 244.
[585] Frändberg, a a, s 245.

Samtidigt står även advokaten på rättens sida och skall iakttaga en objektivitet, som sätter gränser för hans agerande. Han får till exempel inte tillgodose sin klients intressen genom att ljuga, förfalska bevis eller trakassera motparter eller vittnen.[586] Resonemanget om advokaten är, menar jag, överförbart på var och en av oss. Vi får tillvarata våra egna intressen, t ex i en avtalsrelation, men samtidigt förutsätts vi alla som lever i ett civiliserat samhälle stå på rättens sida, vilket innebär att vi inte får tillvarata våra intressen i sådan utsträckning och på ett sådant sätt att vårt agerande blir orätt, t ex genom att vi hindrar andra människor från att tillvarata deras intressen. Det förefaller som om tankarna bakom 36 § avtalslagen stämmer väl överens med detta resonemang. I förarbetena ges, som tidigare nämnts, exempel på vilka omständigheter vid avtalets tillkomst som kan göra ett avtal oskäligt och då framhålls bl a aggressivt uppträdande, överraskningstaktik, tvång och annat missbruk av förhandlingsläget.[587] Likheterna med det som strax ovan sagts om vad en advokat inte får göra är uppenbara.

Att *ta ställning utifrån relevant kunskap* är en dygd, därför att ställningstaganden som inte baseras på kunskap om fakta eller som baseras på osanningar eller som man har kommit fram till genom att bortse från vissa fakta innebär, menar Frändberg, bristande respekt för de inblandades människovärde, eftersom utfallet blir slumpmässigt eller godtyckligt.[588] Utan att känna till de i fallet relevanta omständigheterna kan man inte göra en korrekt, eller i vart fall välmotiverad, avvägning och man kan inte heller bedöma om det slutliga ställningstagandet var rimligt eller inte. I avtalssammanhang är den här ”underdygden” också relevant, men, anser jag, med ”omvända förtecken” jämfört med dess användning i samband med en diskussion om en rättsprocess. Att en domare skall fatta beslut som baseras på relevant kunskap hjälper oss inte att tillämpa 36 § avtalslagen i ett enskilt tvistigt fall, där de fakta som presenteras är korrekta och fullständiga. I stället kan man säga på följande sätt. Den som fattar beslut i en rättsprocess – domaren – har en *skyldighet* att ta ställning utifrån relevant kunskap. De som fattar beslut i en avtalsförhandling – parterna – har en *rättighet* att få ta ställning utifrån relevant kunskap. En rättighet är dock inte detsamma som en dygd, varför dygden väl närmast blir att låta medkontrahenten ta ställning utifrån relevant kunskap. Också denna aspekt berörs i förarbetena till 36 § avtalslagen, i och med att bland omständigheter vid ett avtals tillkomst som kan göra ett avtalsvillkor oskäligt nämns t ex lämnande av missvisande uppgifter och undanhållande av uppgifter.[589]

Medmänsklig rättrådighet (”humanitarian justness”) innebär för en jurist att tillämpa rätten med hänsyn till andra människor, kanske med *”…a certain amount of generosity and tolerance, well aware of the often harsh conditions of human life”*, i synnerhet när det handlar om rättsföljder, särskilt

---

[586] Frändberg, a a, s 245.
[587] Se t ex prop 1975/76:81, s 52. Jfr även delavsnitt 4.8 och 5.7 ang lojalitetsprincipen.
[588] Frändberg, a a, s 246.
[589] Se t ex prop 1975/76:81, s 52 f. Jfr delavsnitt 4.3 och 5.2 ang viljeprincipen.

brottspåföljder.[590] Måhända kan man säga att den här dygden manar inte bara juristen, utan oss alla, till återhållsamhet, när vi tillvaratar våra egna intressen. Man bör inte kräva ett så högt skadestånd till följd av avtalsbrott att det skulle knäcka skadevållaren, man bör inte driva ett anspråk som till synes har rättsordningens stöd (t ex kräva att ett avtal fullgörs), om den nytta man har av att få rätt är obetydlig, medan belastningen på motparten skulle bli mycket tung för honom att bära. Möjligheten att jämka avtal med stöd av 36 § avtalslagen kan mycket väl ses som ett sätt att öppna för ”ett visst mått av generositet med beaktande av den mänskliga tillvarons hårda villkor”.

”Underdygden” att eftersträva *korrekta avvägningar* (”proper balancing”)[591] kan, enligt min uppfattning, ses på två sätt. Det kan handla om dels att eftersträva en så att säga förutsättningslös avvägning, utan någon på förhand fastställd måttstock, dels att eftersträva kommutativ rättvisa i bemärkelsen balans mellan parternas prestationer. (Verbet ”balance” kan betyda både ”avväga” och ”balansera”.) Frändberg ser den sistnämnda strävan som en del av den förstnämnda, men framhåller samtidigt att strävan efter kommutativ rättvisa kan ses som (och av Aristoteles ses som) det viktigaste inslaget i hela dygden rättrådighet. Aristoteles menar att strävan efter kommutativ rättvisa är det som gör rättrådighet till en egen dygd med tydlig definition.[592] Redan av avsnittsrubriken till avsnittet om den kommersiella rättvisan (eller, som den i denna framställning kommer att kallas, avtalsrättvisan) i den Nikomachiska etiken framgår vad denna slags rättvisa handlar om: *”Avtalsrättvisa: ömsesidighet i enlighet med proportion”*.[593] Analysen handlar sedan om att närmare beskriva och exemplifiera vad denna slags rättvisa innebär, varvid Aristoteles framhåller: *”I ekonomiska transaktioner är … en dylik rättsuppfattning bindande, fast motprestationen är proportionell och inte baserad på likvärdhet. Samhället hålls nämligen samman av det proportionella vederlaget”*.[594] ”Likvärdhet” förefaller snarast (för att citatet skall bli begripligt) syfta på ”exakt likhet”, d v s att man skulle utbyta identiska föremål, medan Aristoteles sedan talar om produkter som är *”proportionellt likvärda”*[595], vilket får anses motsvara likhet i värde, mätt i pengar.[596] Det grundläggande kännetecknet på rättvisa i avtalsförhållanden är således, enligt Aristoteles, att det

---

[590] Frändberg, a a, s 248.
[591] Frändberg, a a, s 249 f.
[592] Frändberg, a a, s 250.
[593] Här ger, enligt min uppfattning, den engelska översättningen av den Nikomachiska etiken tydligare besked om vad avsnittet handlar om och det är den engelska versionen som jag översatt till svenska i citatet ovan: *”Commercial Justice: Reciprocity in Accordance with Proportion”* (Aristotle’s Ethics, s 101). I den svenska översättningen har avsnittet den avsevärt mer intetsägande rubriken ”Återgäldande och ersättning” (Nikomachiska etiken, s 137).
[594] Nikomachiska etiken, s 137. I den engelska översättningen heter det:*”In cases of mutual exchange … justice of this kind does hold men together; but it is a* ***reciprocity in accordance with a proportion, and not on the basis of exact equality****”* (Aristotle’s Ethics, s 101).
[595] Nikomachiska etiken, s 138.
[596] Aristoteles påpekar också att utbyte av olika varor förutsätter att de är mätbara i förhållande till varandra och att pengar fyller funktionen att göra dem mätbara (Nikomachiska etiken, s 140 f).

parterna utbyter är värt lika mycket.[597] Tidigare har framhållits att man av förarbetena till 36 § avtalslagen kan sluta sig till att ”den goda avtalsrelationen” bland annat kännetecknas av att det råder balans mellan parterna och mellan deras prestationer.[598] Bristande balans innefattas också, som ovan nämnts, i den språkliga definitionen av begreppet oskälig.

Det tycks således finnas goda skäl att anse att dygden rättrådighet (rättvisa), uppdelad i Frändbergs fem ”underdygder”, bör anses relevant för ”den goda avtalsrelationen”.

För att övergå till dygden ***ärlighet***[599] (uppriktighet), är en ärlig person *”…sannfärdig både i vad han gör och i vad han säger, och hans yttranden överensstämmer med vad han går för och varken med någonting mer eller mindre. /…/ Sanningsälskaren håller sig … inte bara till sanningen där den inte har någon betydelse, utan han måste göra det i ännu högre grad där det betyder någonting”*.[600] Som motsatser till den ärliga personen framhåller Aristoteles den skrytsamma, d v s den som gör *”…anspråk på en uppskattning han inte förtjänar eller som är större än han förtjänar…”*, och den som förställer sig, d v s den som *”…förnekar eller förringar det som stämmer in på honom”*.[601] Såväl överdrifter och underdrifter som andra förvanskningar av sanningen är således klandervärda. I synnerhet den som är oärlig för att få pengar är en dålig människa, menar Aristoteles.[602] Han diskuterar inte närmare hur man skall betrakta den som inte uttryckligen ljuger, men som döljer en del av sanningen. Jag vill dock påstå att vi vanligen betraktar även en sådan person som oärlig.[603]

Dygden ärlighet är rimligen förknippad med dygden att sträva efter att fatta beslut på grundval av relevant kunskap (en ”underdygd” till rättrådigheten; jfr ovan). Den, som har med oärliga människor att göra, riskerar att tvingas fatta

---

[597] Jfr Rawls (a a, s 112) pliktetiskt färgade resonemang, som bygger på att om en person frivilligt har accepterat att ta del av fördelarna av ett visst ”arrangemang”, så har vederbörande också en etisk plikt att bidra med sin rättmätiga andel till ”arrangemanget”: *”The main idea is that when a number of persons engage in a mutually advantageous cooperative venture according to rules, and thus restrict their liberty in ways necessary to yield advantages for all, those who have submitted to these restrictions have a right to a similar acquiscence on the part of those who have benefited from their submission. We are not to gain from the cooperative labors of others without doing our fair share”*.

[598] Se delavsnitt 4.6 och 5.5 ang ekvivalensprincipen.

[599] Noga räknat hänför Aristoteles inte den som är ärlig just i sina överenskommelser till dygden ärlighet (Nikomachiska etiken, s 119), men från detta bortses i det följande.

[600] Nikomachiska etiken, s 119.

[601] Nikomachiska etiken, s 119.

[602] *”Men om han gör det med tanke på något, så är han inte … alltför tadelvärd, ifall detta något är aktning eller ära, men om han gör det för pengar … så är han genast värre.”* Nikomachiska etiken, s 120.

[603] Hursthouse tycks instämma i detta, när hon (a a, s 39) kritiserar pliktetiken för att dess regler inte är tillfyllest. Hon framhåller, angående den pliktetiska regeln ”du skall icke ljuga”, att *”[v]irtue ethicists want to emphasize the fact that, if children are to be taught to be honest, they must be taught to love and prize the truth, and that merely teaching them not to lie will not achieve this end*”. I samma anda lovar den som avlägger vittneseden som bekant inte att låta bli att ljuga, utan att *”…säga hela sanningen och intet förtiga, tillägga eller förändra”*.

beslut på grundval av felaktig ”kunskap”.[604] Som nämnts förekommer i förarbetena till 36 § avtalslagen en beskrivning av vilka omständigheter vid ett avtals tillkomst som kan göra ett avtalsvillkor oskäligt och där nämns t ex lämnande av missvisande uppgifter och undanhållande av uppgifter.[605] Med ett dygdeetiskt betraktelsesätt skulle man kunna hävda att lagstiftaren genom dessa uttalanden refererar till dygden ärlighet.

Att vara pålitlig, vilket man är om ens person kännetecknas av karaktärsdraget (dygden) ***pålitlighet***, innebär, enligt min uppfattning, att man gör det man lovat att man skall göra[606], det man av andra skäl är skyldig att göra eller det som människor på goda grunder förväntar sig att man skall göra. Spontant uppfattar vi att det finns en anknytning mellan ärlighet och pålitlighet, men begreppen får inte blandas samman. *Ärlighet* gör det möjligt för människor att lita på varandra, menar Hursthouse i ett strax ovan citerat avsnitt.[607] Förtroende måste baseras på *pålitlighet*, hävdar Frändberg.[608] Man kan diskutera vilket som är den mest korrekta beskrivningen av grunden för att människor har förtroende för varandra (litar på varandra) – att människor besitter karaktärsdraget ärlighet eller att människor besitter karaktärsdraget pålitlighet och vet att medmänniskorna på goda grunder förväntar sig att de skall vara ärliga. Rent logiskt är det omöjligt att motsäga att människor kan lita på varandra, om människor är pålitliga, eftersom det är ett cirkelresonemang; att vara pålitlig *är* att vara sådan att människor kan lita på en.

Dygden pålitlighet kan uppfattas vara en ”formaldygd”[609], d v s en dygd som inte säger något om vilka konkreta handlingar som bör företagas, utan enbart att handlingar för att böra företagas skall överensstämma med en abstrakt beskrivning av handlingar av visst slag (t ex ”sådana handlingar som man lovat företaga eller som människor på goda grunder förväntar sig att man skall företaga”). Ärlighet skulle med detta synsätt kunna beskrivas som en ”materiell dygd”, eftersom den anger konkreta handlingar som bör företagas: man bör säga sådant som är sant. Därmed kan ärligheten bidra till att förse pålitligheten med ett konkret innehåll. Om människor förväntar sig att man skall vara ärlig, bör den pålitlige vara ärlig. På samma sätt kan andra dygder, t ex mod, bidra till att ge pålitligheten ett konkret innehåll. Om en viss person har rykte om sig att vara modig, och av det skälet exempelvis tilldelas ett visst uppdrag, bör han, för att

---

[604] I det ovan citerade avsnittet av Hursthouse (a a, s 168) utvecklar hon ärlighetens betydelse för det goda samhället: *”It plays such an important role in human life; it enables human beings to rely on each other … learn from each other, do science… Think how much in human life hangs on the simple fact that you can ask a stranger the time or how to get somewhere in the reasonable expectation of getting an honest answer”*.

[605] Se t ex prop 1975/76:81, s 52 f. Se delavsnitt 4.3 och 5.2 ang viljeprincipen samt 5.7 ang lojalitetsprincipen.

[606] Hursthouse (a a, s 36) kallar denna dygd ”fidelity”, d v s ”trohet”, i det här fallet till sitt ord.

[607] Hursthouse, a a, s 168.

[608] Frändberg, a a, s 242.

[609] En benämning jag inte sett i etiklitteraturen, men som jag hoppas, trots sin brist på elegans, rymmer visst förklaringsvärde.

kunna beskrivas som pålitlig, agera som folk förväntar sig, nämligen modigt. Om å andra sidan alla människor vore cyniker och ginge ut ifrån att medmänniskorna ljuger så fort de yttrar sig, skulle man kanske vara tvungen att ljuga (vara oärlig) för att kunna vara pålitlig. Om någon i denna värld av cyniker plötsligt började tala sanning, skulle han omkullkasta sina medmänniskors förväntningar och kunna beskrivas som i hög grad opålitlig. Ärlighet och pålitlighet är således inte samma sak.

Samtidigt bör dock framhållas att begreppet ”pålitlighet” har en positiv värdeladdning, vilket stämmer väl överens med ståndpunkten ovan att dygder för att kunna definieras som sådana måste bidra till att människor och samhällen blomstrar. Därför känns det språkligt sett mindre naturligt att tala om att onda människor är pålitliga, när de företar nya onda handlingar. Snarare skulle vi beskriva det till exempel som att de uppfyller våra negativa förväntningar. Pålitlighet är en förutsättning för förtroende, vilket i sin tur är en förutsättning för att ett komplicerat samhälle som det västerländska skall fungera, framhåller Frändberg.[610] Det uttalandet förutsätter att det man litar på att människor skall göra är något som ”bidrar till samhällets blomstring”, det vill säga något positivt. Att man vet att diktatorn kommer att avrätta varje politisk motståndare han lyckas gripa är knappast något som skapar förtroende i samhället i fråga. Det vore därför inte korrekt att säga att pålitlighet måste kompletteras med ”materiella dygder” för att inte riskera att fyllas med ett negativt innehåll och bli en ”ond dygd”, eftersom en ”ond dygd” vore en ”contradiction in terms”. Däremot måste pålitligheten kompletteras med ett innehåll för att bli meningsfull – vad är det människor har rätt att lita på?

I avtalssammanhang tänker vi gärna först på att man skall kunna lita på att medkontrahenten håller det han lovar, d v s respekterar det ingångna avtalet.[611] Hela resonemanget om tillitsprincipen (tillitsgrundsatsen, tillitsteorin) har denna

---

[610] Frändberg, a a, s 242. Jfr följande citat: *”Varje dag träffas oräkneliga överenskommelser i näringslivet. Det kan handla om inköp, uppköp, försäljning, anställningar, investeringar och mycket annat. Genom denna väv av överenskommelser skapas värden som bygger vår välfärd. Alla dessa överenskommelser har ett gemensamt – de förutsätter ömsesidigt förtroende.”* På det här sättet placerades förtroendet och avtalsrelationen i fokus, när Svenskt Näringslivs bjöd in till en ”förtroendekonferens” den 3 mars 2004; se www.svensktnaringsliv.se, senast kontrollerad 2004-01-29.

[611] Badersten menar att det finns uppenbara likheter mellan den demokratiska politiska kulturen och marknadskulturen, och säger att *”[d]en demokratiska politiska kulturens tonvikt vid **samarbete**, deltagande, öppenhet, **tillit** och respekt för det politiska spelets regler, återfinns i marknadskulturens **respekt för avtal**, kontrakt, egendom och marknadsekonomins spelregler. I grunden är det samma attityder som ligger bakom”* (mina markeringar). Ett sådant uttalande torde förutsätta att man ser avtalet som ett sätt att reglera civiliserad samverkan mellan parterna, inte som utfallet av en hänsynslös kamp mellan två kombattanter. Även med det senare synsättet kan man försvara respekten för avtal – segraren skall få det som tillkommer segraren – men synsättet medger knappast att man kopplar samman respekten för avtal med begrepp som samarbete. Se Badersten, Björn, Marknadsekonomins och demokratins informella institutioner, Stockholm 1995, s 51 f; cit Badersten Institutioner. Avtal och kontrakt är synonymer, kan man tillägga.

utgångspunkt.[612] Man skulle emellertid också kunna hävda att vi har rätt att lita på att våra medmänniskor i avtalsrelationer efterlever de dygder som är relevanta i den verksamheten. Dygderna utgör, med det synsätt som här har pläderats för, en del av den normativa ramen för all samhällelig verksamhet och därmed även för ”avtalspraktiken”. Deras exakta innehåll och deras tillämpning i konkreta fall kan diskuteras, men utgångspunkten bör vara att de kan betraktas som en del av det avtalsrättsliga normsystemet. För den som har svårt att acceptera ett sådant resonemang, kan nämnas att 36 § avtalslagen öppnar för möjligheten att med stöd i skriven lag föra en argumentation av detta slag. Paragrafens innehåll måste konkretiseras, vilket kan göras till exempel (och på goda grunder) med hjälp av dygdeetiken.

För att ta dygden ärlighet som exempel, är det lätt att hålla med Hursthouse om att vi normalt utgår ifrån att människor är ärliga och att vi måste göra det, för att samhällslivet skall fungera, oavsett om de människor det gäller presenterar forskningsresultat eller berättar vad klockan är. På samma sätt är ärlighet en grundläggande förutsättning för att verksamheten ingående och upprätthållande av avtalsrelationer skall kunna fungera.[613] Enstaka fall av oärlighet sätter måhända inte verksamheten i fara, men om oärligheten finge stor omfattning, vore det fullt möjligt att bruket att ingå avtal skulle minska i omfattning.[614]

Den sista dygd, som här kommer att behandlas, är ***lojalitet***. Att vara lojal innebär att uppfylla sina rättsliga och moraliska förpliktelser (mot en annan), att (mot en annan) iakttaga hederns fordringar eller att avhålla sig från svek eller knep eller obstruktion och dylikt.[615] Problemet med denna definition är att hänvisningarna till moral och heder riskerar att leda in i en cirkel, eftersom man då, för att få veta vilka förpliktelser man har mot andra, måste ställa frågan ”vilken moral?” eller ”vilket hedersbegrepp?”. Om man då hänvisar till den moral som bygger på dygdeetiken, finner man att ett inslag i denna etik är dygden lojalitet och då är cirkeln fullbordad. Om man å andra sidan hänvisar till någon etik som – med en eller annan motivering – föreskriver låt oss säga ”fri konkurrens där alla medel är tillåtna”, förefaller det som om man inte skulle ha några moraliska förpliktelser

---

[612] Se delavsnitt 4.4 och 5.3 ang tillitsprincipen. Jfr Rawls deontologiskt färgade resonemang om obligationsrättsliga förpliktelser: *”The principle of fidelity is the principle that bona fide promises are to be kept*”(a a, s 346), dock med följande viktiga komplettering: ”*We are not to gain from the cooperative labors of others without doing our fair share”* (a a, s 112; se även diskussionen om rättvisa ovan).

[613] Badersten påpekar (Institutioner, s 52) att marknadsekonomin (och demokratin) bygger på öppenhet och ärlighet.

[614] Jfr Kants diskussion om ärlighet, eller snarare plikten att tala sanning, som går ut på att man kan aldrig ställa upp ”man skall ljuga” som en allmän regel. Förutsättningen för att den lögnaktige skall ha någon nytta av sin lögn är att de flesta andra talar sanning, så om ljugande gjordes till en allmän regel, skulle den mista sin betydelse. Folk skulle sluta lita på varandra, och då vore det meningslöst att ljuga (Rachels, a a, s 121; jfr avsnittet om pliktetik ovan).

[615] Svenska Akademiens ordbok på internet, www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad 2004-02-10.

alls gentemot andra, utan enbart de förpliktelser som rättsordningen uppställer.[616] Den sistnämnda definitionen är dock inte rimlig, på liknande sätt som det är orimligt att kalla den ondskefulle pålitlig, om han begår nya onda handlingar. För att ett begrepp som lojalitet skall vara meningsfullt, förutsätter det att vi faktiskt har moraliska förpliktelser gentemot varandra, förpliktelser som får den enskilde och samhället att växa och utvecklas.

För att ge dygden lojalitet ett konkret innehåll, skulle jag vilja hävda att man bör ta fasta på vad det innebär att ha en förpliktelse gentemot någon annan. Innebörden av detta måste anses vara att man inte i varje läge enbart får agera med sitt eget bästa för ögonen, utan i ett eller flera avseenden är skyldig att agera för någon annans skull, för att tillvarata någon annans intressen (alternativt att för någon annans skull underlåta att agera). När det gäller praktiken ingående och upprätthållande av en avtalsrelation finns en del exempel på lagstiftning som kan ses som en kodifiering av lojalitetsdygden, till exempel KöpL 70 § 1 st[617], vilken föreskriver att om en part begår ett avtalsbrott, så är medkontrahenten skyldig att agera för att minimera sin skada – inte för sin egen skull, eftersom medkontrahenten kan kompensera sig genom att kräva den avtalsbrytande parten på skadestånd, utan för den avtalsbrytande partens skull, så att dennes skadeståndsskyldighet minimeras.[618]

I stället för att i detta sammanhang gå in på frågan om även 36 § avtalslagen kan ses som en kodifiering av lojalitetsdygden[619], skall här noteras att den som besitter dygden lojalitet respekterar sina medmänniskor. Det bör anses vara ett tecken på att man respekterar sin nästa – ett tecken på att man *ser* vederbörande och vederbörandes behov – om man vidtar åtgärder som är i dennes intresse. Respekten för medmänniskorna och för människovärdet är ett återkommande tema i olika etiska åskådningar. Kant har från sina utgångspunkter framhållit att en enskild människa aldrig får betraktas enbart som ett verktyg som kan

---

[616] Även rättsliga förpliktelser har förvisso moralisk grund, i det att rättsordningens regler bygger på etiska utgångspunkter, varför även rättsliga förpliktelser kan kallas moraliska, men skall man skilja mellan kodifierade och okodifierade förpliktelser förefaller begreppsparet ”rättsliga och moraliska” förpliktelser fungera väl. Vill man vända på resonemanget, kan man säga att om man menar att moraliska förpliktelser bidrar till att ge 36 § avtalslagen ett innehåll, skulle man kunna hävda att de därmed blir rättsliga förpliktelser och att det därmed inte finns förpliktelser som ”bara” är moraliska. Så kan man självfallet välja att se saken, om man vill, men då försvinner också möjligheten att skilja mellan kodifierade och okodifierade förpliktelser.

[617] *”Den skadelidande parten skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Försummar han det, får han själv bära en motsvarande del av förlusten.”*

[618] Denna regel, som utgör en del av det köprättsliga ”kontrollansvarssystemet”, kommenteras av Runesson i a a, s 270 ff och kallas av honom begränsningsregeln. Han kritiserar (s 297 ff) kontrollansvarets utformning i vissa delar, eftersom han menar att avgörande för fördelningen av de kostnader, som uppstår till följd av ett avtalsbrott, bör vara vilken av parterna som är närmast att bära (den ekonomiska) risken för det inträffade. Vid en sådan ekonomisk analys blir det uppenbarligen inte relevant att diskutera om parterna har en skyldighet att vara lojala mot varandra eller inte, varför det rättsekonomiska synsättet (i vart fall vid en ytlig bedömning) inte förefaller helt harmoniera med de utgångspunkter som kan hävdas ligga till grund för gällande rätt.

[619] Den frågan behandlas i delavsnitt 5.7. Jfr även delavsnitt 4.8.

användas för att nå ett mål, utan alltid skall betraktas också som ett mål i sig.[620] Om man överser med det något poetiska språkbruket och anser att jag som avtalspart bör betrakta medkontrahenten inte bara som ett verktyg jag kan använda för att nå mitt mål med avtalet (t ex att tjäna så mycket pengar som möjligt), utan också som ett mål i sig, ligger rimligen däri att jag i viss utsträckning måste se till även medkontrahentens välbefinnande.[621]

Här kan också konstateras att om dygden lojalitet anses relevant på avtalsrelationernas område, innebär det att ett avtal (i vart fall i viss utsträckning) betraktas som ett ”samarbetsprojekt” mellan två eller flera aktörer, inte (enbart) som resultatet av ett ”fältslag” i ett ständigt pågående ”allas krig mot alla”.[622]

”Försiktighet är en dygd”, lyder ett gammalt talesätt. Själv skulle jag snarare välja ordet ***omsorgsfullhet*** (eller möjligen ansvarsfullhet) för att benämna dygden i fråga.[623] Det handlar i vilket fall som helst om att en person skall vara försiktig *för sin egen skull* eller visa omsorg om *sina egna intressen*. Grundtanken är att var och en har ansvar[624] för att sköta sina affärer med viss omsorg och eftertanke och att den som är vårdslös om sina egna intressen inte är lika skyddsvärd, när något som han varit vårdslös med går på tok, som den som lagt ner viss möda på att skydda sig mot negativa händelser och ändå råkar ut för något negativt.

Det är ganska enkelt att påvisa att omsorgsfullhet är bra för både den enskildes utveckling och för samhällets utveckling. Även om människor skall visa lojalitet mot varandra och i viss utsträckning även tillvarata medmänniskornas intressen, kommer den som aldrig visar omsorg om sina egna intressen förmodligen inte att leva ett så gott liv som han skulle kunna, om han ägnade sina intressen mer eftertanke. Den som alltid är vårdslös om sitt eget, löper stor risk att förslösa

---

[620] Kant formulerade en andra version av sitt kategoriska imperativ på följande sätt (om än på tyska): *”Act so that you treat humanity, whether in your own person or in that of another, always as an end and never as a means only”*. (Citerat i Rachels, a a, s 128.) Det är omstritt om denna formulering verkligen säger samma sak som den första versionen av det kategoriska imperativet (se avsnittet om pliktetik ovan). Det förefaller onekligen som om de båda satserna tar upp olika ämnen, även om båda bygger på en universaliserbarhetsteori. Se även Russel, a a, s 604, som påpekar att regeln kan ses som en abstrakt formulering av läran om de mänskliga rättigheterna.

[621] Rawls formulerar innebörden av respekt för medmänniskorna på följande sätt (a a, s 337): *”Mutual respect is shown in several ways: in our willingness to see the situation of others from their point of view, from the perspective of their conception of their good; and in our being prepared to give reasons for our actions whenever the interests of others are materially affected*”.

[622] Jfr Hultmark, Christina, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, Stockholm 1993, s 76.

[623] Svenska akademiens ordbok (www.svenskaakademien.se; senast granskad avseende detta uppslagsord 2004-04-06) ger två ”synonymgrupper” av ord för att definiera ordet försiktig, dels *”förutseende; förtänksam; besinningsfull, eftertänksam; klok, förståndig, omtänksam”*, dels (det de flesta nog spontant associerar med försiktig) *”som söker undvika eller förebygga fara, som låter sitt handlingssätt bestämmas av tanken på att icke (onödigtvis) inlåta sig på (göra, säga och så vidare) något som kan medföra svåra eller obehagliga följder; aktsam, varsam; som handskas varsamt eller far varligt fram (med något)”*. (Samtliga förkortade ord har skrivits ut i deras helhet.)

[624] Aristoteles framhåller att människan är ansvarig för sina handlingar, oavsett om de är goda eller onda.Se Nikomachiska etiken, s 80 ff.

såväl ekonomiska tillgångar som sin hälsa, sitt känslomässiga välbefinnande och sin tid, och det även om alla runt honom är lojala och inte utnyttjar hans vårdslöshet till sin egen favör.[625]

Eftersom samhällets välstånd skapas av dess medlemmar tillsammans, skulle rimligen också samhället som helhet bli mindre blomstrande (i ekonomisk mening), om alla vore vårdslösa eller slösaktiga med sitt eget. Härtill kommer att samhället för sin funktionsduglighet torde förutsätta att var och en försöker att ta ansvar för sitt och inte alltid lita på att någon annan (t ex rättsordningen) finns till hands för att rätta till det som blivit fel eller återställa det som gått förlorat.

En betydelsefull fråga kan dock ställas. Innebär kravet på omsorgsfullhet (förutseende, försiktighet etc) verkligen enbart att man skall vara omsorgsfull för sin egen skull, i sitt eget intresse? Bör man inte i detta krav också lägga in att man bör visa omsorg om avtalsrelationen i dess helhet, så att den goda avtalsrelationens ideal kan förverkligas så långt det är möjligt? Med andra ord: är omsorgsfullhet en social dygd eller inte?

Begreppet omsorgsfullhet inrymmer i sig ingen avgränsning till enbart de egna intressena. Utifrån ett konsekvensresonemang måste man nog i ett samhällsperspektiv, som ovan antyddes, hävda att både den enskilde och helheten gynnas av att beslut fattas efter noggranna undersökningar och eftertanke (så länge inte det besluten syftar till är att göra något ont, t ex att skada så många som möjligt genom ett terrordåd). På så vis kan kostsamma misstag undvikas.[626] Samtidigt kan man inte komma ifrån att noggrannhet etc leder tankarna till att den enskilde själv skall fatta ett så välövervägt beslut som möjligt. Att hävda att man skall vara omsorgsfull för att medkontrahenten skall kunna fatta ett välövervägt beslut förefaller vara att tänja begreppet omsorgsfullhet väl långt. Att agera för medkontrahentens skull ryms snarare inom dygden lojalitet, varför omsorgsfullheten nog bör reserveras för noggrannhet för sin egen skull.

Men om omsorgsfullhet inte är en social dygd, d v s en dygd som gäller relationen mellan människor[627], hur kan man då motivera att den skall anses vara en avtalsrelationens dygd? Svaret måste rimligen sökas i relationen mellan

---

[625] Jfr vad Aritstoteles säger om slösaktigheten (i anslutning till dygden frikostighet, som är medelvägen mellan slösaktighet och snikenhet): *”Slösaren har ju fått sitt namn av att han föröder sig själv, och man kan anse det som en form av självödeläggelse att förstöra sin egendom, då det är på den man lever.”* (Nikomachiska etiken, s 98). Han anför även följande, vilket får anses tyda på att han anser att var och en har ansvar för att förtjäna sitt eget uppehälle: *”Slösaktigheten går till överdrift i att ge och inte ta, och kommer alltså till korta i fråga om tagande…”* (Nikomachiska etiken, s 101 f).

[626] Någon skulle kanske hävda att det är så självklart att beslut skall vara väl underbyggda att det inte behöver nämnas. Själv menar jag att historien är så full av exempel på dåligt genomtänkta beslut att det knappast är en självklarhet. Sedan kan man ha olika mening om hur noggrann man måste vara för att ett beslut skall anses vara väl underbyggt, men det är en annan fråga.

[627] Jfr inledningen till delavsnitt 3.5.6.5.

omsorgsfullhet och pålitlighet.[628] Pålitlighet beskrevs ovan som en ”formaldygd” som måste fyllas med ett materiellt innehåll och då kan omsorgsfullheten vara en del av detta innehåll. Medkontrahenten har, skulle man kunna hävda, rätt att lita på att en avtalspart är omsorgsfull när parten fattar beslut om att ingå eller inte ingå ett visst avtal och på vilka villkor. Med ett vardagligt språkbruk skulle man kunna säga att medkontrahenten har rätt att utgå ifrån att avtalsparten är ansvarsfull och ”gör sin hemläxa”, genom att ta reda på så mycket fakta som möjligt om förutsättningarna omkring det eventuella avtalet.

I rättsordningen finns flera regler som ställer krav på medborgarna att vara omsorgsfulla i tillvaratagandet av sina egna intressen. Ett tydligt exempel är regler om undersökningsplikt, som för svensk avtalsrätts vidkommande framför allt förknippas med fastighetsköp (se JB 4 kap 19 §). Det krävs att man visar omsorg och noga undersöker den fastighet man tänker köpa. Om man gör en vårdslös undersökning och förbiser sådant som man borde ha upptäckt, får man inte rättsordningens hjälp att göra felpåföljder gällande. Huruvida även 36 § avtalslagen kan anses vila på dygden omsorgsfullhet återkommer framställningen till.[629]

Sammanfattningsvis kan, enligt min uppfattning, anföras goda skäl för att de fem här diskuterade dygderna – rättrådighet, ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet – samtliga bör anses kunna normera praktiken ingående och upprätthållande av en avtalsrelation. Deras anknytning till avtalsrelationens praktik har motiverats, samtidigt som genomgången av dygdeetisk litteratur har visat att det kan anföras goda argument för att var och en av dygderna har betydelse för såväl den enskildes som samhällets positiva utveckling.

Vidare har i korthet påvisats att det finns visst stöd för att hävda att 36 § avtalslagen (och några andra nämnda inslag i den positiva avtalsrätten) har sin värdegrund i en eller flera av sagda dygder, vilket innebär att även visst rättskällestöd för att dygderna skulle kunna vara relevanta för avtalsrätten har påvisats. Än så länge har rättskälleanknytningen gjorts mycket kortfattad – relationen mellan dygderna och den positiva avtalsrätten kommer att behandlas mer ingående i kapitel fem.

3.5.6.6 Dygder och principer

Ovan hävdades bland annat att dygderna ingår i samhällets okodifierade ”normativa ramverk”, men att det även finns ett antal exempel på att avtalsrättslig lagstiftning kan anses ha sin värdegrund i avtalsrelationens dygder, vilka därigenom i en mening kan sägas ha kodifierats (även om en sådan utsaga innebär att man tolkar begreppet ”kodifierats” i vid bemärkelse). Rättvisa,

[628] Se angående pålitlighetens dygd ovan i detta delavsnitt.
[629] Se delavsnitt 5.4. Jfr även delavsnitt 4.5.

ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet framhölls som för avtalsrelationen särskilt betydelsefulla dygder.

Ett problem med att använda ett begrepp som dygder inom den avtalsrättsliga diskussionen är dock att det finns en risk att det upplevs som främmande av många jurister. Det vore därför intressant att kunna påvisa att dygderna har ett nära ”släktskap” med någon för flertalet jurister mer välbekant företeelse. Dygder är ett slags tämligen allmänt formulerade normer för mänskligt handlande. Ett annat slags allmänt formulerade normer inom rättssystemet kallas som bekant principer. Principer är inom juridiken ett avsevärt mer etablerat begrepp än dygder är[630], varför det vore värdefullt att kunna påvisa att dygder och principer har många gemensamma egenskaper, och därigenom göra dygderna mindre främmande. Vilken är då relationen mellan principer och dygder?

Begreppet princip är, enligt Peczenik, vagt, men han menar att det i juridiska och etiska sammanhang ofta kan definieras som en norm som uppställer ett visst ideal, och det är i den betydelsen han använder detsamma.[631] Så kommer att ske även i denna avhandling. Principer som uppställer ideal kallar han närmare bestämt värdeprinciper[632], och han framhåller att ideal kan förverkligas i viss utsträckning, det vill säga mer eller mindre.[633] När det gäller regler, å andra sidan, finns endast två möjligheter: antingen följer man regeln eller också följer man den inte.[634] Antingen har man begått ett stöldbrott eller också har man inte stulit något. Man kan inte stjäla en sak i viss mån.[635]

---

[630] Det innebär dock inte att företeelsen principer är okontroversiell inom juridiken. Holm (a a, s 182 ff) noterar att hållningen gentemot allmänna rättsprinciper hittills har varit tämligen sval inom det svenska rättssystemet och pekar på att det även internationellt förs en diskussion mellan å ena sidan regelförespråkare (neoformalister) som kritiserar bruket av principer och å andra sidan principförespråkare (kontextualister).Invändningarna mot principerna synes, menar Holm, dels vara rättspositivistiskt grundade, dels bygga på en rädsla att avtalsfriheten skall inskränkas om rättstillämpningen får utrymme att skapa regler med utgångspunkt från principerna. Till förmån för principer anförs att rättstillämparen får möjlighet att göra skälighetsbedömningar i enskilda fall och att tillämpningen kan anpassas i takt med att värderingarna i samhället förändras. För egen del noterar jag att lagstiftaren genom införandet av 36 § avtalslagen har givit rättstillämpningen en värdeöppen norm av principliknande karaktär och att det därmed knappast kan vara i strid med paragrafens ändamål att ta hjälp av andra principer för det närmare bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet.

[631] Peczenik, a a, s 447. Peczenik beskriver också principer som grundsatser eller ”riktlinjer” (hans citationstecken) i a a, s 446. Jfr även Holm, a a, s 183 f. Han betonar där att beträffande principer är värderingsmomentet typiskt sett en ofrånkomlig del av tillämpningen.

[632] Ett värde är ett ideal, ett kännetecken på det etiskt goda (Peczenik, a a, s 451).

[633] Peczenik, a a, s 447.

[634] Jfr ang regler Holm, a a, s 183.

[635] Peczenik, a a, s 450. Däremot kan gränsen för en regels tillämpning vara vag. För att fullfölja stöldexemplet kan gränsen för stöldparagrafens tillämpning sägas vara vag, om det finns en gråzon mellan vad som är olovligt tagande och lovligt tagande eller om det är svårt att definiera vad som menas med tillägnelseuppsåt. Det innebär dock fortfarande inte att man kan stjäla något i viss utsträckning. Konstaterar man olovligt tagande av annans egendom samt tillägnelseuppsåt är det stöld, även om konstaterandet kan vara problematiskt.

Peczenik illustrerar sina ståndpunkter med ett betydande antal exempel på rättsliga principer. Han nämner *principer om offentlig maktutövning och individens rättigheter gentemot staten* (rättssäkerhetsprincipen, principen om likhet inför lagen, principen om fri åsiktsbildning etc), *privaträttsliga principer* (principen om privat äganderätt, rangordningsprincipen i sakrätten, principen om partsautonomi i avtalsrätten, principen om avtalsfrihet, principen pacta sunt servanda, principen om skydd för god tro i avtalsrätten, principer som bestämmer när ett avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende som oskäligt etc), *processrättsliga principer* (principerna om muntlighet, koncentration, att båda parter skall höras etc), *straffrättsliga principer* (legalitetsprincipen, analogiförbudet etc), *skatterättsliga principer* (in dubio contra fiscum etc) samt *olika rättskälle-, lagtolknings- och rättsfallstolkningsprinciper* (lagen bör tolkas i ljuset av prejudikat och förarbeten och med hänsyn till sitt ändamål, betungande regler får inte tolkas extensivt etc).[636] Man kan även konstatera att samtliga dessa principer kan betecknas som normativa etiska satser.

Principer bör – i sin egenskap av etiska satser – anses vara av prima facie-karaktär. De bestämmer inte slutgiltigt att en viss handling skall utföras eller inte utföras, utan är etiska argument vid bedömningen av om handlingen skall utföras eller inte. *”Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl.”*[637] Två eller flera principer kan kollidera med varandra, och då kan man tvingas att till exempel följa endast en av dem eller att förverkliga alla i någon utsträckning, men inte fullt ut. Till exempel kan principen att avtal skall hållas kollidera med principer om när avtal skall jämkas.

Principerna formuleras ofta på ett sätt som ger dem pliktetisk karaktär, till exempel ”avtal skall hållas”, ”lika fall skall behandlas lika inför lagen”, ”strafflag får inte tillämpas analogt”, ”oklar skattelag skall tolkas till statens nackdel” och ”betungande regler får inte tolkas extensivt”. På samma sätt som det är fullt möjligt att formulera regler på dygdeetisk grund, kan man emellertid mycket väl ställa upp principer med en dygdeetik som utgångspunkt. Hursthouse diskuterar ett arbete om medicinsk etik, där författarna visserligen accepterar dygdeetiken och anger ett antal dygder som relevanta för den medicinska professionen, men samtidigt menar att dygdeetiken inte är tillräckligt ”kodifieringsbar”, inte kan användas som grund för tillräckligt konkreta regler och principer, varför de kompletterar sin framställning med ett antal principer, som sannolikt avsetts stå på pliktetisk grund. Hursthouse framhåller angående dygdeetiken: *”It does not need to be supplemented by such principles; it embodies them already – and many more besides”*.[638] Hon illustrerar det med exempel från arbetet om medicinsk etik och vad man kan säga är att de där angivna principerna är väl så vaga som motsvarande dygder, varför det är tämligen uppenbart att hon har rätt i att dessa principer ryms inom ramen för

[636] Peczenik, a a, s 448 f.
[637] Peczenik, Vad är rätt?, s 450. Jfr även Peczenik, a a, s 140 och diskussionen om avvägningar ovan i detta kapitel.
[638] Hursthouse, a a, s 41.

dygderna.[639] Hur förhåller det sig då med de mer konkreta, rättsliga principer som nämns ovan i detta stycke? Även dessa torde, enligt min mening, kunna sägas ingå i (”be embodied in”) olika dygder. Att en princip ”ingår i” en dygd innebär att om någon agerar i enlighet med vad principen föreskriver, så är det ett yttre tecken på att han besitter det karaktärsdrag som dygden utgör. ”Avtal skall hållas” kan mycket väl anses ingå i (härledas ur, om man föredrar det uttryckssättet) dygden pålitlighet och den som håller vad han lovar benämner vi pålitlig. Likhetsprincipen kan härledas ur dygden rättrådighet (rättvisa), närmare bestämt ”underdygden” objektivitet, och den som behandlar lika fall lika kan kallas rättrådig.

När vi ovan definierar en värdeprincip som en norm som uppställer ett ideal, kan det vara värt att minnas följande citat från avsnittet om dygdeetik: *”En dygd kan karaktäriseras som en förvärvad karaktärsegenskap, men den är samtidigt uttryck för ett ideal som är rådande i ett visst socialt sammanhang”*[640]. En princip är alltså en norm som uppställer ett ideal, medan en dygd är uttryck för ett ideal. Ett ideal är en inre bild av det i sin art fullkomliga, vare sig det gäller person, sak, förhållande eller sätt att handla; ofta särskilt om något som ter sig såsom en mönsterbild att i möjligaste mån förverkliga eller i sitt handlande närma sig.[641] I det här sammanhanget skulle alltså ett ideal närmast vara en mönsterbild av ett sätt att handla. Principen ”avtal skall hållas” ställer upp en mönsterbild för handlande, nämligen att människor håller sina avtal. Dygden pålitlighet kan sägas vara uttryck för samma mönsterbild, eftersom människor som håller sina avtal tycks besitta karaktärsegenskapen pålitlighet.[642] Principer och dygder är således nära besläktade. Mot bakgrund av detta är det möjligen inte helt träffande att, som Hursthouse, säga att principer ”ingår i” dygder, eftersom det kan förmedla bilden av att principerna är underordnade dygderna, vilket möjligen kan anses vara fallet, men säkert är det inte, och för denna avhandlings vidkommande behöver den frågan inte utredas närmare. Snarare bör man kanske beskriva dygder och principer som två parallella företeelser, vilka kan bygga på samma grundläggande värden och således kan uppfattas som två olika sätt att återge samma sak.

---

[639] *”**Principles***
Respect for autonomy
Nonmaleficence
Beneficence
Justice

Corresponding Virtues
Respectfulness
Nonmalevolence
Benevolence
Justice or fairness”

(Se Hursthouse, a a, s 41.)

[640] Dygder som drivkraft, s 24.

[641] Svenska akademiens ordbok på internet, www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad avseende detta ord 2004-02-11.

[642] Man skulle kunna säga att de dygder, som är relevanta i föreliggande arbete, är dygder som anger vilka karaktärsegenskaper vi människor bör besitta och visa prov på, när vi ingår avtal med varandra och fullföljer en avtalsrelation – således det goda avtalets dygder. När vi stämplar ett avtal som oskäligt, säger vi därmed att avtalet avviker från normen för hur ett gott avtal skall vara, det avviker från det goda avtalets ideal.

Ambitionen med föreliggande avhandling är, som tidigare framhållits, främst att söka närmare bestämma innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Ett led det i arbetet har varit att identifera några dygder, som kan fungera som kompletterande normer vid bestämmandet av denna innebörd: rättrådighet (rättvisa), ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet.

Enligt min uppfattning kan man för var och en av de fem utvalda dygderna identifiera en eller flera för juristen välkända, avtalsrättsliga principer, som kan sägas ”ingå i” (enligt definitionen ovan) – eller bygga på samma värdegrund som (om man föredrar det uttryckssättet) – respektive dygd.[643] Följande kapitel (kapitel fyra) behandlar relationen mellan avtalsrelationens dygder och avtalsrättsliga principer. Där presenteras (i vissa fall tämligen utförligt) ett antal för avhandlingen relevanta avtalsrättsliga principer samt vilken eller vilka dygder de kan anses ”dela värdegrund” med. Därefter diskuteras vilken värdegrund respektive princip vilar på samt om denna värdegrund överensstämmer med värdegrunden för den eller de av avtalsrelationens dygder som principen kan anses ”dela värdegrund” med.[644]

Redan när de fem dygderna först diskuterades, påvisades i korthet att det finns vissa argument för att hävda att dessa dygder i sin tur utgör värdegrunden för 36 § avtalslagen. Om de avtalsrättsliga principerna kan sägas ha samma värdegrund som dygderna, förefaller det möjligt att tänka sig att också principerna ingår i värdegrunden för generalklausulen och därmed kan användas som kompletterande normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet. I kapitel fem kommer diskussionen om eventuellt rättskällestöd för att dygderna och principerna utgör värdegrunden för generalklausulen att utvecklas.[645]

Oavsett hur starkt rättskällestöd, som kan påträffas, är dygde- och principperspektivet på 36 § avtalslagen dock inte självklart. Jag har emellertid inte ambitionen att plädera för det *enda* sätt, på vilket man kan närma sig paragrafen i fråga, utan endast att diskutera *ett* tänkbart sätt att förhålla sig till

---

[643] Självfallet är de slutsatser som dras när det gäller att en viss princip och så småningom en viss regel kan anses ”ingå i” eller bygga på samma värdegrund som en viss dygd inte självklara, utan de utgör tolkningar av det föreliggande materialet.

[644] De utvalda principerna, inte dygderna, kommer att utgöra indelningsgrund för kapitel fyra. Det har bedömts vara pedagogiskt oklokt att strukturera framställningen utifrån dygderna, även om det också finns en pedagogisk poäng med att använda dygdebegreppet. Den sistnämnda poängen är att dygderna – karaktärsdragen – sätter fokus på enskilda människor och deras handlingar, vilket gör att dygderesonemang kan upplevas som mer konkreta och därmed lättare att förhålla sig till, jämfört med mer abstrakta resonemang om principer. Vare sig i lagstiftning, praxis eller doktrin hittar man emellertid särskilt många – om ens några – uttryckliga hänvisningar till dygder som rätten syftar till att kodifiera och dygderna är därför sannolikt en olämplig indelningsgrund för kapitlet.

[645] Vill man formulera saken i positiva termer, skulle man kunna säga att de dygder, som är relevanta i föreliggande arbete, är dygder som anger vilka karaktärsegenskaper vi människor bör besitta och visa prov på, när vi ingår avtal med varandra och fullföljer en avtalsrelation – således det goda avtalets dygder. När vi stämplar ett avtal som oskäligt, säger vi därmed att avtalet avviker från normen för hur ett gott avtal skall vara, det avviker från det goda avtalets ideal.

paragrafen på. Förhoppningsvis kan jag dock anföra hållbara argument för att detta sätt är fruktbart.

KAPITEL 4

AVTALSRÄTTENS DYGDER OCH PRINCIPER

4.1 Vilka principer hör ihop med dygderna?

I föregående kapitel identifierades och diskuterades fem dygder, som bedömdes vara särskilt betydelsefulla för den samhälleliga praktiken avtals ingående och upprätthållande: rättrådighet (rättvisa), ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet. I kapitlets avslutade avsnitt behandlades frågan om relationen mellan dygder och principer, varvid konstaterades att dygder och principer skulle kunna ses som två parallella företeelser, vilka kan bygga på samma grundläggande värden och i sådana fall är två olika sätt att återge samma sak.

Som jag i sagda kapitel framhöll, anser jag att man för var och en av de fem utvalda dygderna kan identifiera en eller flera för juristen välkända, avtalsrättsliga principer, som kan sägas bygga på samma värdegrund som respektive dygd. Med tanke på att man i lagstiftning, rättstillämpning och doktrin sällan eller aldrig diskuterar i termer av dygder, kommer sökandet efter spår av dygderna i stor utsträckning att ske indirekt, i form av sökande efter spår av principerna.

Det första steget blir då att diskutera vilka dygder och principer som kan sägas bygga på samma värdegrund. Enligt min uppfattning finns det fog för att göra följande uppställning.

Avtalsrättslig dygd	**Ev korresponderande avtalsrättslig/a princip/er**
Rättrådighet (rättvisa)	Ekvivalensprincipen; principen att avtal inte får strida mot lag och goda seder; (likhetsprincipen)
Ärlighet	Lojalitetsprincipen; viljeprincipen
Pålitlighet	Tillitsprincipen; förutsebarhetsprincipen
Lojalitet	Lojalitetsprincipen; viljeprincipen
Omsorgsfullhet	Vigilansprincipen/caveat emptor-principen

Denna uppställning ger upphov till i vart fall två frågor. Hur har urvalet av principer gjorts? Hur motiveras länkningen mellan dygderna och principerna?

För att börja med den första frågan, kan man säga att urvalet har gjorts på samma grund som urvalet av dygder ovan.[646] För att beaktas i avhandlingen, måste principerna ha någonting normativt att säga om avtalsrelationens praktik. Vill man formulera saken i positiva termer, skulle man kunna säga att de principer, som är relevanta i föreliggande arbete, är principer som anger hur vi människor bör agera när vi ingår avtal med varandra och hur ett avtal till sitt innehåll bör vara beskaffat; principer för den goda avtalsrelationen, helt enkelt.[647] Urvalet kan således sägas ha ett deduktivt inslag, på det sättet att ett överordnat urvalskriterium har formulerats, för att bestämma vilka principer som alls kan vara relevanta för avhandlingen. Urvalet har dock också, på samma sätt som sökandet efter dygder i dygdeetisk litteratur, haft induktiva inslag: författaren har inte på ”fri hand” formulerat principer, utan har inventerat rättsligt material i sitt sökande efter principer som kan ligga till grund för normeringen av avtalsrelationen. Målsättningen härvidlag har inledningsvis varit att finna principer som omtalas explicit som just principer, inte att utifrån tolkning av lagbestämmelser, rättsfall m m induktivt komma fram till att rättskällorna sammantaget måste anses ge uttryck för en princip.[648] (Den induktiva kontrollen av principernas rättskälleförankring företas i kapitel fem.) Ambitionen har också varit att identifiera så många relevanta principer som möjligt. Det är viktigt att framhålla betydelsen av ett samspel mellan deduktion och induktion.[649]

Det är säkert inte så att en fullständig kartläggning har kunnat genomföras, och man kan i alla händelser aldrig bevisa att kartläggningen är fullständig. Rättssystemet tolkas på olika sätt av olika betraktare. Den som aktivt vill bevisa att han gjort en fullständig kartläggning av alla principer inom ett visst rättsområde, måste således gå igenom och redogöra för innehållet i ett stort material, och han löper ständigt risken att någon kan peka på någon princip författaren trots allt förbisett.

När ett urval har gjorts, är det vanligen väsentligt att få veta inte enbart vad som har valts och varför, utan även vad som inte har valts och på vilka grunder bortvalet har skett. I detta kapitel kommer dock inte att presenteras några principer som har valts bort. Skälet till det är att alla påträffade principer, som har bedömts ha koppling till frågan om vad som är en god avtalsrelation, behandlas i det följande, och att de avtalsrättsliga principer, som inte finns med, ligger så långt ifrån avhandlingsämnet att deras frånvaro har bedömts inte behöva motiveras. Detta utesluter, som nämnts, inte att det kan finnas ytterligare

---

[646] Se delavsnitt 3.5.6.5.
[647] Jfr ändamålsdiskussionen i delavsnitt 3.5.3.
[648] Jfr Hellner, Metodproblem, s 72. Jfr även Holm, a a, s 200 f.
[649] Håkan Andersson betonar den induktivt-deduktiva procedur det innebär att *”…nå en koppling mellan de disparata faktaförhållandena i varats reala värld och de övergripande föreställningarna i det juridiska börats värld…”*, a a, s 211.

principer, vilka därmed har förbisetts, men någon medveten bortsortering av vissa ”gränsfall” har inte ägt rum.[650] [651]

För att kunna motivera den gjorda kopplingen mellan respektive dygd och respektive princip (inklusive att ta ställning till om principerna är lämpliga att använda för normeringen av den goda avtalsrelationen, d v s om de har något att säga om vad den goda avtalsrelationen bör vara och om det de har att säga är bra, d v s stöds av goda argument[652]) och för att kunna använda principerna som normer för bestämmandet av innebörden av oskälighetskrekvisitet i 36 § avtalslagen, krävs en närmare definition av de olika principerna och en undersökning av på vilken värdegrund de vilar. I följande avsnitt kommer därför principerna att definieras och argument ur svensk, norsk, dansk, tysk och engelsk doktrin samt ur rättshistorien, vilka anförs för respektive emot att principerna bör upprätthållas, återges och analyseras.[653] Därefter diskuteras relationen mellan principerna och avtalsrelationens dygder, med fokus på i vilken utsträckning de principer och dygder, som ovan sammankopplas, har en gemensam värdegrund. I samband med det diskuteras även om principerna har något att säga om hur den goda avtalsrelationen bör vara samt argumenten för respektive emot att principerna bör upprätthållas, med syfte att pröva om det principerna eventuellt har att säga om hur den goda avtalsrelationen bör vara stöds av goda argument. Ambitionen med detta kapitel är således att fördjupa förståelsen av för denna avhandling relevanta avtalsrättsliga principer och principernas relation till avtalsrelationens dygder.

Eftersom diskussionen gäller vilka argument som kan anföras för respektive emot att principerna i kraft av sitt innehåll bör upprätthållas, inte om det finns rättskällestöd för att hävda att principerna är en del av svensk rätt, har det, menar jag, ingen betydelse om argumenten hämtas ur svensk doktrin eller doktrinen

---

[650] Det är självfallet möjligt att någon läsare uppmärksammar en princip, som inte behandlas i denna avhandling, men som enligt läsarens uppfattning eventuellt skulle kunna vara relevant, och funderar över om författaren har ansett principen uppenbarligen irrelevant eller om den förbisetts. Dessvärre kommer denna avhandling inte att ge läsaren svar på den frågan. Förhoppningsvis kommer en sådan situation inte att inträffa. Det är dock viktigt att framhålla att även om så skulle ske, innebär det inte att diskussionen om de olika principerna i detta kapitel skulle förlora i betydelse, utan endast att ett ytterligare etiskt prima facie-skäl för eller emot tillämpning av 36 § avtalslagen har formulerats (av den uppmärksamme läsaren).

[651] Det kan vara värt att också notera att samma sak kan sägas på olika sätt, och att således samma princip kan kläs i olika språkdräkt, liksom att vissa principer kan ses som preciseringar av mer generella principer. Innan den uppmärksamme läsaren anser sig sakna en viktig princip, bör han överväga om principen i fråga kan anses ingå som en del i en annan princip, eller om den saknade principens sakinnehåll överensstämmer med innehållet i en behandlad princip. Jfr Kellgren, a a, s 43, not 95, som i anslutning till sin diskussion om målen för rättstillämpningen nämner att hans egen uppräkning av mål inte är den enda tänkbara, utan att bland andra Peczenik och Aarnio har gjort *”(k)valitativt likartade”* målinventeringar.

[652] Om principerna befinns ha samma eller liknande värdegrund som dygderna, ligger i det också att de har något att säga om vad den goda avtalsrelationen bör innebära och att det de har att säga är bra.

[653] Det bör även uppfattas som intressant i sig att lyfta fram och pröva vilka argument som förs fram och har förts fram för respektive mot principerna, för att fördjupa förståelsen av avtalsrättens värdegrunder.

från något av de andra nämnda länderna. Det är argumentens tyngd i sak som är relevant. I kapitel fem kommer däremot en efterforskning efter återspeglingar av dygderna och principerna i förarbeten, rättspraxis m m angående 36 § avtalslagen att företagas. Kan man finna sådant rättskällestöd för påståendet att dygderna och principerna bör kunna användas som normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen?[654]

4.2 Förutsebarhetsprincipen, likhetsprincipen och andra principer bakom rättstillämpningen i allmänhet

4.2.1 Inledning

Flertalet av de principer som ovan relateras till dygderna är principer som primärt har anknytning till avtalsrätten. Det finns emellertid, för fullständighetens skull, anledning att fundera över om ytterligare en kategori av principer normerar avtalsrelationen på ett sådant sätt att de bör beaktas i detta sammanhang, nämligen de principer som bär upp rättstillämpningen i dess helhet. Till denna kategori hör de ovan nämnda förutsebarhetsprincipen och likhetsprincipen. Att dessa principer i och för sig gäller även avtalsrättens område är uppenbart, varför frågan närmare bestämt blir om förutsebarhetsprincipen och andra principer bakom rättstillämpningen i allmänhet är så konkreta, så operationaliserbara, att de generellt bör tas i beaktande vid bedömningen av enskilda avtalsrättsliga fall. Redan här kan sägas att de enda av dessa principer, som har bedömts ha sådan karaktär, är förutsebarhetsprincipen och likhetsprincipen, varför endast de har tagits med i uppställningen av dygder och principer ovan. Likhetsprincipen har dock satts inom parentes, eftersom dess ”roll” är begränsad. För att läsaren skall känna sig övertygad om att detta är en rimlig bedömning av rättstillämpningens principers betydelse, kommer detta ställningstagande att motiveras nedan, och relationen mellan de ifrågavarande principerna och avtalsrelationens dygder kommer att belysas.

Vilka är då principerna bakom rättstillämpningen?

En lista görs av Kellgren, som i och för sig inte använder benämningen principer, utan istället talar om ”målen för rättstillämpningen”.[655] Om en värdeprincip är en norm som uppställer ett ideal (jfr ovan), vilket kan uppnås i större eller mindre grad, kan man konstatera att ett mål uppenbarligen kan uppnås i större eller mindre grad, och att ett ideal är ett slags önskat slutresultat, det vill säga ett mål. Alltså kan uppnåendet av de kellgrenska målen ses som resultatet av tillämpningen av en princip, på samma sätt som förverkligandet av Peczeniks

[654] Det handlar således inte om att säga att rättsreglerna *skapar* dygderna och/eller principerna och att detta skapande kan konstateras genom en induktiv undersökning, utan om att, genom en induktiv undersökning, studera hur dygderna och principerna har *omsatts* i rättsregler.
[655] Kellgren, a a, s 42 ff.

ideal.[656] Även andra författare har behandlat frågan om rättstillämpningens mål, rättssystemets principer etc[657], men i det följande kommer den kellgrenska strukturen att användas, eftersom den är tämligen konkret, detaljerad och utförligt motiverad och eftersom det nog är som han säger – det är svårt att tänka sig markant avvikande mål för rättstillämpningen. Föreliggande delavsnitt om rättstillämpningens principer har gjorts relativt begränsat vad gäller både omfång och litteraturhänvisningar, med tanke på att syftet med delavsnittet inskränker sig till att motivera varför principerna med ett undantag inte har bedömts påverka tillämpningen av 36 § avtalslagen i enskilda fall och denna motivering knappast kan vara särskilt kontroversiell.

De mål/ideal för rättstillämpningen som Kellgren identifierar är följande (han arbetar med skatterättsliga frågor, varför exemplen är skatterättsliga):
• Lojalitet *(”…i korthet avses med begreppet lojalitet att domstolarna normalt följer lagtexten och i viss utsträckning även lagstiftarviljan, som den kommer till uttryck i förarbetena”*).[658]
• Regelnärhet *(”I det följande använder jag begreppet regelnärhet … för att beteckna att domstolarnas beslut är förenliga med, ett resultat av och verkar vara ett resultat av materiella och metodologiska regler”*).[659]
• Förutsebarhet *(”Förutsebarhet i beskattningen innebär att det är möjligt för skattskyldiga att förutse skattekonsekvenserna av planerat eller genomfört handlande”*).[660]
• Likabehandling *(”Formell likabehandling innebär att skattelagar tillämpas så att juridiskt lika fall beskattas enligt samma principer. /…/ Att ekonomiskt jämbördiga alternativ beskattas enligt samma principer kallas i stället materiell likabehandling”*).[661]
• Materiell lämplighet *(”Vägledning bör sökas i ett antal ledande riktmärken.”* Han nämner här centrala rättsliga principer, andra samhällsekonomiska målsättningar, det allmänna rättsmedvetandet och systemkoherens.)[662]
• Domskälsoptimering *(”Det är viktigt för rättsordningens legitimitet och effektivitet att domstolarnas avgöranden inte bara är rimliga och fattade på goda skäl, utan även att avgörandena är väl motiverade”*).[663]

---

[656] En skillnad mellan mål och ideal är att ideal är ett begrepp med positiv värdeladdning, medan mål får betraktas som ett mer neutralt begrepp. I Kellgrens tappning är dock målen uppenbart positiva, varför den skillnaden bedöms sakna betydelse i detta sammanhang.
[657] Kellgren hänvisar, förutom till Peczenik, till bland andra Aarnio och Eckhoff. Kellgren, a a, s 43, not 95.
[658] Kellgren, a a, s 44.
[659] Kellgren, a a, s 48.
[660] Kellgren, a a, s 58.
[661] Kellgren, a a, s 67 f.
[662] Kellgren, a a, s 72 ff.
[663] Kellgren, a a, s 76. Att domstolarnas avgöranden bör vara väl motiverade är lätt att instämma i. Målet med föreliggande avhandling kan sägas vara att bidra till domskälsoptimering, genom att medverka till att domar, där 36 § avtalslagen behandlas, blir väl motiverade. Att man ställer upp en norm som säger att man bör sträva efter ett optimalt resultat säger dock ingenting om vad som är optimalt, varför principen om domskälsoptimering inte kommer att behandlas vidare i denna avhandling.

• Hanteringsekonomi *(”…det är god hanteringsekonomi att avgöra målen snabbt och effektivt”*, men *”(o)m RR lägger ned extra tid och tanke på ett avgörande, kan det bli en statsfinansiellt god affär om avgörandet sedan ger god ledning för framtida avgöranden…”*).[664]

Kellgren gör dock inte anspråk på att uttömmande en gång för alla ha definierat rättstillämpningens mål, *”…eftersom samhället och värderingarna ständigt förändras”*. Han menar emellertid samtidigt att det är *”…svårt att tänka sig andra centrala mål för rättstillämpningen som skulle avvika markant från de mål jag ställt upp”*.[665] Kellgren rangordnar inte de mål han identifierar, och lyfter inte fram någon övergripande målsättning för rättstillämpningen. Det gör å andra sidan Peczenik, som menar att den materiella rättssäkerheten är juridikens övergripande mål.[666] Med materiell rättssäkerhet menar han att beslut som innebär rättsskipning är *”…rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden”*.[667]

4.2.2 Lojalitet

När Kellgren talar om lojalitet, rör han sig inte på samma värdegrund som jag gör, när jag i föregående kapitel diskuterar lojalitet som en avtalsrättslig dygd. I stället gäller det kellgrenska lojalitetsbegreppet samma sak som Frändberg anger som en ”underdygd” till dygden rättrådighet[668], nämligen *lojalitet med lagen*. Kellgren anför ett antal argument för att motivera att domstolarna lojalt skall följa lagtext och uttalanden i förarbetena. Han pekar bland annat på att detta är nödvändigt – i synnerhet beträffande lagtext – för rättsordningens stabilitet, att det är viktigt för att uppnå andra mål som förutsebarhet och likformighet och att det har ett demokratiskt värde.[669] Frändberg, å sin sida, menar att lojalitet med lagen är ett uttryck för en mer allmän social dygd, nämligen pålitlighet. För att rättsordningen skall vara effektiv, måste medborgarna kunna lita på att lagarna upprätthålls. Förutsebarhet får anses vara en följd av pålitlighet, varför Frändbergs och Kellgrens resonemang liknar varandra.

Det ligger nära till hands att hålla med Kellgren, när han säger att lagar som huvudregel bör följas, oavsett deras innehåll, men i fallet med 36 § avtalslagen

---

[664] Kellgren, a a, s 83 f. Principen om god hanteringsekonomi i rättstillämpningen handlar således, enkelt uttryckt, om kvaliteten på domar i förhållande till tiden det tar att författa dem. Förhoppningsvis kan rättsvetenskapen bidra till god hanteringsekonomi, genom att underlätta för domarkåren att författa bra domar, men principen kan inte ge vägledning för hur 36 § avtalslagen bör tillämpas.
[665] Kellgren, a a, s 43.
[666] Peczenik, a a, s 99. Han talar ömsom om ”juridikens” övergripande mål, ömsom om den ”juridiska metodens” övergripande mål. Kellgren säger att Peczenik talar om ”rättstillämpningens” övergripande mål, men Peczenik använder inte själv i detta sammanhang begreppet ”rättstillämpning”. Den ”juridiska metoden” har uppenbarligen att göra med rättstillämpningen, medan ”juridiken” snarast kan sägas referera till rättsordningen i dess helhet.
[667] Peczenik, a a, s 99.
[668] Se delavsnitt 3.5.6.5 ovan.
[669] Kellgren, a a, s 44.

består problemet just i att lagtextens innehåll är vagt. Normen att man lojalt skall iakttaga vad som står i lag är inte särskilt operationaliserbar, när man kommer till generalklausuler, oavsett om man benämner normen en dygd eller en princip, vilket även konstaterades i anslutning till dygderesonemanget. Det finns dock en aspekt på tillämpningen av 36 § avtalslagen, till vilken lojalitetsprincipen i den nu aktuella versionen kan tillföra något. Det handlar inte om att domstolarna skall följa lagen, utan om att avtalsparterna skall göra det. Om parterna ingår ett avtal som strider mot lag eller utgör ett försök att kringgå lag, talar principen om lojalitet med lagen mot att rättsordningen skall upprätthålla avtalet i fråga. Däremot säger principen nog ingenting om hur man bör betrakta avtal, som strider mot goda seder.[670] Kellgrens lojalitetsprincip omfattar uttryckligen enbart lagar, medan hänsynen till oskrivna principer och andra oskrivna normer tycks ligga närmast till hands att väga in under rubriken materiell lämplighet.[671] Eftersom jag i det följande diskuterar den avtalsrättsliga principen att avtal som strider mot lag och goda seder inte bör upprätthållas, kommer den mer allmänna principen om lojalitet med lagen inte att behandlas vidare i detta arbete.

Man kan notera att flera av principerna bakom rättstillämpningen, i likhet med den här behandlade lojalitetsprincipen, har nära koppling till dygden rättrådighet (se vidare nedan). Det är knappast en slump. Att den som strävar mot rättstillämpningens viktigaste ideal kan beskrivas som rättrådig förefaller vara i hög grad rimligt.

4.2.3 Regelnärhet

Begreppet regelnärhet överlappar delvis lojalitetsbegreppet, på så sätt att om ett domstolsbeslut är förenligt med och ett resultat av tillämpningen av materiella rättsregler (jfr Kellgrens definition av regelnärhet ovan), så ligger det nära till hands att anse att domstolen lojalt har följt lagar och andra rättskällor. Den dimension Kellgren vill tillföra med begreppet regelnärhet berör de metodologiska reglerna. Hans poäng är att den juridiska argumentationen bör följa regler och principer rörande det sätt, på vilket sådan argumentation skall genomföras. Det bör finnas normer för hur man skall arbeta sig igenom ett material, för att komma fram till ett slutgiltigt rättsligt ställningstagande på basis av materialet, och när man har gjort sitt ställningstagande skall man kunna berätta hur man gått till väga för att göra det. Motsatsen skulle vara att domstolar (och andra aktörer inom rättssystemet) godtyckligt skulle välja mellan olika tänkbara tolkningsargument.[672]

---

[670] Jfr delavsnitten 3.5.6.5 och 4.7.5.

[671] Se delavsnitt 4.2.6.

[672] Kellgren, a a, s 48. I a a, s 49, säger han att valet mellan tolkningsalternativ inte bör förefalla slumpartat. Det kan vara värt att påpeka att det finns en principiell skillnad mellan ett godtyckligt och ett slumpmässigt fattat beslut. Ett godtyckligt ställningstagande baseras på skäl, men inte sådana skäl som normalt godtas i en rationell argumentation, utan skäl som beslutsfattarens sinnesstämning, önskan att göra en maktdemonstration etc. Beslutet kan bli vilket som helst, men det är inte omöjligt att i efterhand förstå varför det blev som det blev. (”Godtycke” ges synonymen ”egenmäktighet” i Svenska Akademiens ordlista, 11 uppl, Stockholm 1986.) Ett beslut fattat på slumpmässigt vis kan

Han anför ett antal argument till stöd för sin ståndpunkt, bland annat att det torde vara lättare för allmänheten att acceptera beslut som förefaller vara resultatet av tillämpningen av metodologiska (och materiella) regler än godtyckliga beslut, att en debatt om tolkningsmetoderna underlättas om metoderna är tydliga, samt att regelnärhet främjar förutsebarhet, likformighet och möjligheterna att kontrollera domstolarna.[673]

Vid sidan av dessa konsekvensetiskt färgade argument bör man, menar jag, även peka på att medborgarna i ett öppet och demokratiskt samhälle som det svenska bör anses ha *rätt* att få veta varför ett visst beslut erhöll det innehåll det erhöll, helt enkelt därför att det är en del av respekten för den enskilde individen att domstolar och förvaltningsmyndigheter skall kunna anföra skäl för sina ställningstaganden gentemot den enskilde. För att vara fullständig bör motiveringen inte endast innehålla en hänvisning till de materiella regler som tillämpats, utan även med vilken metod beslutsfattaren bearbetat de materiella reglerna och principerna för att komma fram till beslutet i fråga. (I vart fall bör beslutsfattaren på begäran kunna ge en sådan redogörelse.) För att fortsätta jämförelsen med Frändbergs ”underdygder” till rättrådigheten, förefaller dygden att ta ställning utifrån relevant kunskap ligga tämligen nära principen om regelnärhet.[674] Om man bygger ett ställningstagande på osanningar eller bortser från viktiga fakta, när man tar ställning, kan man inte göra en välmotiverad avvägning mellan olika argument och omständigheter och man kan inte bedöma om beslutet är rimligt eller inte. Att man bör ta ställning utifrån relevant kunskap kan därför uppfattas som inte enbart en dygd, utan också som en metodologisk regel för beslutsfattande – en regel som förser principen om regelnärhet med ett innehåll. Det räcker inte att man använder en metod vilken som helst vid rättsligt beslutsfattande – det måste också vara en bra metod, och det innebär bland annat att den måste innehålla regeln att beslut skall bygga på relevant kunskap.

Kan principen om regelnärhet påverka tillämpningen av 36 § avtalslagen i enskilda fall?

En betydande del av denna avhandling utgörs av en diskussion om såväl materiella som metodologiska principer rörande hur generalklausulen skall tillämpas. Därmed kan man i ett hänseende säga att avhandlingen genomsyras av den princip om regelnärhet, som Kellgren formulerat.[675] Frågan är dock om

---

också bli vilket som helst, men är inte resultatet av några som helst överväganden från beslutsfattarens sida. Typexemplet är att beslutsfattaren drar lott för att avgöra vilket av två tänkbara beslut han skall fatta. Huruvida godtyckliga eller slumpmässiga beslut är värst kan diskuteras. Ingen av de båda beslutsmodellerna förefaller eftersträvansvärd.

[673] Kellgren, a a, s 48.

[674] Se delavsnitt 3.5.6.5 ovan.

[675] Dock bör man påminna om skillnaden mellan regler och principer, vilken diskuterades ovan. Kellgren talar själv om att *”regler och principer i rättskälleläran”* ger en regelnära juridisk argumentation (a a, s 48), och det torde vara uppenbart att det finns såväl metodologiska regler som

principen är operationell på så sätt att den kan påverka om den ena eller den andra lösningen skall väljas i ett enskilt fall.

Vad principen säger är att ett beslut, som tillkommit under iakttagande av metodologiska regler[676], är bättre än ett beslut, som tillkommit på annat sätt (till exempel godtyckligt eller slumpmässigt). Med risk för att göra en alltför stor förenkling skulle man kunna ställa frågan om inte Kellgren helt enkelt menar att man bör sträva mot beslut som är välmotiverade och att en god motivering förutsätter inte bara att man anger hur man tillämpar en viss rättsregel, utan även hur man kom fram till att denna tillämpning är den korrekta. För att det skall vara möjligt att ge en sådan motivering, måste man arbeta sig fram till beslutet på ett medvetet och genomtänkt sätt.[677] Med denna tolkning av begreppet regelnärhet ger det ingen vägledning för hur man i ett enskilt fall skall tillämpa 36 § avtalslagen, utan säger endast att den lösning man kommer fram till i sin tur skall vara resultatet av en tillämpning av metodologiska regler och principer. Inte heller Frändbergs ”underdygd” ger någon sådan vägledning – om man inte, som diskuteras i delavsnitt 3.5.6.5 ovan, vänder intresset från rättstillämparen till avtalsparterna och säger att i avtalsrelationen är det en dygd att låta medkontrahenten ta ställning utifrån relevant kunskap, varför man inte bör lämna oriktiga uppgifter etc.

4.2.4 Förutsebarhet

Att kunna förutse hur en viss lag skall tillämpas, eller snarare att kunna förutse resultatet av sitt handlande givet den föreliggande rättsliga kontexten[678], är en viktig rättssäkerhetsfråga – för Peczenik till och med en del av själva definitionen av rättssäkerhet.[679]

---

metodologiska principer. Därför skulle kanhända ”princip- och regelnärhet” vara ett bättre begrepp än ”regelnärhet”.

[676] Kellgren tar inte i det här sammanhanget ställning till vilken metod som bör användas, utan argumentationen bygger på att *någon* metod bör användas (a a, s 48 f).

[677] Kellgren påpekar (a a, s 49) att principen om regelnärhet, till följd av de rättsliga frågornas komplexitet, måste avvägas mot sunt förnuft och *”…en viss öppenhet för olika företeelser, problem och förutsättningar”*, varför en viss *”metodologisk mobilitet”* krävs. Detta illustrerar regelnärhetens karaktär av princip. Värdet av regelnärhet måste avvägas mot värdet av upprätthållandet av andra principer. Till exempel kan ”sunt förnuft” ofta översättas med ”materiell lämplighet”, vilket är en annan av de kellgrenska principerna. Man kan dock diskutera om frågan om ”metodologisk mobilitet” verkligen har att göra med principen om regelnärhet, så länge sistnämnda princip inte säger något om vilken metod man skall använda. Rättsliga problem kan få olika lösningar, beroende på vilken metod man använder, och problemens karaktär kan göra att en viss metod är mer eller mindre användbar, men principen att man skall använda en genomtänkt metod och kunna redovisa hur man har gått till väga för att komma fram till en viss lösning påverkas inte av vilken metod man begagnar.

[678] För en enskild medborgare är det strängt taget inte tillämpningen av en viss paragraf som behöver vara förutsebar, utan de rättsliga konsekvenserna av att vederbörande vidtar en viss åtgärd. Det ena är givetvis en följd av det andra, men med ett medborgarperspektiv blir det rimligare att fokusera på att konsekvenserna av handlingar är förutsebara än att lagtillämpningen är det.

[679] Se ang förutsebarhet och rättssäkerhet även Holm, a a, s 187 ff.

Kellgren påpekar dock att det är svårt att uppnå förutsebarhet i svåra fall.[680] I utgångsläget måste nog många fall rörande tillämpning av 36 § avtalslagen betecknas som ”svåra fall”, eftersom vi har att göra med tillämpning av en öppen lagtext. Förhoppningsvis kan föreliggande arbete, och andra arbeten beträffande generalklausulen, bidra till att tillämpningen blir enklare.

När det gäller förutsebarheten finns det i vart fall två problem, som har direkt koppling till tillämpningen av 36 § avtalslagen.

När generalklausulen tillskapades, framfördes från flera håll farhågor beträffande just avtalsparters möjlighet att förutse konsekvenserna av sitt handlande, i och med att en generell och till sin ordalydelse vidsträckt möjlighet att förändra innehållet i ingångna avtal infördes.[681] När den frågan berördes i propositionen, framhölls att förutsebarhet förvisso är ett viktigt mål för rättstillämpningen, men att det även finns andra mål som måste beaktas, till exempel att skydda avtalsparter från oskäliga avtal.[682] Att principen om förutsebarhet måste vägas in, när man tar ställning till om ett visst avtal skall jämkas eller inte, förefaller dock uppenbart. Sagda princip har alltså direkt bärighet på tillämpningen av 36 § avtalslagen. Förutsebarhetsprincipen har, menar jag, en nära koppling till dygden pålitlighet.[683] Att en person är pålitlig, innebär att han gör det man förväntar sig att han skall göra, d v s hans handlande är förutsebart. Förutsebarhetsprincipen i Kellgrens tappning tar förvisso inte sikte på hur enskilda människor bör agera, utan på hur rättsordningen bör agera (sträva efter att undvika att rättsliga beslut innebär att människors handlande får för dem överraskande konsekvenser), men pålitlighet torde vara en dygd för såväl enskilda personer som för rättsväsendet och dess aktörer.

Det andra problemet har anknytning till en diskussion som Kellgren för om att förutsebarheten inte alltid är lika central eller ”skyddsvärd”.[684] Den som försöker utnyttja ”kryphål” i lagstiftningen tar en medveten risk, och är inte lika

---

[680] *”Jag vill hävda att t ex inte många av RR:s avgöranden i skattefrågor kan sägas ha varit särskilt förutsebara. Detta inte i särskilt hög utsträckning beroende på brister i RR:s tolkningsmetoder, utan på att frågorna ofta är svåra”*, skriver Kellgren i a a, s 58.

[681] Se till exempel följande uttalande av de s k företagarorganisationerna (SAF, Sveriges industriförbund, Sveriges grossistförbund, Svenska byggnadsentreprenörföreningen och Sveriges bilindustri- och bilgrossistförening; ang benämningen se prop 1975/76:81, s 10): *”En inskränkning av avtalsfriheten utöver klara fall av missbruk inger betänkligheter … från rättssäkerhetssynpunkt. Möjligheten att överblicka ett avtals konsekvenser måste i affärsmässiga förhållanden tillmätas stor vikt. Till grund för affärsmässiga uppgörelser ligger överväganden i form av ekonomiska kalkyler och riskbedömningar. Den normala möjligheten att ingå affärsuppgörelser med varierande resultat kan inte beskäras”* (prop 1975/76: 81, s 65).

[682] *”Det ligger i sakens natur att en så vittgående handlingsfrihet som domstolarna får genom den nu behandlade bestämmelsen är förbunden med vissa nackdelar. Parternas möjligheter att förutse konsekvenserna av ett avtal minskar, om domstolarna i mer betydande utsträckning företar ändringar i avtalet”*, konstateras i prop 1975/76:81, s 110, utan att detta hindrar att föredragande statsrådet vill införa den nya generalklausulen.

[683] Se delavsnitt 3.5.6.5 ovan.

[684] Kellgren, a a, s 59.

skyddsvärd, som en ”vanlig medborgare” som omedvetet utsätter sig för en risk, till exempel på grund av att vederbörande har svårt att tolka en viss bestämmelse.

På samma sätt skulle man kunna hävda att den som medvetet försöker introducera en avtalsklausul, som skulle kunna betraktas som betungande för motparten – även om det inte är helt uppenbart att den får sådana konsekvenser – inte har samma moraliska tyngd bakom en hänvisning till bristande förutsebarhet, om 36 § avtalslagen skulle tillämpas, som en person som har ingått ett avtal och därvid introducerat en klausul utan att inse att den kan vara tveksam ur skälighetssynpunkt.[685] Ett sådant resonemang ligger för övrigt väl i linje med den kritik som ovan riktas mot utilitarismen, för att den inte är känslig för om en viss handling är avsiktlig, vårdslös eller ingetdera.[686] Det verkar, som framhålls där, rimligt att anse att uppsåtsfrågan har betydelse för värderingen av en handling.

En av rättrådighetens ”underdygder”, som har viss anknytning till detta resonemang, är dygden objektivitet.[687] Avtalsparter behöver inte vara opartiska, utan får ta tillvara sina egna intressen, varför objektiviteten för dem inte är lika absolut som för domaren, *”…men samtidigt förutsätts vi alla som lever i ett civiliserat samhälle stå på rättens sida, vilket innebär att vi inte får tillvarata våra intressen i sådan utsträckning och på ett sådant sätt att vårt agerande blir orätt”*.[688] Denna ”uttunnade objektivitet” sätter gränser för på vilka sätt vi får utöva vår partiskhet och är därmed ”samma andas barn” som den nyansering av förutsebarhetsprincipen, som innebär att den som uppsåtligen introducerar potentiellt oskäliga avtalsvillkor i ett avtal inte har samma anspråk på att få sin förutsebarhet skyddad som den som introducerar samma villkor utan att inse deras eventuella oskälighet.

Den just förda diskussionen om vad som kunde kallas ”rättmätigt anspråk på förutsebarhet” ligger nära de resonemang, som brukar föras om parts *befogade tillit* till medkontrahentens viljeförklaring, till exempel i anslutning till misstagsbestämmelsen i 32 § avtalslagen.[689] I korthet innebär resonemanget att om parten inte har anledning att misstänka att viljeförklaringen eller någon del därav tillkommit av misstag, hyser part befogad tillit till densamma och denna tillit är skyddsvärd. Om parten däremot inser eller bör inse misstaget, är hans tillit till viljeförklaringen inte befogad och han är inte skyddsvärd.

Det finns även allmänt sett en nära koppling mellan förutsebarhetsprincipen och tillitsprincipen (vilken behandlas i ett senare delavsnitt).[690] Att skydda tilliten

---

[685] Jfr dock prop 1975/76:81, s 125 f, där betydelsen för tillämpningen av 36 § avtalslagen av om oriktiga uppgifter lämnats uppsåtligen eller inte tonas ner.
[686] Se delavsnitt 3.5.5.2 ovan.
[687] Se delavsnitt 3.5.6.5 ovan.
[688] Delavsnitt 3.5.6.5.
[689] Jfr Vahlén, a a, s 73.
[690] Delavsnitt 4.4.3, där även en diskussion om förutsebarhet aktualiseras.

innebär vanligen att också skydda förutsebarheten. Om en avtalspart försöker förutse konsekvenserna av sitt beslut att ingå avtal och han hyser befogad tillit till medkontrahentens löfte, innebär partens förutsägelse sannolikt att han tror att medkontrahenten kommer att prestera i enlighet med sitt löfte. Skulle hans befogade tillit komma på skam – därför att medkontrahenten vägrar prestera och rättsordningen inte skyddar hans tillit – slår även hans förutsägelse fel. Han kunde inte förutse konsekvenserna av sitt handlande. Rättsordningen tillhandahöll inte förutsebarhet. Med tanke på att skyddet för den befogade tilliten och vaktslåendet om att konsekvenserna av handlingar skall vara förutsebara kan motiveras på likartat sätt (har likartad värdegrund), kommer förutsebarhetsprincipen endast undantagsvis att användas som norm vid bestämmandet av innehållet i oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Istället kommer tillitsprincipen att betonas.

4.2.5 Likabehandling

Att lika fall skall behandlas lika är uppenbarligen en viktig princip i en rättsstat.[691] Alla medborgare är lika inför lagen, och skall behandlas därefter. Här blir det än mer relevant än i föregående delavsnitt att anknyta till dygden objektivitet. Likabehandlingsprincipen och objektivitetsdygden vilar på samma värdegrund. Den som besitter dygden objektivitet behandlar alla inblandade (i t ex en rättsprocess) lika i alla relevanta hänseenden och låter sig inte styras av t ex fördomar eller egenintresse.[692]

Man kan, menar jag, hävda att det finns två aspekter på likhetsprincipen, den negativa och den positiva.[693] Den negativa aspekten anger något man inte får göra som rättstillämpare, nämligen ta otillbörliga hänsyn (och därigenom förorsaka att lika fall bedöms olika). Den positiva aspekten anger något rättstillämparen skall göra, nämligen behandla lika fall lika. Principens ”negativa version” har tydligare konturer än den positiva motsvarigheten. Huruvida ett beslut har påverkats av fördomar eller egenintresse kan visserligen bli en bevisfråga, men om man kan konstatera att så har skett råder det knappast någon tvekan om att likhetsprincipen har åsidosatts.

Däremot kan det av flera skäl vara svårt att avgöra vilka fall som faktiskt är lika och som därför skall bedömas på samma sätt i enlighet med principens ”positiva version”. Exakt likhet med avseende på alla förekommande omständigheter kan inte förekomma i praktiken. Därtill är den mänskliga tillvaron alltför växlingsrik och mångskiftande.[694] För att kunna veta vilka omständigheter man skall

---

[691] Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 5 uppl, Stockholm 1996, s 414.
[692] Se delavsnitt 3.5.6.5 ovan.
[693] Kellgren skiljer mellan formell och materiell likabehandling (jfr 4.2.1 ovan samt Kellgren, a a, s 67 f), men det är en indelning som härrör från skatterätten och som inte torde ha betydelse i detta sammanhang.
[694] Strömholm, a a, s 414 ff, Peczenik, Vad är rätt?, s 233. Även om man skulle kunna tänka sig att det inträffar två fall, som är identiskt lika med avseende på plats, inblandade parter, avtalsföremål och

jämföra, måste man därför ta ställning till vilka av det dagliga livets många omständigheter, som är relevanta vid tillämpningen av den ifrågavarande rättsregeln. Först därefter kan man jämföra det föreliggande fallet med tidigare avgjorda fall och bedöma om likheterna är så stora att det aktuella fallet måste behandlas på samma sätt som de äldre avgörandena. Detta är kärnan i frågan om när en rättsfallsanalogi är berättigad[695], men även i frågan om när likhetsargumentation för att normera ett enskilt fall är befogad, utan att den når upp till de krav som bör ställas på en välgrundad analogi[696].

Att man i rättstillämpningsfrågor inte får ta otillbörliga hänsyn är en sådan självklarhet att den negativa aspekten av likabehandlingsprincipen inte tillför diskussionen om tillämpningen av 36 § avtalslagen i enskilda fall någonting. Däremot skulle den positiva aspekten av principen om likabehandling kunna få betydelse, eftersom man, om man kan konstatera relevant likhet med ett redan avgjort fall, har en i förväg fastställd norm, enligt vilken det nu aktuella fallet bör bedömas på ett visst sätt. Därför är det självklart att förefintliga prejudikat måste beaktas i diskussionen om tillämpningen av generalklausulen.[697] Att relevanta prejudikat måste beaktas i ett rättsvetenskapligt arbete är, med tanke på den rådande rättskälleläran, en sådan självklarhet att man knappast torde behöva legitimera det uttryckligen. Av det skälet kommer likhetsprincipen inte att åberopas varje gång ett prejudikat anförs i det följande, även om den är ett viktigt, principiellt stöd för prejudikatens ställning. Eftersom principen inte kommer att åberopas uttryckligen, sattes den inom parentes i uppställningen i delavsnitt 4.2.1.

4.2.6 Materiell lämplighet

Ett materiellt lämpligt domslut skulle väl mycket allmänt kunna definieras som ett slut, som både till sitt innehåll och till sina effekter är gott. Det är inte endast formellt oantastligt, utan även i sak ett rättfärdigt ställningstagande.[698]

---

mycket annat, så skulle de i vart fall inte kunna inträffa samtidigt, och då skiljer sig fallen åt beträffande omständigheten tid.

[695] Jfr diskussionen om analogiproblematiken i delavsnitt 3.3.5 Värderingsfrihetens svårigheter. Se ang analogier t ex Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3 uppl, Berlin Heidelberg 1995, s 202 ff och Peczenik, Vad är rätt?, s 341 ff.

[696] Se Andersson, Håkan, Likhetsargumentation – analogi och metamorfos, i Festskrift till Åke Frändberg, Uppsala 2003, s 13 ff. Han beskriver karaktären hos det sistnämnda slaget av likhetsargumentation på följande sätt (a a, s 15): *”Situationerna i de aktuella fallen är sällan av sådan art att normkonstruktionen uppfyller kraven på en analogisk norm under vilken fallet kan subsumeras. Exempelvis brister ofta likhetsjämförelsen mellan fallomständigheterna på ett rättsligt relevant sätt, varför man inte kan motivera ett uttryckligt analogiresonemang. Strategin är istället att genom olika operationer stegvis anknyta till likheter på ett mer fragmenterat sätt”*.

[697] Se ang prejudikat t ex Peczenik, Vad är rätt?, s 232 ff.

[698] Jfr Peczeniks begrepp *”materiell rättssäkerhet”*, som bygger på att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning är i hög grad förutsebara på grund av rättsnormerna och samtidigt i hög grad etiskt godtagbara (Vad är rätt?, s 94).

Kellgren menar att det är viktigt att eftersträva materiellt lämpliga resultat av rättstillämpningen, för att medborgarna skall känna lojalitet med rättssystemet. Han påpekar också att sådana resultat bidrar till stabilitet i rättssystemet, eftersom förekomsten av alltför många slut, som uppfattas som materiellt olämpliga, sannolikt leder till propåer om exempelvis ändrad lagstiftning. Dessutom menar han att det är lojalt mot lagstiftaren att tillämpa lagstiftningen på ett förvisso formellt oklanderligt sätt, men samtidigt så att det materiella resultatet blir acceptabelt.[699] Den sistnämnda ståndpunkten tycks bygga på föreställningen att lagstiftaren vill att lagarna skall tillämpas på ett förnuftigt sätt, och det förefaller vara en rimlig utgångspunkt. Till detta kan läggas att det, oavsett de nämnda positiva konsekvenserna av materiellt lämpliga slut, måste anses vara i sig gott att rättssystemet ger upphov till kloka beslut. Ett gott slut är gott, helt enkelt.

Uppenbarligen bör det således vara en strävan även för den som arbetar med 36 § avtalslagen att söka uppnå materiellt lämpliga slut. Med tanke på paragrafens utformning ligger det nära till hands att hävda att det är det enskilt viktigaste målet vid tillämpningen av densamma. Generalklausulen syftar till att i enskilda fall undanröja oskäliga avtalsvillkor och skapa rättvisa. Paragrafen lämnar betydande utrymme för olika tolkningar, varför diskussionen om lojalitet mot lagens bokstav blir av mindre vikt (jfr ovan), medan frågan om det materiellt goda slutet kommer i förgrunden. Hur skall man veta vad som är ett materiellt lämpligt slut? Här ligger det nära till hans att anknyta till rättrådighetens ”underdygd” att eftersträva korrekta avvägningar[700], för när man säger att ett slut skall vara materiellt lämpligt handlar det väl om att slutet skall utgöra inte blott en formellt försvarbar avvägning, utan bästa möjliga avvägning mellan de olika argument som kan anföras i fallet. Man skulle därför kunna säga att ett centralt tema för hela denna avhandling är att diskutera hur (t ex med vilka argument) man kan uppnå materiellt lämpliga resultat vid tillämpningen av 36 § avtalslagen. Därigenom fylls den abstrakta principen med ett konkret innehåll. Detta medför å andra sidan att principen om materiell lämplighet inte i sig ger någon vägledning för hur man skall tillämpa generalklausulen i enskilda fall.[701]

---

[699] Kellgren, a a, s 71 f.

[700] Se delavsnitt 3.5.6.5 ovan.

[701] Kellgren föreslår (a a, s 73 f) några slags argument som kan användas för att fylla principen om det materiellt lämpliga slutet med ett konkret innehåll, nämligen centrala rättsprinciper, samhällsekonomiska målsättningar, det allmänna rättsmedvetandet och systemkoherens. De av dessa argument som används i denna avhandling är främst centrala rättsprinciper. Samhällsekonomiska målsättningar torde främst vara förknippade med rättsekonomin och den skolbildningen beaktas av ovan (delavsnitt 3.5.5.4) anförda skäl inte. Det allmänna rättsmedvetandet är en svårgripbar storhet som inte kommer att beaktas med den ”etiketten”. Däremot skulle man kunna hävda att den diskussion som ovan (delavsnitt 3.5.6.3) förs om dygdeetiken, och där en dygd bl a beskrivs som ”ett ideal som är rådande i ett visst socialt sammanhang”, delvis befinner sig på samma ”planhalva” som en diskussion om det allmänna rättsmedvetandet skulle göra. Om en dygd är en karaktärsegenskap som människor anser att man bör besitta, är ett påstående om att en viss karaktärsegenskap är en dygd ungefär samma påstående som att det allmänna rättsmedvetandet ger vid handen att en viss norm bör gälla i en viss situation. (Vad människor anser i normativa frågor är inte helt lätt att mäta, vilket framhålls i delavsnitt 3.5.6.3. Bland annat detta faktum leder till slutsatsen att dygdebegreppet

4.3 Viljeprincipen

> *”...eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden...”*[702]

4.3.1 Inledning

Viljeprincipen brukar anses innebära att det är avtalsparternas vilja att ingå ett avtal med visst innehåll, som ger upphov till avtalsbundenheten. Utan avtalsvilja, inget avtal.[703] Man skulle även kunna uttrycka det så, att man aldrig blir bunden av ett avtal i större utsträckning än man vid avtalsslutet avsåg att bli.[704] Parterna kan alltså i och för sig vara överens om att ett avtal har ingåtts, men oense om dess innehåll, till exempel eftersom den ene parten sagt eller skrivit något, som medkontrahenten uppfattat på ett annat sätt än parten avsåg. Enligt viljeprincipen skall då parten inte bli bunden i vidare mån än han själv avsåg att bli.

Vanligen talas om viljeteorin och inte om viljeprincipen.[705] I denna framställning kommer dock begreppet viljeprincipen att användas, för att uttryckssättet skall vara enhetligt. Vilket uttryckssätt man föredrar torde bero på hur man ser på en

---

även måste ges ett materiellt innehåll för att vara användbart.) Systemkoherensaspekten beaktas i viss mån i denna avhandling, främst när det gäller frågan om gränsdragningen mellan 36 § avtalslagens och förutsättningslärans tillämpningsområden. I flertalet fall som diskuteras i denna avhandling är dock det avgörande för om 36 § avtalslagen skall tillämpas eller inte frågan om hur oskälighetsrekvisitet skall tolkas, inte frågan om systemkoherens.

[702] *”...egentligen bör viljan i sig betraktas som det enda viktiga och verksamma...”*. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III, s 258 (citerad i Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, band 2: Das Rechtsgeschäft, 4 uppl, Berlin 1992, s 49; citeras även i Svensson, Ola, Viljeförklaringen och dess innehåll. Om avtalsrättslig begreppsbildning och systematik, Stockholm 1996, s 34).

[703] Ramberg, Jan, Allmän avtalsrätt, 3 uppl, Stockholm 1991, s 38. Jfr Atiyah, P S, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1985: *”The law of contracts became like the law of wills, a device for enabling individuals to make their own arrangements…”* (a a, s 408). Se även Cooke, John och Oughton, David, The Common Law of Obligations, 2 uppl, London 1993, s 27: *”Classical contract theory attributed the creation of a contract and its attendant legal obligations to the will of the parties. What was intended by the parties was said to arise from a ’consensus ad idem’, or meeting of the minds”*. Flume beskriver inställningen hos de tyska rättsvetenskapsmän, som på 1800-talet företrädde viljeprincipen, på följande sätt. De ansåg *”…dass eine Erklärung ohne einen ihr entsprechenden Willen nicht gelten könne … weil eben der Wille ’das einzig Wichtige und Wirksame’ sei”* (Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Band, das Rechtsgeschäft, 4 uppl, Berlin-Heidelberg 1992, s 54). (De ansåg *”…att en förklaring utan en motsvarande vilja kunde inte gälla, eftersom viljan var det enda viktiga och verksamma”*.)

[704] Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II, 4 uppl, Lund 1996, s 32: *”Den teoretiska förklaringen härtill var att endast detta* (det viljeförklaringens avgivare avsett, författarens kommentar) *omfattades av den rättsskapande viljan”*. Se även t ex Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 1998, s 60: *”Men hvis det var viljen som var grunnlaget for at løftet var bindende, så ble det oppfattet som en nødvendig konsekvens av dette at løftet heller ikke kunne binde lenger enn det avgiveren ønsket. Viljesteorien ledet da til at det avgjørende for hvor langt avgiveren var bundet, var hva han hade ment, og bare det”*.

[705] Se t ex Ramberg, a a, s 38, Zimmermann, a a, s 561 och Avtalslagskommitténs betänkande, s 137. Adlercreutz, däremot, använder uttrycket ”viljeprincipen”; se t ex Avtalsrätt II, s 32.

sats som ”det är avtalsparternas vilja att ingå ett avtal med visst innehåll, som ger upphov till avtalsbundenheten”. Man kan se den som en ren beskrivning av ett samband av ”orsak-verkankaraktär” och i så fall är det mest träffande att tala om en teori, på samma sätt som man talar naturvetenskapliga teorier som ”det är månens dragningskraft, som ger upphov till tidvattnet”. Man kan dock också se satsen som en norm som uppställer ett ideal, vilket blir tydligare, om man ändrar formuleringen till ”avtalsparternas vilja att ingå ett avtal med visst innehåll, bör anses vara det som ger upphov till avtalsbundenheten”. Då är satsen av samma karaktär som Peczeniks principer.[706] Med tanke på att avtalsinstitutet faktiskt inte är en naturvetenskaplig företeelse, utan en produkt av mänsklig intellektuell verksamhet, förefaller det rimligare att se den omdiskuterade satsen som en normativ ”bör-sats”, snarare än som en deskriptiv ”är-sats”.[707]

Man bör observera att begreppet viljeprincipen/viljeteorin stundtals har använts i en något annan betydelse än för att ange att det är viljan som ger upphov till bundenhet (det vill säga för att svara på frågan vad det är som gör att ett avtal har bindande kraft). Winroth säger att viljeteorin innebär att för avtalets uppkomst fordras *”…att i ett visst tidsmoment … överensstämmande viljeförklaringar skola vara för handen”*.[708] Han använder således viljeteorin för att besvara frågan som rör *när*, vid vilken tidpunkt, ett avtal har kommit till stånd.[709] Samtidigt är det uppenbart att ”vadfrågan” och ”närfrågan” inte är oberoende av varandra. Om man besvarar ”närfrågan” på det sätt Winroth gör, måste svaret på ”vadfrågan” bli att det är viljan som ger upphov till bundenhet – annars vore det meningslöst att knyta rättsverkningar till momentet då viljan kommer till uttryck.[710]

---

[706] Se delavsnitt 3.5.6.6.

[707] Naturrättsjuristerna på 1700-talet menade att ett av fri vilja avgivet löfte hade en ”naturlig” bindande kraft, så för dem var det förmodligen naturligare att tala om viljeteorin i bemärkelsen en ”orsak-verkanteori” av närmast naturvetenskaplig karaktär. Se Atiyah, a a, s 214.

[708] Anteckningar i allmän obligationsrätt efter Professor Winroths föreläsningar och kollegieundervisning i ämnet, utgifna utan föregående granskning af Professor Winroth och såsom skriftliga prof till juris kandidatexamen [cit Winroth Anteckningar], Uppsala 1902, s 34. Se även Atiyah, som citerar en utsaga från en engelsk 1800-talsdomare: *”When both parties will the same thing, and each communicates his will to the other, with a mutual agreement to carry it into effect, then an engagement or contract between the two is constituted”* (a a, s 407). Atiyah påpekar att språkbruket anknyter mycket nära till Savignys sätt att beskriva samma sak i Das Obligationenrecht.

[709] Han räknar upp ett antal olika teorier, som alla syftar till att besvara ”när-frågan”: löftesteorin (rättidig accept innebär att avtal är slutet, även om återkallelse av anbudet anlänt under acceptfristen), intresseteorin, rekognitionsteorin (avtal uppkommer när offerenten tar del av acceptens innehåll), receptions- eller Empfangsteorin (avtal uppkommer när offerenten mottager accepten), deklarationsteorin (avtal uppkommer när accepten avsänds) och konsiderationsteorin (avtal uppkommer när acceptanten vidtar åtgärder i förlitan på anbudet) (a a, s 35). För den språkintresserade delen av läsekretsen kan nämnas att mottagaren av ett anbud på Winroths tid kallades för oblat (och, om han antar anbudet, för acceptant), a a, s 34.

[710] Man skulle möjligen kunna tolka Winroths utsaga så att det är viljeförklaringarna, som ger upphov till avtalsbundenheten, men det är inte vad han avser. När han talar om ”överensstämmande viljeförklaringar”, menar han rimligen ”faktiskt överensstämmande”, alltså att det inte hos någondera parten föreligger något misstag, med avseende på vare sig det man själv säger eller det sätt på vilket motparten uppfattar utsagan. Knyter man avtalsbundenheten till viljeförklaringarnas objektivt fastställbara innehåll, oavsett vad parterna faktiskt menat med sina förklaringar, företräder man inte viljeprincipen utan förklaringsprincipen.

Enligt min uppfattning rymmer dock viljeprincipen något mer än tänkbara svar på ”vad-frågan” respektive ”när-frågan” beträffande avtalsbundenhetens uppkomst. Normer som anger vilket moment som skapar avtalsbundenhet respektive när avtalsbundenhet uppkommer har snarare karaktär av regler än av principer[711] – och kan därmed även ifrågasättas, om lagstiftaren skulle införa en regel av annan innebörd.[712] Viljeprincipens kärna är, som jag ser det, respekten för den enskilda människans rätt att själv träffa sina val. Att en med viljan överensstämmande viljeförklaring har ansetts ge upphov till bundenhet blir därmed en konsekvens av, inte kärnan i, viljeprincipen. ”Varje människa bör själv få bestämma om och i så fall i vilken utsträckning hon vill förvärva rättigheter och påta sig förpliktelser genom att ingå avtal”, skulle normen som uppställer idealet med denna tolkning av viljeprincipen kunna formuleras. Rättfärdigheten av denna princip kan diskuteras i ljuset av olika argument för och emot dess berättigande och så kommer att ske i det följande. Av utformningen av argumenten för principen framgår också, menar jag, det just sagda om vad som är principens kärna.

4.3.2 Viljeprincipens befriande sida

4.3.2.1 Allmänt om viljeprincipens befriande sida

> *”…för att löften och avtal skall kunna förplikta oss att ge eller utföra något … krävs obetingat vårt frivilliga samtycke”*[713]

Innan argumenten angående viljeprincipens berättigande presenteras och diskuteras, skall något ytterligare sägas om viljeprincipens effekter. Viljeprincipen kan, menar jag, därvid diskuteras ur två synvinklar. För det första kan man betrakta principen som ett skydd för den enskilde avtalsparten, som aldrig kan bli bunden i större utsträckning eller på annat sätt än han vill, oavsett vad motparten tror om hans avsikter. För det andra kan man se viljeprincipen som pliktskapande: du är bunden av det du lovade, därför att du ville bli bunden.

För att börja med viljeprincipens befriande sida, kan den användas som utgångspunkt för en diskussion om vilken betydelse olika typer av fel och misstag skall tillmätas, till exempel de välkända företeelserna förklaringsmisstag

---

[711] Ovan (delavsnitt 3.5.7) anfördes att en princip är en norm som uppställer ett ideal, som kan följas i viss mån och beträffande vilken värderingsmomentet är ofrånkomligt vid tillämpningen. En regel är konkret och dess tolkning begränsas i huvudsak till ett antal förutbestämda fakta; en regel kan man inte följa i viss mån – antingen följer man den eller också följer man den inte. Jfr Holm, s 183 f.

[712] Jfr Grönfors, Kurt, Avtalsgrundande rättsfakta, Stockholm 1993 [cit Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta], s 27 ff, där han menar att en *”…nedtoning av partsviljan…”* (s 30) skett inom avtalsrätten under 1900-talet, till följd av lagstiftning som inskränker avtalsfriheten.

[713] Pufendorf, Samuel, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten i två böcker, Stockholm 2001, s 100.

och befordringsfel, men även förutsättningsfel. Dessa företeelser har varit föremål för mycket uppmärksamhet i doktrinen. (Rättsvetenskapen ägnar som bekant väsentligt större intresse åt situationer, då något ”går snett”, än de fall då allt fungerar som det skall, varför en av de viktigaste reglerna som kan härledas ur viljeprincipen – ”Om den enskilde på ett korrekt sätt ger uttryck för sin avtalsvilja, motparten uppfattar denna korrekt samt på ett korrekt sätt ger uttryck för sin vilja att acceptera denna, så uppstår ett för båda parter bindande avtal, vilket omfattas av båda parters vilja” – sällan nämns.) Om individen, enligt viljeprincipen, inte skall kunna bli bunden till något annat eller mera än det som omfattas av vederbörandes vilja, bör en viljeförklaring, som till följd av fel eller misstag inte fått avsett innehåll, inte anses bindande för den som uttalat viljeförklaringen. Något annorlunda skulle det kunna förhålla sig med viljeförklaringar som är behäftade med ett förutsättningsfel.

Man kan som bekant tänka sig olika slags förklaringsmisstag. Ett är felsägningar och felskrivningar, det vill säga man säger/skriver x, men menar i själva verket y.[714] Ett annat slags misstag uppkommer, när man säger det man vill säga, men har missuppfattat innebörden av det man säger. Man kanske använder en förkortning för ett leveransvillkor (till exempel Free on board) i tron att det betyder att motparten står för transportkostnaderna, när det i verkligheten betyder att man själv får bära denna kostnad. Ett ytterligare fall är att man tolkar innebörden av vad motparten säger på ett annat sätt än motparten avsett, antingen eftersom motparten uttryckt sig på ett sätt som inte är otvetydigt eller eftersom man lagt in en annan betydelse i motpartens utsaga än allmänt språkbruk ger vid handen. Det kan till exempel leda till att man avger en ren accept, som innebär att man godtar ett anbud med annat innehåll än det man tror sig acceptera.[715] Befordringsfel innebär som bekant att en viljeförklaring har blivit förvanskad under överföringen från avsändare till mottagare, oavsett om överföringen sker med hjälp av bud, telegram eller på annat sätt.[716]

---

[714] Vahlén, Lennart, Avtal och tolkning, Stockholm 1960, s 39. En annan fråga är att det inte alltid är så lätt att fastställa vad ett visst uttryck faktiskt betyder. Vahlén refererar (a a, s 27 ff och s 47 ff) ett rättsfall (NJA 1949 s 664), vilket rörde en lantbrukare som hade köpt kor av en kollega och det i avtalet angivits att korna var ”kastningsfria”. Tvisten gällde om säljaren garanterat att korna aldrig hade lidit av kastsjuka eller endast att de aldrig lidit av kastsjuka under tiden de varit i säljarens ägo. Fallet kommenteras även av bl a Karlgren, Hjalmar, i Avtalsrättsliga spörsmål, 2 uppl, Stockholm 1954, s 61.

[715] Vahlén, a a, s 39 f. Samtliga dessa fall samt befordringsfelsfallet kallar Winroth error facti, misstag i fråga om viljeförklaringens innehåll (a a, s 25).

[716] Vahlén, a a, s 102 ff. Se även Winroth Anteckningar, s 25. Man kan diskutera om fel vid e-postöverföringar bör anses falla in under 32 § 2 st AvtL, något Vahlén av lätt insedda skäl inte tar ställning till. Det föreligger dock den principiella skillnaden mellan e-postmeddelanden och t ex telegram att avsändandet av ett telegram förutsätter medverkan av en mänsklig ”mellanhand”, varför fel vid e-postöverföringar sannolikt inte bör hänföras till lagrummet i fråga. Ramberg/Ramberg synes dela den sistnämnda uppfattningen, men på annan grund, nämligen att risken är liten för att förvanskningar uppstår vid överföring av elektroniska meddelanden utan att tydligt framstå som förvanskningar för mottagaren, a a, s 230 f.

En onyanserad tillämpning av viljeprincipen skulle innebära att medkontrahenten skulle bära risken för samtliga förklaringsmisstag och befordringsfel, oavsett medkontrahentens goda eller onda tro avseende misstagen eller felen. De till följd av ett fel eller misstag ”förvanskade” viljeförklaringarna utgör ingen korrekt avspegling av viljan hos den som formulerade viljeförklaringarna och vederbörande bör därför inte vara förpliktigad att stå för innehållet i förklaringarna. Vad avser befordringsfel föreligger alls ingen vilja att ge uttryck för det som trots allt kommer till uttryck, så det fallet är oproblematiskt ur viljesynpunkt. Felsägningar och felskrivningar är också ur denna aspekt oproblematiska – man ville inte säga/skriva det som blev sagt/skrivet.

Till kategorin fel och misstag kan även hänföras olika slags förutsättningsfel eller villfarelser. I princip är det fallet att man använder det ord man vill använda, men har misstagit sig (svävade i villfarelse) beträffande innebörden av t ex en teknisk term som man använder, ett förutsättningsfel.[717] En väsentlig förutsättning för partens vilja att använda den aktuella termen i avtalet var att den har en viss innebörd – när det visar sig att den objektivt sett betyder något annat, har denna förutsättning brustit. Den mest omdiskuterade typen av villfarelser, motivvillfarelser (error in motivis), är dock av annat slag. En motivvillfarelse innebär att man ingår ett avtal på de villkor man önskar, men att avtalsviljan bygger på en förutsättning som visar sig inte vara för handen.[718] Vid båda de nämnda slagen av förutsättningsfel överensstämmer således viljeförklaringen med viljan, varför det inte är lika självklart hur de skall behandlas vid tillämpning av viljeprincipen. Den frågan kommer att beröras i delavsnittet om den fullt ut informerade viljan nedan.

4.3.2.2 Den fria viljan

> *”Avtal, som med olagligt våld påtvingas en avtalspartner, är ogiltiga. Ty den oförrätt den andre vållar mig genom att injaga mig oförskylld fruktan berövar honom möjligheten att hävda någon rätt mot mig på basis av denna överenskommelse.”*[719]

När man diskuterar viljeprincipens befriande sida, bör man, menar jag, observera att det finns omständigheter av skilda slag som kan aktualisera densamma. Ett sätt, på vilket detta faktum kan åskådliggöras, är att skilja mellan olika aspekter av viljebegreppet, förslagsvis genom att tala om ”fri vilja”, ”alla omständigheter

[717] För att uttrycka saken med andra ord, handlar problemet om skillnaden mellan vilja beträffande språkdräkt och vilja beträffande meningsinnehåll.
[718] Avtalslagskommittén, s 135 ff. Se även Vahlén, a a, s 55 ff.
[719] Pufendorf, a a, s 104.

beaktande vilja" och "frisk vilja", och konstatera att respektive "viljeaspekt" drabbas av sina egna typer av "viljefel".

För att först säga något om fri vilja, kan följande framhållas. Har man en pistol riktad mot tinningen och skriver på ett avtal för att förlänga livet[720], kan man på ett sätt säga att man gör ett övertänkt och i hög grad rationellt val: man väljer att ingå ett oförmånligt avtal hellre än att förpassas till de sälla jaktmarkerna.[721] Alltså är avtalet ett uttryck för den hotades vilja. Däremot förefaller det inte vara avtalspartens *fria* vilja som kommer till uttryck vid avtalets ingående.

Det har dock inte alltid varit självklart att beakta viljefel som har anknytning till den fria viljan som relevanta vid en diskussion om viljeprincipens befriande sida. Zimmermann påpekar att den romerska rätten till en början i många fall inte tog någon hänsyn till de omständigheter, under vilka viljan formats, utan enbart om det förelåg en med viljan överensstämmande viljeförklaring eller inte. Avtal, som kommit till efter tvång, upprätthölls inte sällan: *"even though I have formed my will under coercion, I have nevertheless formed a (legally relevant) will"*.[722] Så småningom fann dock de romerska juristerna att detta var en otillfredsställande ordning och tillskapade möjligheter för den tvungne parten att undgå att uppfylla sitt åtagande.[723]

Alltsedan dess har det ansetts att rättsordningen inte bör upprätthålla avtal, vilka tillkommit som ett resultat av tvång. Detta synsätt har fått sådan allmän acceptans att det numera uppfattas som om viljeprincipen inte tar sikte på viljan utan kvalificeringar, utan på den *fria* viljan. Apropå det faktum att man vid råntvång enligt avtalslagen 28 § inte ens skyddar godtroende medkontrahent skriver Grönfors: *"Tydligare kan man knappast uttrycka viljedogmen"*.[724] Grönfors uttalande förutsätter uppenbarligen att viljeprincipen handlar om den fria viljan. Om man med viljeprincipen menade en princip av innebörden att avtal, som avspeglar den rättshandlandes vilja, oavsett vilka omständigheter som format viljan, skulle man i stället, apropå råntvångsparagrafen, skriva: "Tydligare kan man knappast uttrycka att viljeprincipen inte bör upprätthållas utan undantag".

Vad är då poängen med denna iakttagelse? Vilken betydelse har det att en renodlad viljeprincip enligt sin ordalydelse inte har anledning att beakta hur viljan har formats? Jo, det visar att begrepp som "viljeprincipen" eller "fri vilja" inte är deskriptiva, utan normativa. Det innebär ett normativt ställningstagande att säga att människans vilja är skyddsvärd i avtalssammanhang, ett andra

---

[720] Jfr det så kallade råntvånget i 28 § AvtL och Ramberg/Ramberg, a a, s 92.
[721] *"…where a person contracts under the pressure of a threat, it is arguable that his consent is real…"*, skriver Cooke/Oughton, a a, s 383.
[722] Zimmermann citerar (en engelsk översättning av) en ståndpunkt formulerad av den romerske juristen Paulus, a a, s 652.
[723] Zimmermann, a a, s 653 f.
[724] Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 3 uppl, Stockholm 1995, s 184. [Cit Grönfors, Avtalslagen]

normativt ställningstagande att säga att det är just den fria viljan som är skyddsvärd och ett tredje normativt ställningstagande att definiera vad som menas med fri vilja.

Det är knappast så att en människas vilja kan vara fri i en absolut mening. Människan är en social varelse, som alltid agerar inom ramen för en samhällelig struktur, som på olika sätt begränsar hennes handlingsfrihet. Det finns alltid en kontext, som påverkar hennes agerande: *"Pressures are commonplace in society. Freedom of the will or, synonymously, of judgemental capacity is intelligible only within the context of pressures inherent in ordinary social life. Freedom is precisely and definitively the freedom to cope with those pressures, and it is impaired only when a pressure alien to that context is introduced"*.[725] När man formulerar ett begrepp som "fri vilja", måste man av det skälet definiera vad man menar med begreppet.

Menar man en vilja som är fri från vissa slag av påverkan, medan annan påverkan kan förekomma utan att viljan skall betraktas som ofri, måste man ta ställning till vilka slags påverkan som är acceptabla[726] respektive oacceptabla[727]. Om man skall diskutera vad "fri vilja" innebär i svensk rätt, synes redan ett ytligt studium av avtalslagens tredje kapitel ge vid handen att hot om fysiskt våld ger upphov till inskränkningar i viljan, som inte accepteras av rättsordningen, varför med "fri vilja" enligt svensk rätt i vart fall skall förstås en vilja som inte påverkats av råntvång.[728] Annan påverkan, exempelvis förväntningar från föräldrar, kamrattryck eller andra sociala påtryckningar, faller å andra sidan inte uppenbart under någon av paragraferna i kapitlet, vilket är ett argument för att sådan påverkan inte, enligt svensk rätt, gör viljan ofri. Det är dock inte logiskt otänkbart att klassificera sociala påtryckningar som sådant rättsstridigt tvång som omfattas av 29 § avtalslagen eller som en sådan omständighet vid avtalets tillkomst som kan göra avtalsvillkor oskäligt enligt 36 § avtalslagen. En diskussion om respektive paragrafs tillämpningsområde i detta sammanhang kan därför ses som en diskussion om innebörden av begreppet fri vilja.

---

[725] Birks, Peter och Nyuk Yin, Chin, On the Nature of Undue Influence, i Good Faith and Fault in Contract Law, Beatson, Jack och Friedmann, Daniel (red), Oxford 1994, s 88.

[726] Birks och Nyuk Yin (se föregående not) accepterar uppenbarligen *"…pressures inherent in ordinary social life…"*

[727] …men inte *"…pressure alien to that context…"*.

[728] Man kan diskutera hur begreppet fri vilja definieras enligt olika etiska läror, olika politiska teorier etc, men i detta sammanhang förefaller svensk rätt vara ett lämpligt exempel. Man kan självklart hävda att principer är metafysiska begrepp som inte har i rättsvetenskapen att göra och i så fall blir det förstås ointressant att fundera över hur "fri vilja" inom ramen för viljeprincipens befriande sida definieras eller bör definieras i svensk rätt. Den ståndpunkten präglar som bekant inte den här avhandlingen.

4.3.2.3 Den fullt ut informerade viljan

> *”Om jag till följd av en villfarelse kommit att ingå ett avtal eller en överenskommelse och jag upptäcker detta, innan avtalet till någon del hunnit börja förverkligas, är det naturligtvis rimligt att jag får möjlighet att ångra mig…”*[729]

Viljans frihet är däremot inte så relevant, när man diskuterar fel, misstag och svikligt förledande. När det gäller fallet att man använder ett begrepp, men missuppfattar dess betydelse, eller i övrigt agerar under inflytande av en villfarelse (oavsett vad eller vem som framkallat densamma), finns uppenbarligen en vilja att agera på det sätt som skett. Alltså kan man inte anföra att vilja saknas. Man kan heller inte säga att viljan inte är fri. Det är ingen som tvingar parten att ange ”fob” som leveransvillkor.

Enligt den äldre romerska rätten var det inte självklart att avtal som tillkommit till följd av svikligt förledande var ogiltiga: *”After all, the will to enter into the transaction was not lacking”*, även om viljan formerats på grundval av felaktiga fakta.[730] Så småningom ledde dock rättsutvecklingen till att rättsordningen inte längre upprätthöll sådana avtal.[731]

Om man betraktar situationen ur medkontrahentens (anbudsmottagarens) synvinkel, bör det anses föreligga en principiell skillnad mellan fall, i vilka en avtalspart fått felaktig eller ofullständig information av medkontrahenten, och fall, i vilka en persons ofullständiga eller felaktiga beslutsunderlag beror på andra omständigheter, till exempel att han inte tagit reda på hur saker och ting förhåller sig eller att han till följd av bristande kunskaper inte förmått tolka tillgänglig information på ett korrekt sätt. Medkontrahenten är i förstnämnda fall klandervärd, medan han i sistnämnda fall kanske inte kan läggas något klandervärt agerande till last.[732] När detta är sagt, måste man dock konstatera att

---

[729] Pufendorf, a a, s 102.

[730] Zimmermann, a a, s 663. Han ger (s 663, not 98) ett exempel på detta i form av ett rättsfall, som återberättats av Cicero. Bankiren Pythius från Syrakusa skulle sälja en villa med tomt vid havet till riddaren Canius och hyrde in en flotta av fiskebåtar, som kryssade utanför villan, för att ge sken av att där fanns utmärkta fiskevatten, vilket uppenbarligen inte var fallet. Köpeavtalet förefaller att ha upprätthållits, trots detta svikliga förledande. (Zimmermann anger inte uttryckligen utgången av fallet, men eftersom han använder det för att illustrera det ovan återgivna citatet *”After all, the will to enter into the transaction was not lacking”*, måste slutet rimligen ha blivit att sveket inte gjorde avtalet ogiltigt.)

[731] Det skedde omkring år 66 f Kr, då pretorn Gaius Aquilius Gallus ingrep. Se Zimmermann, a a, s 663 f samt not 99.

[732] Att ordet ”kanske” finns med, beror på att man kan tänka sig att medkontrahenten insett att anbudsgivaren inte förmått tolka förefintlig information korrekt och att man väljer att se det som

viljeprincipen *”…ser avtalssituationen från anbudsgivarens synpunkt”*, medan det är tillitsprincipen som *”…utgår … från anbudsmottagaren”*.[733] Ur anbudsgivarens perspektiv är det rimligen med avseende på resultatet av en transaktion ointressant vad som förorsakat att han fattat sitt beslut på felaktiga grunder – han hade inte tillgång till korrekt och fullständig information eller också förstod han den inte och på grund av det fattade han ett oklokt beslut. För anbudsgivaren finns således ingen skillnad i utfall mellan svekfall och situationer då medkontrahenten inte kan klandras. Viljeprincipen måste därmed kunna åberopas i alla situationer, då en person i och för sig har en avtalsvilja, men inte bygger sitt ställningstagande på kunskap om alla relevanta omständigheter. Viljeprincipens befriande sida skyddar med detta synsätt den välinformerade – eller snarare totalinformerade – viljan, och den bör i konsekvensens namn bereda skydd i *alla* situationer, då viljan inte formerats på grundval av total information.

Det innebär att viljeprincipens befriande sida även bör anses omfatta fall av motivvillfarelse. Vid motivvillfarelse agerar den rättshandlande under vissa förutsättningar – han har vissa motiv för sitt handlande – men dessa förutsättningar visar sig vara oriktiga eller bristande.[734] Om den handlande hade vetat att förutsättningarna var oriktiga eller bristande, hade han inte företagit rättshandlingen, vilken således inte kan anses vara en ”produkt” av en fullt ut informerad vilja.[735]

En situation, som är besläktad med villfarelsesituationen men i ett väsentligt hänseende skiljer sig från densamma, är den att den ena avtalsparten gör ett hemligt förbehåll (reservatio mentalis) och för sig själv slår fast att han inte alls är intresserad av avtalet på de villkor som överenskommits med medkontrahenten, men ändå undertecknar avtalet och sedan ger sken av att vara ”med på noterna”.[736] Då finns ingen avtalsvilja, utan enbart en skenbar sådan. För att använda förutsättningsterminologi, skulle man kunna säga att i det här fallet har förutsättningen brustit redan vid avtalets ingående och den part som uppställde förutsättningen är fullt medveten om det. Förhållandena liknar de som råder vid skenavtal, med den skillnaden att i skenavtalsfallet saknar båda parter avtalsvilja och de är ömsesidigt medvetna om detta.[737]

Talar man om en fri och fullt ut informerad beaktande vilja, innebär en konsekvent tillämpning av viljeprincipen att avtalsbundenhet aldrig uppkommer

---

klandervärt av medkontrahenten att inte upplysa anbudsgivaren om hur informationen bör tolkas. Jfr diskussionen om upplysningsplikt i delavsnitt 6.3.2.

[733] Grönfors, a a, s 180.

[734] Jfr Lehrberg, a a, s 79 f.

[735] Jfr Lehrberg, a a, s 280: *”Löftesgivarens position är den, att han vill undslippa bundenhet av ett avtal, som genom okända eller oväntade omständigheters inverkan fått oförmånliga konsekvenser. I den mån tillämpliga rättsregler medger detta står deras effekt i samklang med* ***viljeprincipen****”*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)

[736] Se Karlgren, a a, s 208. Jfr Winroth Anteckningar, s 24.

[737] Jfr Winroth Anteckningar, s 24 f.

för den part som begår ett misstag, blir svikligen förledd eller gör reservationer av de slag som här har behandlats.[738]

4.3.2.4 Den mogna och friska viljan

> *”Men för att någon skall kunna ge sitt tydliga samtycke, krävs att han förfogar över sådana förståndsgåvor, att han begriper det aktuella ärendets natur.”*[739]

Ett ställningstagande i en avtalsförhandling kan påverkas inte bara av åtgärder från medkontrahentens sida, som gör att den rättshandlandes vilja inte är fri eller bygger på fullständig information, utan också av att vederbörande av orsaker, som inte har med medkontrahenten att göra, inte till fullo förstår vad saken gäller. För att kunna tillgodogöra sig vad ett avtal i allmänhet är och vad ett visst avtal i synnerhet innebär, krävs att man nått en viss intellektuell mognad och att man inte på grund av utvecklingsstörning, psykisk sjukdom eller liknande förhållanden är förhindrad därtill.

Visserligen kan även barn, psykiskt sjuka personer etc i många fall forma en uppfattning och ge uttryck för en vilja, men sådana viljeförklaringar anses normalt inte böra binda dem vid avtalsåtaganden. I svensk rätt kommer denna ståndpunkt till uttryck bland annat genom att den som inte har fyllt 18 år och den som har fått förvaltare utsedd för sig inte har rättshandlingsförmåga, vilket innebär att de inte kan företa rättshandlingar (till exempel ingå avtal) med bindande verkan.[740] Vidare är avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning, utan att den rättshandlande har förvaltare, normalt ogiltiga.[741]

Varför bör inte underårigas eller psykiskt sjuka personers viljeförklaringar vara bindande? Adlercreutz anför att *”[e]ftersom viljan räknades som det rättsskapande elementet, var det* (förr i tiden; min kommentar) *logiskt att låta total avsaknad av en sund vilja och ett sunt omdöme medföra, att rättshandlingen inte blev gällande. Numera torde ogiltigheten motiveras främst med psykiskt sjuka eller svaga människors skyddsbehov”*.[742] Det här är ett exempel på att Adlercreutz argumenterar på olika ställen i sin bok för att den

---

[738] Jfr Vahlén: *”En konsekvent tillämpning av viljeteorien … leder till att rättshandlingen skall vara ogiltig …, om förklaringen icke överensstämmer med den verkliga viljan, och detta oberoende av om mottagaren insett eller bort inse viljefelet”* (a a, s 22).
[739] Pufendorf, a a, s 100.
[740] Se föräldrabalken 9 kap respektive 11 kap. Jfr Adlercreutz, a a, s 231 ff, där han påpekar att denna huvudregel modifieras av andra regler, vilka dock inte behandlas här.
[741] Se 1924 års lag om verkan av avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning; jfr Adlercreutz, a a, s 242 ff. Adlercreutz påpekar där att även 31, 33 och 36 §§ AvtL kan vara tillämpliga på avtal, som någon ingått under inflytande av något slags psykisk defekt.
[742] Adlercreutz, a a, s 242.

äldre diskussionen om viljans (och tillitens) betydelse inte längre är relevant.[743] I (åtminstone) det här fallet är det dock tveksamt om hans ståndpunkt är välmotiverad. Förmodligen är beredandet av skydd för svaga människor i avtalsrelationer resultatet av ett ”praktiskt övervägande” (se föregående not), men den rimliga följdfrågan till ett påstående om att svaga människor har behov av skydd torde vara *varför* de har ett sådant behov. Ett plausibelt svar är: ”därför att de saknar sund vilja och ett sunt omdöme och att viljeyttringar som inte är resultatet av mogna och friska överväganden inte bör vara förpliktande”.

Ett sådant svar på frågan ligger väl i linje med Kants åsikt att det finns människor, som inte kan hållas ansvariga för sina handlingar (oavsett om handlingarna medför goda eller onda konsekvenser), till exempel människor som lider av psykisk sjukdom. *”We could not properly feel gratitude or resentment toward them, for they are not responsible for any good or ill they cause. Moreover, we cannot expect them to understand why we treat them as we do, any more than they understand why they behave as they do.”*[744]

För att diskutera Adlercreutz ståndpunkt något ytterligare kan man säga att problem nog inte främst uppkommer i situationer, då någon är i ”total avsaknad av … vilja”, eftersom sådana personer sannolikt i många fall har begränsad förmåga att kommunicera med omvärlden och därmed ge sken av att framföra en viljeförklaring. Problem uppstår väl snarare, när någon i och för sig har en vilja och har kommunicerat den, men ståndpunkten har påverkats av vederbörandes omognad, förvridna verklighetsuppfattning eller liknande. Det är inte ”logiskt” nödvändigt att utesluta sistnämnda fall från viljeprincipens tillämpningsområde, eftersom en vilja faktiskt finns. Däremot instämmer jag gärna i det normativa ställningstagandet att det är rimligt att göra det, med hänvisning exempelvis till Kants argumentation.

4.3.3 Viljeprincipens bindande sida

> *”Den generella plikt som härvidlag föreskrivs av naturrätten är att envar måste stå vid sitt ord, eller hålla löften och avtal.”*[745]

Nu har behandlats viljeprincipens ”befriande sida” – du är inte bunden om du inte ville ingå avtalet. Det andra perspektivet är viljeprincipens pliktskapande

---

[743] Se t ex a a, s 260 angående viljeprincipen och tillitsprincipen: *”Numera känner man inget behov av att fastställa en teoretisk grund för olika rättsregler; dessas utformning baseras på praktiska överväganden”*.
[744] Rachels, a a, s 136.
[745] Pufendorf, a a, s 98. Jfr ang Pufendorfs syn på denna fråga Stein, Peter, Roman Law in European History, Cambridge 1999, s 109.

karaktär: du är bunden av det här avtalet, eftersom du ville bli bunden.[746] Man kan se den ståndpunkten som en spegelbild av viljeprincipens befriande sida: om avtalet överensstämmer med din fria, fullt ut informerade samt mogna och friska vilja, föreligger inget ”viljefel” och då gäller huvudregeln, att bundenhet uppkommer till följd av att parterna utbytt överensstämmande viljeförklaringar.

Om man fullföljer den tankegången, kan man motivera bundenhet även till avtal som till sitt innehåll är orättvisa, givet att man kan finna stöd för att den förfördelade parten verkligen ville bli bunden vid avtalet. I engelsk rätt började man på 1700-talet upprätthålla orättvisa (”unfair”) avtal, förutsatt att den missgynnade avtalskontrahenten bekräftade sin avtalsvilja, efter att det stod klart att han var missgynnad.[747]

Det här var en betydelsefull förändring, eftersom domstolarna tidigare hade ogiltigförklarat avtal med hänvisning till att deras innehåll gjorde dem orättvisa, inte med hänvisning till att de inte ingåtts av fri vilja. Nu började man alltså slå vakt om orättvisa avtal, med hänvisning till att de faktiskt ingåtts av fri vilja[748] och att det var viktigare att skydda fritt avgivna viljeförklaringar än att övervaka avtals innehåll.[749] Nästa steg var att ställa frågan om det verkligen borde vara nödvändigt med en efterföljande bekräftelse av sin bundenhet vid det orättvisa avtalet – borde inte redan det faktum att man ingått avtalet av fri vilja vara tillräckligt?[750]

Frågan om vad som krävs för att någon skall anses frivilligt ha ingått ett avtal, som innehåller ett till synes orättvist villkor, är aktuell även när tillämpningen av 36 § avtalslagen diskuteras. Detta återkommer framställningen till i delavsnitt 6.3.3.

4.3.4 Argument angående viljeprincipen

I detta delavsnitt kommer att beskrivas och diskuteras hur viljeprincipen motiveras och kritiseras i svensk, norsk, dansk, tysk och engelsk rätt samt i någon mån hur den har motiverats och kritiserats tidigare i historien. För att kunna motivera den gjorda kopplingen mellan respektive dygd och respektive princip (inklusive att ta ställning till om principerna är lämpliga att använda för normeringen av den goda avtalsrelationen, d v s om de har något att säga om vad

---

[746] Det är det Ramberg beskriver, när han säger att viljeteorin anger *”…**viljan** som **orsak** till den rättsliga effekten”* (a a, s 39). (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.) Se även Atiyah: *”…the modern lawyer … still takes it for granted that contractual obligations are created by the will or the intention of the parties”* (a a, s 406).
[747] Atiyah, a a, s 213.
[748] Att den förpliktade skulle ha gjort sitt åtagande av fri vilja betonades: *”…an unfair bargain would become binding if freely and voluntarily confirmed by the losing party”* (Atiyah, a a, s 213).
[749] Jfr Atiya (a a, s 213) som med en lukullisk metafor beskriver utvecklingen på följande sätt: *”…it meant that a subsequent assent could now put right a first defective assent, or that, in effect, assent could make an unfair bargain binding with two bites of the cherry”*.
[750] Atiya, a a, s 213.

den goda avtalsrelationen bör vara och om det de har att säga är bra, d v s stöds av goda argument) och för att kunna använda principerna som normer för bestämmandet av innehållet i oskälighetskrekvisitet i 36 § avtalslagen, krävs, som tidigare anförts, en närmare definition av de olika principerna och en undersökning av på vilken värdegrund de vilar. Det bör även uppfattas som intressant i sig att lyfta fram och pröva vilka argument som förs fram och har förts fram för respektive mot principen, för att fördjupa förståelsen av avtalsrättens värdegrunder.

Den allra äldsta romerska avtalsrätten byggde varken på viljeprincipen eller på tillitsprincipen, utan på att ingående av avtal var ett slags magisk rit, och att den som genomförde denna rit var ovillkorligen och närmast av teologiska skäl förpliktigad att fullgöra sina åtaganden enligt avtalet.[751] Man kunde således inte åberopa ”viljefel” för att komma ifrån avtalsbundenheten.[752] Senare lanserades dock i den romerska doktrinen att det var den rättshandlandes vilja, som gav upphov till avtalsbundenheten, och därmed var grunden lagd för den moderna viljeprincipen.[753] Den som framför allt anses ha sammanställt och konceptualiserat den romerska viljeprincipen och givit den en framskjuten plats i den europeiska avtalsrättsliga doktrinen är Savigny.[754] Atiyah påpekar dock att principen om partsviljan som avtalets grund började artikuleras allt tydligare i engelska domar från 1700-talets mitt[755], varför det romerska arvet var levande även före Savignys bearbetning av detsamma, i synnerhet tack vare naturrättsjurister som Grothius och Pufendorf.[756]

Det huvudsakliga argumentet för viljeprincipen har förblivit detsamma alltsedan principen först började utvecklas under antiken: människans fria vilja skall respekteras. Denna etiska hållning kommer tydligt till uttryck i många romerska juristers allmänna inställning till rättsordningens funktion. Rättsordningen skall inte ingripa i enskildas förehavanden, utan fria, romerska medborgare skall själva

---

[751] Se t ex Zimmermann, a a, s 71: *”…many Romans still sensed certain oath-like connotations when using the word ’spondeo’ at a time when all sacral effects and sanctions had long fallen away”*. Jfr avsnitt 4.3.2.2 ovan.

[752] Jfr Vahlén, a a, s 21: *”Det brukar framhållas, att i rättshistoriens första skeden det yttre viljeuttrycket var helt avgörande. Viljeförklaringar tolkades bokstavligt: det man icke hade sagt, var man ej bunden av, men omvänt var man bunden av orden, även om de icke täcktes av viljan”*.

[753] Zimmermann, a a, s 564 f. Se även Avtalslagskommitténs betänkande, s 138, där man påpekar att den romerska rätten i aktuellt hänseende *”...övat ett mäktigt inflytande på de moderna kulturfolkens rätt...”*. Mayer-Maly, Theo, säger i Römisches Recht, 2 uppl, Wien 1999, s 114, att det nu finns endast svagt stöd för den tidigare uppfattningen att den romerska rätten under mycket lång tid höll sig till orden och inte till viljan, när dessa kom i konflikt med varandra.

[754] Zimmermann, a a, s 614 ff, som hänvisar (i not 184) bl a till Savignys System, vol III, där misstagsläran behandlas. Se även Palandt m fl, Bürgerliches Gestezbuch, 58 uppl, München 1999, s 79, där även Windscheid och Zitelmann nämns.

[755] Atiyah, a a, s 213. Se även nothänvisningarna i avsnitt 5.5.2.1, i synnerhet not 2.

[756] Atiyah, a a, s 406. Jfr Pufendorf, a a, s 100: *”Uppfyllandet av varje …avtal är förenat med något slags besvär, och det starkaste argumentet för att vi inte har någon rätt att klaga över den saken ligger däri, att vi frivilligt har samtyckt till något, som vi hade kunnat undvika”*.

få ordna sina affärer i enlighet med sina egna önskemål.[757] Samma typ av argument återfinns i den europeiska 1700-talsdebatten: *"The autonomy of the free choice of private parties to make their own terms was the central feature of classical contract law"*, skriver Atiyah (som med klassisk kontraktsrätt menar den kontraktsrätt som tydligt började ta form på 1700-talet och som dominerade det sena 1800-talet).[758]

Det är värt att notera att de huvudsakliga argument som historiskt har framförts till stöd för viljeprincipen inte är konsekvensetiska, i motsats till argumenten för tillitsteorin, som företrädesvis tar sikte på just principens effekter (se nästa avsnitt). Man kan förvisso inom nationalekonomin hitta en rad försök att formulera teorier som, med hänvisning till exempel från verkligheten[759], syftar till att visa att samhällets ekonomiska utveckling befrämjas av största möjliga frihet för människor att agera på marknaden i enlighet med sin egen vilja, till exempel genom att fritt få avtala med varandra om i stort sett vad som helst, men den diskussionen är inte riktigt relevant här. Viljeprincipen bygger i och för sig på föreställningen att varje människas fria vilja bör respekteras, vilket innebär att principen väl harmonierar med till exempel principen om avtalsfrihet, men den är inte liktydig med principen om avtalsfrihet.[760] Även en anhängare av tillitsprincipen kan vara en varm anhängare av avtalsfrihetens princip och använda omtanken om marknadens funktionsduglighet som ett argument för att ange tilliten snarare än viljan som grund för avtalsförpliktelsers uppkomst.

I avtalslagskommitténs betänkande märks en tydlig preferens för tillitsprincipen, medan viljeprincipen anges ha svagt stöd såväl bland rättsvetenskapsmän som i Högsta Domstolen.[761] Skälen till det synes vara främst två, ett konsekvensetiskt och ett deontologiskt. Det förstnämnda argumentet handlar om att skydda omsättningens intressen, det sistnämnda att godtroende motparter är mer skyddsvärda än personer som inte lyckas få de viljeförklaringar de avger att överensstämma med den bakomliggande viljan.

I sentida svensk doktrin ägnas viljeprincipen ett tämligen begränsat intresse. De principiella argumenten för respektive emot principen behandlas knappast alls.[762]

---

[757] *"Roman private law was the law of the free Roman citizen, who could not only be relied upon to look after his own interest, but whose duty it also was to protect the … weaker members of the community … in so far as they belonged to his household*", framhåller Zimmermann (a a, s 256).

[758] Atiyah, a a, s 408.

[759] Tacksamma exempel brukar hämtas från bland annat jämförelser mellan Nord- och Sydkorea eller f d Öst- och Västtyskland.

[760] Att den fria viljan dock är av betydelse även för avtalsfrihetens innebörd framgår av Strömholm, Stig, Avtalsfrihetens komponenter – ett analysförsök i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 533. Han anför där att en av avtalsfrihetens komponenter är att det finns en rätt för människor att *"…självständigt och **frivilligt** förplikta (binda) sig själva och en motpart"* (min markering).

[761] Avtalslagskommittén, s 139 ff.

[762] Grönfors ger en kort beskrivning av vad viljeprincipen innebär, men analyserar den inte närmare, och anser själv att förklaringsteorin är att föredra (a a, s 140 f): *"Förklaringsteorins ståndpunkt att utgå från själva förklaringen eller rättshandlingen är tydligen den som bäst överensstämmer med en*

Ramberg/Ramberg framhåller att varken viljan eller tilliten generellt kan sägas ensamma utgöra en grund för rättsliga effekter.[763] De förefaller då bland annat stödja sig på det faktum att det finns regler, till exempel i 32 § avtalslagen[764], som innebär att ett avtal kan komma till stånd även mot den ena partens vilja. När ett förklaringsmisstag ger upphov till rättslig effekt (vilket inträffar när motparten är i god tro om misstaget), är det inte viljan som har rättsskapande kraft, utan viljeförklaringen.

I modern norsk doktrin förekommer samma slags kritik mot viljeprincipen, som man kan återfinna i svensk juridisk litteratur. Hov framhåller att när man säger att avgivarens vilja utgör grunden för att ett löfte är bindande, kan detta inte motiveras genom hänvisning till andra förhållanden: *"Et slikt utgangspunkt ble altså et rent postulat"*.[765] Han citerar Ross, som menar att viljeprincipen bygger på *"…rent metafysiske forestillinger om viljen som en magisk skabende kraft. Ligesom Gudsordet skabte lyset, således skaber viljen 'retten', d v s rettigheder og pligter taenkt som en slags åndelige attributer eller substanser"*.[766] Sedan övergår Hov till att diskutera tillits- och förklaringsprinciperna och påpekar att de bygger på tanken att ett löfte är bindande, eftersom det skapar tillit, och att bundenhetens gräns därför går vid vad motparten hade skäl att uppfatta och lita på av den viljeförklaring medkontrahenten gav uttryck för.

Woxholth kritiserar viljeprincipen i samma anda genom att framhålla att det uppenbarligen är fel att säga att det är viljan som ger upphov till avtalsbundenhet, eftersom sådan bundenhet kan uppkomma vid förklaringsmisstag enligt 32 § norska avtalslagen (ett lagrum, vilket som bekant har samma innebörd som sin svenska motsvarighet).[767] Samtidigt konstaterar han att frågan om löftesgivaren ville binda sig eller inte har betydelse, när man skall avgöra om ett avtal har ingåtts eller inte, och han hänvisar till rättsfall där Höyesterett har ställt frågan om parterna hade *"ment å binde sig"*. Å andra sidan menar han att partsvilja varken är en nödvändig eller en tillräcklig förutsättning för att avtalsbundenhet skall uppkomma.[768]

Det sistnämnda är uppenbarligen en korrekt utsaga. Partsvilja är inte en *nödvändig* förutsättning, eftersom man kan bli bunden vid exempelvis förklaringsmisstag. Partsvilja är inte heller en *tillräcklig* förutsättning, eftersom man på något sätt måste ge uttryck för sin vilja i förhållande till den tilltänkte

---

uppfattning som vill ställa sig så neutral som möjligt till lagtexten". Adlercreutz beskriver också principen (Avtalsrätt I, 11 uppl, Lund 2000, s 35 f och 260 f), men säger: *"Numera känner man inget behov av att fastställa en teoretisk grund för olika rättsregler; dessas utformning baseras på praktiska överväganden"* (a a, s 260).

[763] Ramberg/Ramberg, a a, s 31 f.

[764] Sagda lagrum analyseras utförligt av Vahlén i a a, s 20 ff.

[765] Hov, a a, s 60.

[766] Citatet, som är hämtat ur Ross, Om ret og retfaerdighet, Köpenhamn 1966, s 284, återges i Hov, a a, s 60.

[767] Woxholth, Geir, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 3 uppl, Oslo 1998, s 63.

[768] Woxholth, a a, s 63.

avtalsparten, för att vederbörande skall kunna ta ställning till om han vill medverka till att avtal kommer till stånd.[769] Visserligen uppkommer, enligt nordisk rätt, ett slags prekontraktuell bundenhet redan i och med anbudets avgivande[770] – den bundenheten förutsätter alltså inte ”meeting of the minds”[771] – men också för att något skall kunna kallas ett anbud, måste det ha tagit sig sådant uttryck i tal, skrift eller på annat sätt att det kan uppfattas av motparten.

Den här kritiken mot viljeprincipen är emellertid endast relevant om man betraktar principen som en regel och inte som just en princip.[772] En princip är, hävdar Peczenik som sagt, en norm som uppställer ett ideal.[773] Han menar också att principer alltid är av prima facie-karaktär, d v s de anger vad som prima facie är gott/bör göras etc, men att tillämpningen av en princip i ett konkret fall förutsätter en avvägning mellan principen i fråga och andra principer, som i det enskilda fallet kan komma i konflikt med den förstnämnda principen. En regel, däremot, anger vad man skall göra och ger inte utrymme för avvägningar. Beträffande en regel finns två teoretiskt tänkbara alternativ i varje enskilt fall: antingen följer man den eller också följer man den inte.[774] Beträffande en princip är frågan i stället i vilken grad man skall upprätthålla den i ett enskilt fall.

Om någon påstår att viljeprincipen är en regel, som anger när avtalsbundenhet uppkommer, kan det påståendet uppenbarligen tillbakavisas till exempel med hänvisning till regeln i 32 § AvtL om avtalsbundenhet vid förklaringsmisstag.[775] Om man däremot hävdar att viljeprincipen är en princip, som bör beaktas i avtalsrättsliga sammanhang, är det svårare att se att påståendet kan falsifieras med hänvisning till 32 § AvtL. När det gäller förklaringsmisstag har lagstiftaren gjort en avvägning mellan viljeprincipen (som princip) och tillitsprincipen (som princip) och skapat en regel, som ger tillitsprincipen företräde.

Det är svårt att hålla med Hov om att debatten om viljeprincipens respektive tillitsprincipens berättigande *”…er en diskusjon som i høy grad hører fortiden til…”*[776] – om debatten gäller dem båda som principer, inte som regler. Avtalslagen, som fortfarande är ett levande lagverk, kan sägas vara en kompromiss mellan viljeprincipen och tillitsprincipen. Ett exempel: 28 § om

---

[769] Jfr Ramberg/Ramberg, a a, s 31.
[770] Se t ex Grönfors, Avtalslagen, s 24 f, i synnerhet s 25 där han refererar till Arnholms tal om provisorisk bundenhet. Se även Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 19 ff.
[771] Uttrycket används på många ställen, bl a av Bryde Andersen, Mads, i Grundlaeggende aftaleret, Köpenhamn 1997, s 75.
[772] Jfr delavsnitt 4.3.1.
[773] Se delavsnitt 3.5.7.
[774] Om det är fråga om en rättsregel finns det däremot vanligen endast ett juridiskt korrekt alternativ, nämligen att följa regeln.
[775] Bryde Andersen menar att det räcker att läsa igenom avtalslagen för att kunna konstatera att den mest radikala varianten av viljeprincipen (eller viljeteorin, som Bryde Andersen säger) inte gäller (a a, s 78). Rätteligen bör utsagan kompletteras på så sätt att man säger att den mest radikala varianten av viljeteorin inte gäller *som en regel*. Det är, som framhålls ovan, främst beträffande regler som det är relevant att ställa frågan om de gäller eller inte gäller.
[776] Hov, a a, s 59.

råntvång skyddar den fria viljan, medan 32 § skyddar medkontrahentens befogade tillit. Det är en mycket konkret omständighet, som synes tala för att man i rättstillämpningen bör eftersträva en viss balans mellan skyddet av viljan och skyddet av tilliten. Om så är fallet, måste det vara relevant att diskutera vilka argument som kan anföras för respektive emot principerna i fråga samt vilka argument som i en viss situation skall tillmätas störst vikt. Bryde Andersen för resonemang som är i linje med denna ståndpunkt, när han ställer frågan varför vi idag skall intressera oss för viljeprincipen och tillitsprincipen. Han konstaterar att avvägningen *"…mellem hensynet til afgiverens vilje og modtagerens tilid til den faktisk udtrykte erklaering kommer til udtryk på alle niveauer i det juridiske hierarki"*.[777] Han menar att viljeprincipen motiveras *"…af det grundlaegende hensyn til den enkeltes selvbestemmelse eller partsautonomi (enhver har ret til selv at bestemme over sig), der igen går hånd i hånd med det liberalistiske grundsyn, der ligger bag vor markedsøkonomi"*.[778]

Han anser att viljeprincipen spelar en viktig roll i konsumenträtten, som med sina formföreskrifter m m skyddar konsumenten mot sin egen spontana och kanske inte fullt genomtänkta vilja, medan den kommersiella avtalsrätten i högre grad bygger på tillitsprincipen.[779] Han menar också att fokus i den avtalsrättsliga diskussionen har förskjutits från frågan om avgivaren eller mottagaren av en viljeförklaring skall anses mest skyddsvärd till frågor om t ex huruvida man är förpliktigad om man skriver under ett standardavtal utan att läsa igenom det eller om en dator som avger eller mottar automatiska beställningar har den vilja som krävs för avtalsbundenhets uppkomst, men att det likväl är vilje- och tillitsproblematiken som utgör debattens grundtema.[780]

En följdfråga i sammanhanget blir om lagstiftarens preferens för tillitsprincipen beträffande 32 § AvtL innebär att lagstiftaren sagt att viljeprincipen inte är en del av avtalsrätten? En så långtgående slutsats finns det knappast stöd för. Snarare måste man väl säga att lagstiftningens och rättsordningens utgångspunkt är att partsviljan i normalfallet skall respekteras.[781] För att återknyta till Woxholth får det anses vara den ståndpunkten Höyesterett intar, när rätten frågar om parterna haft för avsikt att binda sig. Som Adlercreutz framhåller handlar avtalstolkning i första hand om att *"…fastställa vad parterna avsett, vad de får anses ha bestämt gemensamt, vilka handlingsregler de uppställt för sig inbördes. Avtalsinnehållet*

---

[777] Bryde Andersen, Mads, Grundlaegende aftaleret, Köpenhamn 1997, s 77 f.
[778] Bryde Andersen, a a, s 341. Man kan notera att han hänvisar till de värderingar som ligger till grund för det rådande ekonomiska systemet, men inte diskuterar huruvida partsautonomin är uttryck för en mera allmängiltig, samhällelig frihetsprincip (jfr den nedan refererade diskussionen i tysk doktrin).
[779] Bryde Andersen, a a, s 78.
[780] Bryde Andersen, a a, s 76. Vill man märka ord, skulle man kunna påpeka att den sistnämnda frågan om en dators eventuella vilja nog är fel ställd. Det är knappast finnas någon som påstår att en dator kan ha en vilja som i någon rimlig mening kan jämföras med en människas vilja (så länge vi rör oss med sådana datorer som är allmänt förekommande i samhället idag och bortser från sådan ”konstgjord intelligens” som kan komma att utvecklas i framtiden).
[781] Se till exempel Ramberg/Ramberg, a a, s 30: *"Det är åtminstone en naturlig utgångspunkt att man blir förpliktad helt enkelt därför att man vill det"*.

fastställes i den mån det är möjligt med ledning av vad parterna gemensamt åsyftat, även i strid med lydelsen såsom den utlägges genom objektiv tydning".[782]

I tysk doktrin har viljeprincipen sedan länge en stark ställning, och BGB vilade vid sin tillkomst avsevärt mer på viljeprincipen än på tillitsprincipen, även om viljeprincipen försågs med modifierande bestämmelser, för att i vissa situationer mildra dess effekt för godtroende medkontrahenter.[783] Palandt framhåller att striden mellan vilje- och tillitsprinciperna inte var avgjord i och med BGB:s införande, utan att den har fortsatt.[784] Flume för ett omfattande resonemang om viljan, olika slags vilja, relationen mellan vilja och förklaring m m, vilket illustrerar att hithörande frågor är i hög grad levande i tysk doktrin.[785]

Den etiska grunden för att slå vakt om den fria viljan, och därmed inte upprätthålla avtal som tillkommit som ett resultat av angrepp på densamma, uttrycks väl av Larenz: *"Der Grund dafür ist, dass in diesen Fällen die Freiheit der Willensbildung und -entschliessung, die grundsätzlich von der Privatautonomie vorausgesetzt wird, durch äussere Einwirkungen Dritter beeinträchtigt wird..."*.[786] Eller med andra ord: utgångspunkten är att människan är fri att fatta sina egna beslut till exempel angående vilka rättshandlingar hon vill företa eller inte företa och den friheten bör skyddas av rättsordningen. Värt att notera är att uttrycket "människan är fri" inte är deskriptivt utan normativt. Man kan inte empiriskt komma fram till att människan är fri. I samma anda som Larentz talar Flume om viljeprincipen såsom ett utflöde av principen om självbestämmande.[787] Även denna hållning utgår således ifrån att människan har (bör ha) en grundläggande rätt att fatta beslut rörande sin egen tillvaro.

Det är självfallet inte nödvändigt att gå till rättsvetenskapen för att finna utgångspunkten att varje människa föds fri och har rätt till självbestämmande över sin tillvaro. Från den normativa etikan kan exempelvis anföras Kants syn på varje människas unika och oändliga värde – varje människa skall betraktas som ett mål i sig och aldrig enbart som ett medel – och med den ståndpunkten blir det naturligt att respektera människans vilja.

I tysk doktrin anför man de så kallade grundrättigheterna i den tyska författningen (Grundgesetz, GG) som stöd för den just beskrivna synen på

---

[782] Adlercreutz, Avtalsrätt II, s 47.
[783] Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58 uppl, München 1999, s 79 ff. Svensson skriver i a a, s 37: *"En modifierad version av viljeteorin gavs lagstöd i den tyska Bürgerliches Gesetzbuch (BGB § 116 ff) och utgör alltjämt gällande rätt enligt BGB. Om en viljeförklaring inte överensstämmer med den verkliga viljan, ges avgivaren rätt att 'angripa' förklaringen med påföljd att förklaringen blir att anse som ogiltig"*. Jfr även Avtalslagskommitténs betänkande, s 138 f.
[784] Palandt, a a, s 79.
[785] Flume, a a, s 23 ff.
[786] *"Grunden för det är, att i de här fallen blir friheten att forma och bestämma sin vilja, som förutsätts av (principen om) privatautonomi, kränkt av tredje man..."* Larenz, a a, s 695.
[787] Flume, a a, s 60 ff. *"Entscheidend für das Wesen der Willenserklärung ist, dass sie Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung ist*", skriver Flume (a a, s 60). ("Kännetecknande för viljeförklaringens väsen är att viljeförklaringen innebär rättsskapande baserat på självbestämmande.")

människan och hennes frihet. Man kan bland annat hänvisa till GG Art 2, som talar om rätten till ”freie Entfaltung” (”fri utveckling”).[788] Larenz talar om grundrättigheternas indirekta effekt i civilrätten och menar med det att de ger uttryck för rättsetiska[789] värdeståndpunkter, som skall beaktas i rättstillämpningen.[790]

När det gäller argument för viljeprincipen i engelsk rätt, påpekar Atiyah att viljeprincipen av engelska jurister tas som en så självklar avtalsrättslig utgångspunkt att de knappast reflekterar över dess existens, än mindre anför några skäl för den.[791] Där som i andra länder bygger dock tankegången på att människans fria vilja skall respekteras.[792]

4.3.5 Viljeprincipen och avtalsrelationens dygder

Sammanfattningsvis kan sägas att viljeprincipen i den här avhandlingen definieras som principen att den enskilda människans vilja bör respekteras i avtalssammanhang. Däremot används viljeprincipen här inte som en regel, vilken anger när eller under vilka förutsättningar avtalsbundenhet uppkommer.

Det centrala argumentet för upprätthållandet av viljeprincipen är ”*…det grundlaegende hensyn til den enkeltes selvbestemmelse eller partsautonomi (enhver har ret til selv at bestemme over sig)…”* [793], vilket också kan beskrivas som *”…die Freiheit der Willensbildung und -entschliessung, die grundsätzlich von der Privatautonomie vorausgesetzt wird…”*.[794] De argument, som framförs i

---

[788] Larenz, a a, s 748.

[789] Larenz (a a, s 746 ff) skiljer mellan rättsetiska och socialetiska ståndpunkter. Han menar att de socialetiska principerna bildar grundvalen för de värdeföreställningar som är oundgängliga för att samhället och ekonomin skall fungera; dessa värdeföreställningar ligger i sin tur till grund för den ”härskande moralen” i samhället. Rättsetiska principer är principer som är immanenta i rättsordningen, t ex de principer som kan läsas ut av grundlagen. I viss utsträckning kan de socialetiska och de rättsetiska principerna beröra samma frågor och skulle de då komma i konflikt med varandra äger de sistnämnda principerna företräde, framhåller Larenz.

[790] Larenz, a a, s 747 f.

[791] Viljeprincipen har, skriver Atiyah, visat sig vara *”…so tenacious in English law that even the modern lawyer, accustomed as he is to the many derogations from freedom of contract today, still takes it for granted that contractual obligations are created by the will or the intention of the parties. The modern lawyer, still under the influence of the nineteenth-century heritage, sees little or no difference between saying that parties voluntarily enter into a transaction to which the law attributes certain consequences, and saying that the consequences themselves are the creation of the will of the parties”* (a a, s 406).

[792] *”For what does a person make himself contractually responsible? In fidelity to the ideal of individual liberty, which gives rise to a presumption that the parties should be free to choose the terms of their contract, the classical law answers this question by asserting that a party to a contract is bound by those obligations to which he has consented and no others”*, skriver Collins i a a, s 206. *”…the law of contract is distinctive in the way in which it seeks to attribute the source of the obligation to the consent of the parties”*, framhåller han också i a a, s 108 (även om han senare i samma kapitel söker visa att samtycket i praktiken inte kan tillmätas samma betydelse som i teorin, när det gäller att fastställa förpliktelsers uppkomst och innehåll).

[793] Bryde Andersen, a a, s 341.

[794] Larenz, a a, s 695.

svensk och annan nordisk doktrin mot viljeprincipen och mot att den är relevant att diskutera idag, tar sikte på viljeprincipen som en regel om avtalsbundenhets uppkomst och dessa argument har således ingen bärighet gentemot viljeprincipen som princip.

Det bör dock framhållas att viljan måste uppfylla vissa krav för att förtjäna den sagda respekten. Det som krävs är att viljan, när den formuleras, är fri, mogen, frisk och fullt ut informerad. (Det sistnämnda torde medföra att viljeprincipen även ”skyddar” mot förutsättningsfel.[795]) Det är ungefär på detta sätt viljeprincipen har kommit att uppfattas i de rättsordningar som här har behandlats[796], även om det inte är en logiskt nödvändig definition av principen[797]. Härtill kan dock sägas att ovanstående krav förefaller innebära en konsekvent bestämning av principens innebörd. Att en viljeprincip har vuxit fram, beror uppenbarligen på att den enskildes vilja har ansetts skyddsvärd. Eftersom principens värdegrund således har att göra med respekten för den enskilde avtalsparten, vore det motsägelsefullt att låta principen värna viljeyttringar som någon annan tvingat eller manipulerat fram. Medkontrahentens intressen skyddas i stället av andra principer, som behandlas i kommande avsnitt. Redan här bör dock framhållas att viljeprincipen alltså kan komma i konflikt med andra principer, till exempel tillitsprincipen, eftersom sistnämnda princip kan anföras till stöd för åsidosättande eller jämkning av ett avtal i strid mot parts vilja. Således måste, om viljeprincipen används som en norm i rättstillämpningssammanhang, en avvägning alltid göras mellan denna princip och andra, motstående principer.

I avsnitt 4.1 sammankopplas viljeprincipen med dygderna ärlighet och lojalitet, vilket skall uppfattas så att jag anser att viljeprincipen och sagda dygder vilar på samma (eller i vart fall mycket snarlika) värdegrunder. Hur kan det motiveras?

Såväl viljeprincipen som ärlighetsdygden och lojalitetsdygden kan, menar jag, sägas ytterst bygga på respekten för människovärdet och för den därur härledda tanken om den enskildes rätt att träffa sina egna val.

Enligt viljeprincipen skall man bland annat slå vakt om en persons rätt att fatta sina beslut på grundval av all för beslutet relevant information.[798] Det torde innebära att viljeprincipen förutsätter att människor, som träffar avtal med varandra, besitter dygden ärlighet, eftersom den som är ärlig inte ljuger eller undanhåller relevant information. Att en part inte får felaktig information av sin medkontrahent är förvisso inte en tillräcklig, men dock en nödvändig, förutsättning för att beslutet skall fattas på grundval av all relevant

---

[795] Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran, s 280 f.
[796] Jfr t ex citatet av Grönfors ovan (ur Avtalslagen, 3 uppl, s 184) angående avtalslagskommitténs uttalande om att allvarligt råntvång innebär att rättshandlingen i fråga inte kan sägas ha företagits av den tvungne: *”Tydligare kan man knappast uttrycka viljedogmen”*.
[797] Se t ex diskussionen i delavsnitt 4.3.2.2.
[798] Se delavsnitt 4.3.2.3.

information.[799] Att vara ärlig innebär inte enbart att det man säger är sant, utan också att det man säger ger en rättvisande bild av verkligheten, så att man exempelvis inte utelämnar viktiga upplysningar.[800] Här finns det anledning att peka på kopplingen mellan dygden ärlighet och rättrådighetens ”underdygd” att ta ställning utifrån relevant kunskap. ”Underdygden” i fråga har stor betydelse i exempelvis rättsprocesser, medan ovan[801] hävdas att den i avtalsrelationen närmast torde få innebörden att man bör låta medkontrahenten ta ställning utifrån relevant kunskap. Därmed blir den praktiska innebörden densamma som beträffande ärlighetsdygden.

Den som är oärlig respekterar inte sina medmänniskor, varför det finns en koppling mellan människovärdets betydelse och ärlighetsdygden. Dygden kan dock motiveras än tydligare med hänvisning till att dygder syftar till att människor och samhällen skall blomstra och utvecklas. Hursthouse påpekar att vi normalt utgår ifrån att människor är ärliga och att vi måste göra det, för att samhällslivet skall fungera.[802] På samma sätt kan man hävda att ärlighet är en dygd som gör att människor utvecklas i positiv riktning, varför det är rätt även för medmänniskornas skull om jag kräver att de skall vara ärliga mot mig. När det gäller användningen av konsekvensargument för att rättfärdiga dygder hänvisas i övrigt till delavsnitt 4.4.4 om tillitsprincipen och avtalsrelationens dygder.

Ärlighetsdygden har, i motsats till viljeprincipen, ingenting att säga om hur man skall betrakta den situation att någon fattar ett beslut, som baseras på oriktiga eller bristande förutsättningar, utan att medkontrahenten är skuld till att förutsättningen är oriktig eller visar sig vara bristande (ett krig bryter ut, en storm drar fram, en statlig garanti uteblir etc). Ärlighetsdygden i avtalsrelationen har således ett snävare ”tillämpningsområde” än viljeprincipen, eftersom den tar sikte på hur parterna agerar mot varandra, inte på hur andra människor agerar eller vad krafter utanför människors kontroll förorsakar. Detta innebär inte att det saknas dygdeetiskt stöd för att ta hänsyn till exempelvis bristande förutsättningar som förorsakas av naturkatastrofer, krig etc, men då får man snarare vända sig till rättrådigheten än till ärligheten. Den diskussionen förs i anslutning till behandlingen av ekvivalensprincipen.

Att vara lojal i en avtalsrelation beskrivs ovan[803] som att man i viss utsträckning tillvaratar även medkontrahentens intressen, vilket i sin tur är ett tecken på att man respekterar sin nästa, ett tecken på att man *ser* vederbörande och vederbörandes behov. Här återkommer alltså människovärdets betydelse, på

---

[799] Man kan tänka sig situationer när det inte ens är en nödvändig förutsättning för välgrundat beslutsfattande att en part får korrekt och rättvisande information av sin medkontrahent, nämligen om parten redan vet eller på annat sätt får veta hur det verkligen förhåller sig och kan genomskåda medkontrahentens lögner. Från detta bortses dock i det följande.
[800] Jfr delavsnitt 3.5.6.5.
[801] Delavsnitt 3.5.6.5.
[802] Se delavsnitt 3.5.6.5.
[803] Delavsnitt 3.5.6.5.

samma sätt som när viljeprincipen motiverades. Ett viktigt sätt, på vilket man kan tillvarata medkontrahentens intressen, är att respektera medkontrahentens vilja i förhållande till avtalsrelationen och att efter förmåga säkerställa att den vilja, som medkontrahenten ger uttryck för, är fri, mogen, frisk och fullt ut informerad. Om man utnyttjar medkontrahentens psykiska sjukdom/störning, bristande kunskap, bristande information eller liknande, kan man inte beskrivas som lojal i förhållande till medkontrahenten.[804] Lojalitetsdygden har således ett vidare ”tillämpningsområde” än ärlighetsdygden, men sannolikt inte ett så vitt ”tillämpningsområde” som viljeprincipen.

Viljeprincipen innebär, med den här gjorda definitionen, att den enskildes vilja alltid skall respekteras, varför den, om den tillämpas utan inskränkningar, innebär till exempel att den enskilde alltid kan frånträda ett avtal, om hans förutsättningar brister eller är oriktiga. En sådan tillämpning skulle de flesta finna orimlig, men viljeprincipen måste självfallet i en tillämpningssituation avvägas mot motstående principer, till exempel tillitsprincipen. När det däremot gäller dygden lojalitet, rymmer den i sig en avvägning. Att vara lojal med sin medkontrahent innebär inte att man alltid måste rätta sig efter vederbörandes vilja, utan att man *i viss utsträckning* bör respektera denna vilja genom att tillvarata även medkontrahentens intressen. Det måste därför finnas en norm som anger i vilken utsträckning man måste tillgodose medkontrahentens intressen för att anses vara lojal. Vid tillämpningen av såväl viljeprincipen som lojalitetsdygden krävs alltså en avvägning och de storheter som skall avvägas torde vara desamma, varför skillnaden blir om avvägningens resultat ”ingår” i definitionen av respektive begrepp eller inte.

Enligt min uppfattning finns det således goda skäl att anse att viljeprincipen och dygderna ärlighet och lojalitet har en till stora delar gemensam värdegrund. Med tanke på detta – men även med tanke på styrkan i de argument som anförs för viljeprincipen – menar jag också att principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär, och att det den har att tillföra stöds av goda argument.

4.4 Tillitsprincipen

> *”It is more important not to disappoint another’s trust, or reliance, than it is even to be truthful or sincere.”*[805]

4.4.1 Allmänt om tillit och tillitsprincipen

En vanlig beskrivning av tillitsprincipen[806] är att den föreskriver att det är den ena partens befogade tillit till det medkontrahenten säger eller skriver som avgör

[804] Jfr Holm, a a, s 89 ff.
[805] Aityah (a a, s 82) beskriver Adam Smiths syn på tillitens betydelse i avtalsrätten.

dels att avtal kommer till stånd, dels avtalsbundenhetens omfattning.[807] I motsats till vad som gäller för viljeprincipen kan man inte se tillitsprincipen ur ett ”befriande” och ett ”betungande” perspektiv. Tillitsprincipen är, om man vill formulera sig något drastiskt, enbart ”betungande”.

Nära besläktad med tillitsprincipen är förklaringsprincipen (eller förklaringsteorin[808]), som innebär att *”…avgivaren skall vara bunden av sin förklaring, såframt adressaten icke förstod eller bort förstå att den varit behäftad med fel”*.[809] Skillnaden i utfall, om man tillämpar tillitsprincipen respektive förklaringsprincipen, blir sannolikt försumbar[810], varför förklaringsprincipen inte kommer att behandlas i ett eget avsnitt i denna avhandling.

Tillitsprincipen bygger således på tanken att den som mottagit en viljeförklaring och i god tro förlitat sig på den är mer skyddsvärd än motparten, som av misstag låtit viljeförklaringen få ett innehåll som inte var ett korrekt uttryck för hans vilja. Tillitsprincipen har dock inte, lika lite som viljeprincipen, tillämpats utan modifieringar. Ramberg/Ramberg framhåller att gränsdragningen mellan de båda slagen av rättsstridigt tvång i 28 respektive 29 §§ avtalslagen är ett uttryck för konflikten mellan viljeprincipen och tillitsprincipen.[811] Vid råntvång (28 §) skyddas inte medkontrahent som varken visste om eller hade anledning att misstänka att viljeförklaringen tillkommit under inflytande av tvång. Vid lindrigare tvång, däremot, är godtroende medkontrahent skyddad, enligt 29 §.

Liksom beträffande viljeprincipen menar jag dock att tillitsprincipen inte endast är en regel, som anger när avtalsbindning uppkommer, utan också en princip. Kärnan i tillitsprincipen blir med detta synsätt respekten för avtalsparts befogade tillit. Att en avtalsparts tillit till en viljeförklaring har ansetts ge upphov till bundenhet blir därmed en konsekvens av, inte kärnan i, tillitsprincipen. ”Varje människa har rätt att kräva att löften hon på goda grunder litat på också efterlevs”, skulle normen som uppställer idealet med denna tolkning av tillitsprincipen kunna formuleras.

---

[806] Ibland talas om tillitsteorin och inte om tillitsprincipen, men av samma skäl som anfördes beträffande användningen av begreppet viljeprincipen i stället för viljeteorin (se ovan) kommer i denna framställning begreppet tillitsteorin att användas.

[807] *”Enligt tillitsteorien skall man … betrakta viljeförklaringen från adressatens synpunkt och fästa avseende vid den tillit som förklaringen väcker eller bör väcka hos denne”*, skriver Vahlén i a a, s 21. Se även Ramberg/Ramberg, a a, s 31 f. Grönfors påpekar att viljeprincipen utgår från anbudsgivarens perspektiv, medan tillitsprincipen utgår från anbudsmottagaren (Avtalslagen, s 140). Se för en liknande kommentar Bryde Andersen, a a, s 79.

[808] Jfr vad som ovan sagts om relationen mellan begreppen tillitsteorin - tillitsprincipen respektive viljeteorin – viljeprincipen.

[809] Vahlén, a a, s 21 f.

[810] Förklaringsteorin *”…leder i sin praktiska tillämpning … i det väsentliga till samma resultat som tillitstorien”*, menar Vahlén, a a, s 22. Hov (a a, s 61) noterar att Stang lanserade *”…erklæringsteorien, som lå meget nær opp til tillitsteorien”*.

[811] Ramberg/Ramberg, a a, s 93.

4.4.2 Argument angående tillitsprincipen

Avtalslagskommittén brukar anses ha föredragit tillitsprincipen före viljeprincipen[812], något den också själv antyder[813], men frågan är om det trots allt inte är mer adekvat att säga att kommittén försökte finna en balans mellan de båda principerna, låt vara att den därvid i en del fall valde lösningar som bygger mer på tillitsprincipen än på viljeprincipen. Kommittén avvisar på intet sätt ståndpunkten att viljan ibland måste skyddas på bekostnad av medkontrahentens befogade tillit.[814] Inte ens i det lagrum, där tillitsprincipen anses ha kommit till tydligast uttryck i avtalslagen – 32 § – har kommittén (och lagstiftaren) entydigt anslutit sig till principen i fråga.[815]

Kommittén diskuterar dock på flera ställen på ett sätt som leder tankarna till tillitsprincipen. Den framhåller, apropå i 29 § AvtL, att medkontrahent, som inte känner till eller bort känna till att en viljeförklaring tillkommit som ett resultat av (”ordinärt”) tvång, kan göra det träffade avtalet gällande mot den tvungne och att motsatt ståndpunkt *”…skulle illa överensstämma med den tendens att skydda förvärv i god tro, som genomgår den moderna lagstiftningen”*.[816] Varför skall man då skydda förvärv i god tro? Kommittén anför angående svekbestämmelsen:

---

[812] Bryde Andersen (a a, s 80) säger*: ”Som før nævnt har aftl valgt side til fordel for tillidsteorien, jf ovenfor om § 32, stk 1”*. Woxholth är däremot av annan mening: *”Et uttrykk for tillitsteorien finnes i reglene om erklæringsvillfarelse i avtaleloven § 32 … men ut over dette har lovgiveren egentlig ikke tatt stilling til hvilken av teoriene som bør være toneangivende i spørsmålet om hva som skaper en avtaleforpliktelse”*. Hov framhåller att norsk rätt vilar på den syn som kommer till uttryck i tillits- och förklaringsprinciperna, men gör ingen närmare analys av argumenten bakom principerna. *”…det kan oppfattes som et slags kontraktsrettslig grunnprinsipp at en søker å finne løsninger som beskytter den tillit et utsagn skaper hos mottakeren…”*, skriver han (a a, s 61).

[813] *”Även i vårt land hava dessa grundsatser* (tillitsprincipen, min kommentar)*, om ock under annat namn, under den senaste manåldern vunnit allt större utbredning både i teori och i praxis”*, skriver kommittén (a a, s 139), utan att distansera sig från denna inriktning.

[814] Se till exempel kommitténs uttalande angående råntvång: *”…då rättshandlingen så till vida är resultatet av en viljeakt från den tvungnes sida, att denne, ställd inför valet att företaga densamma eller att bliva utsatt för våldsamheter, föredragit det förra alternativet, synes det svårligen kunna försvaras att låta hänsyn till den tvungne vika för hänsyn till medkontrahenten, därför att denne varit i god tro”* (a a, s 123).

[815] Det som uttryckligen regleras i 32 § 1 st AvtL är som bekant att viljeförklaring som till följd av förklaringsmisstag inte fått avsett innehåll inte kan åberopas av medkontrahent i ond tro, medan det praktiskt mest betydelsefulla är det avsedda motsatsslutet: att viljeförklaring, trots förklaringsmisstag, kan åberopas av medkontrahent i god tro om misstaget. Att den sistnämnda *”…med tillitsteorien överensstämmande grundsats icke i den förslagna lagtexten uttryckligen fastslagits, har huvudsakligen berott därav att det enligt kommitténs mening skulle vara obilligt att under alla förhållanden avskära möjligheten att taga hänsyn till ett misstag, om vilket mottagaren varken ägt eller bort äga kännedom”* (Avtalslagskommittén, a a, s 140). Grönfors konstaterar också att regeln inte innebär en *”hundraprocentig anslutning”* till tillitsprincipen (Avtalslagen, s 196). Vahlén påpekar att avtalslagen inte *”…i något fall – ej ens beträffande förklaringsmisstag – uppställt en regel som utan undantag lagfäster tillitsteorien. Även denna teori som dock ligger avtalslagen närmast är nämligen alltför ensidig för att kunna tilläggas generell tillämplighet på allmänna förmögenhetsrättsliga rättshandlingar och avtal, åtminstone beträffande någon rättsfråga av större räckvidd”* (a a, s 25). Lehrberg menar att *”…tillitsteorin … i avtalslagen för förklaringsmisstagens del har valts framför den s k viljeteorin”* (Förutsättningsläran, s 280).

[816] Avtalslagskommittén, a a, s 124.

”Redan den omständigheten, att svek faktiskt förekommer ojämförligt oftare än tvång, gör det för rättssäkerheten vida farligare att låta den, som varit utsatt för svek från tredje mans sida, åberopa detta gent emot en medkontrahent, som därom varken ägt eller bort äga kunskap”.[817]

Det centrala i argumentationen är uppenbarligen rättsäkerhetsbegreppet[818], vilket emellertid knappast kan sägas vara ett entydigt begrepp.[819] Rättssäkerhet har givits olika definitioner[820], men Peczenik framhåller kopplingen mellan formell och materiell rättssäkerhet. Med formell rättssäkerhet menar han att rättsliga beslut är förutsebara med stöd av lag[821], medan materiell rättssäkerhet *”innebär att rättskipning och myndighetsutövning baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på rättsnormerna baserade förutsebarheten och andra etiska värden”*.[822] Han betonar således att rättssäkerhet inte är detsamma som förutsebarhet: *”Formell rättssäkerhet (förutsebarhet) är visserligen ett viktigt värde, men den måste vägas samman med andra etiska värden. Materiell rättssäkerhet är avvägningens resultat”*.[823] Han framhåller att ökad förutsebarhet kan leda till mindre utrymme att beakta andra etiska värden, till exempel om man inför en mycket detaljerad lagstiftning om otillbörliga avtalsvillkor[824], samtidigt

---

[817] Avtalslagskommittén, a a, s 127. Kommittén återkommer till rättssäkerhetsproblematiken på flera ställen i sitt förslag och uttrycker sig, apropå viljeprincipen, på följande sätt: *”Den fara för rättssäkerheten, som denna teori medför, om den hänsynslöst genomföres…”* (a a, s 137).

[818] Huruvida kommitténs argumentation är pliktetisk eller konsekvensetisk kan diskuteras. Rättssäkerhet måste anses vara något gott i sig och argumenterar man utifrån det följer man en pliktetisk linje. Man kan dock även framföra konsekvensetiska argument till stöd för att (såväl formell som materiell) rättssäkerhet bör eftersträvas och det finns en del som tyder på att kommittén framför allt intresserat sig för det perspektivet. Diskussionen blir dock något olikartad om man diskuterar formell rättssäkerhet (förutsebarhet) jämfört med om den materiella rättssäkerheten står i centrum. Framställningen återkommer till dessa frågor.

[819] Peczenik framhåller att begreppet är *”…omstritt och måste underkastas en närmare analys. Språkbruket är komplicerat och skapar förvirring”* (Vad är rätt?, s 89). Jfr delavsnitt 4.2.4 ovan om förutsebarhetsprincipen.

[820] Se Peczenik, Vad är rätt?, s 89 ff, där han gör en ingående analys av rättssäkerhetsbegreppet. Han återkommer till begreppet även på bl a s 84 ff, 286 ff, 310 ff, 375 ff, 482 ff och 517 ff.

[821] Peczenik, Vad är rätt?, s 84.

[822] Peczenik, Vad är rätt?, s 94. Strömholm anser inte heller att rättssäkerhet och förutsebarhet är samma sak, vilket bl a framkommer, när han konstaterar att domstolarna inte är skyldiga att följa allt som sägs i lagmotiven: *”Det kan sägas vara en **rättssäkerhetsgaranti**, ty det är tydligen betydligt lättare att få ett motivuttalande, som kanske rentav står i strid mot gällande rättsprinciper eller är på annat sätt tvivelaktigt, att oemotsagt passera genom lagstiftningsmaskineriet än att trumfa igenom en lagtext av sådant slag”* (Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s 370; ursprunglig kursivering markerad med fetstil). Uppenbarligen talar Strömholm här om en rättssäkerhet som ligger väl i linje med Peczeniks materiella rättssäkerhet. Hade rättssäkerhet varit detsamma som förutsebarhet, hade man kunnat tänka sig att det är att föredra att alltid följa motivuttalandena, eftersom deras innehåll kan sägas vara allmänt bekant och rättstillämpning i enlighet med dem därmed förutsebar. Peczenik påpekar även: *”Redan själva ordet ’rättssäkerhet’ antyder att det rör sig om **rätten** och om **säkerhet**. Ordet ’säkerhet’ antyder i sin tur att det rör sig såväl om en viss **förutsebarhet** av rättsliga beslut som om deras etiska **godtagbarhet**, ty man är inte vare sig säker eller trygg då man utsätts för överhetens oberäkneliga eller etiskt förkastliga beslut”*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)

[823] Peczenik, Vad är rätt?, s 95.

[824] ”*Lagens bokstav skulle nämligen kunna strida mot lagtolkarens etiska omdöme. Lika skall behandlas lika men skilda individer är lika ur en synvinkel och olika ur en annan. Lagen kan*

som en generalklausul kan underlätta en rättvis bedömning av enskilda fall på bekostnad av förutsebarheten.[825]

Med hänvisning till ovanstående diskussion om materiell rättssäkerhet, skulle man med visst fog kunna hävda att en viktig etisk princip är viljeprincipen, vilken, som framhålls ovan, skyddar den fria, mogna, friska och fullt ut informerade viljan. Har man blivit svikligt förledd av tredje man har man inte gjort ett ställningstagande baserat på all relevant information. Om man inte låter den som blivit svikligt förledd av tredje man åberopa detta gentemot sin medkontrahent, innebär det att ett antal personer inte erhåller skydd mot rättshandlingar tillkomna som ett resultat av ”viljefel”, till skada för den materiella rättssäkerheten. Uppenbarligen är det inte så kommittén ser på saken. Den har fokuserat på den formella rättssäkerheten, förutsebarheten. Man skall kunna förutse resultatet av de rättsliga åtgärder man vidtar och inte riskera obehagliga överraskningar.[826]

Denna diskussion illustrerar att man inte kan säga att tillitsprincipen innebär ett skydd för rättssäkerheten, utan att närmare precisera vad som menas med rättssäkerhet. Använder man Peczeniks rättssäkerhetsdefinition, finner man att materiell rättssäkerhet förutsätter en avvägning mellan olika etiska principer (jfr delavsnitt 3.4.7).[827] Om man med rättssäkerhet menar materiell rättssäkerhet, blir det ologiskt att säga att ett argument för tillitsprincipen är att principen främjar rättssäkerheten, eftersom materiell rättssäkerhet förutsätter en avvägning mellan *olika* principer. Däremot kan man med fog hävda att tillitsprincipen främjar förutsebarheten.[828]

Avtalslagskommittén diskuterar konflikten mellan viljeprincipen och tillitsprincipen[829], men anför inte uttryckligen några argument för tillitsprincipen. Däremot framgår det av kommitténs resonemang att den ser principens tillämpning som ett skydd för en avtalspart mot att råka ut för ekonomiska

---

bestämma vissa kännetecken på likhet medan lagtolkaren har skäl att föredra andra” , skriver han (Vad är rätt?, s 95).

[825] Peczenik, Vad är rätt?, s 94 f. Jfr även Ramberg/Ramberg, a a, s 144 f:”*Konflikten mellan kravet på förutsebarhet och önskemålet om ett lämpligt rättsskydd i det enskilda fallet är svår att lösa”* .

[826] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 90: *”Vid i övrigt oförändrade förhållanden kan en individ effektivare planera sitt liv ju lättare att förutse de rättsliga besluten är”* .

[827] Man kan diskutera om det är precis samma avvägning, som krävs för att nå fram till ett materiellt rättssäkert rättsligt beslut respektive för att nå fram till det bästa rättsliga beslutet. Förmodligen är så inte fallet. Peczenik menar att för att ett beslut skall uppfylla kravet på materiell rättssäkerhet skall det vara *i hög grad* etiskt godtagbart (Vad är rätt?, s 94). I många fall kan man säkert tänka sig flera beslut som skulle vara i hög grad etiskt godtagbara och att därför det materiella rättssäkerhetskravet vore uppfyllt, oavsett vilket av dem som beslutsfattaren valde. För att uppfylla kravet på materiell rättssäkerhet skulle därmed inte krävas att beslutsfattaren når fram till det bästa tänkbara beslutet, utan endast att hans beslut är i hög grad etiskt godtagbart.

[828] Om jag litar på (hyser tillit till) att en viss sak skall inträffa och detta också inträffar (t ex att någon presterar i enlighet med ett avtalsåtagande, eftersom rättsordningen inte ger honom möjlighet att undgå prestation, trots att avtalet föranletts av ett ”viljefel”), har det skedda uppenbarligen varit förutsebart.

[829] Avtalslagskommittén, a a, s 137 ff.

förluster till följd av att avtalet plötsligt inte kan göras gällande. *”Medkontrahenten kan i förlitande på den honom tillhandakomna viljeförklaringen hava underlåtit att göra andra för honom fördelaktiga affärer…”*, skriver kommittén på ett ställe.[830] Här framhålls behovet av skydd för den enskilde affärsmannen, men från detta är steget inte så långt till att betona behovet av att skydda ”omsättningens intresse”, det vill säga ett effektivt fungerande ekonomiskt system.[831] Att en enskild affärsman kan ha ett rättmätigt, på deontologisk grund vilande, anspråk på skydd för sin befogade tillit är emellertid en sak, att på konsekvensetisk grund hänvisa till omsorg om omsättningsintresset som ett stöd för tillitsprincipen är något annat.

Tankegången bakom tillitsprincipen som ett skydd för det ekonomiska systemets effektivitet kan i korthet beskrivas på följande sätt. Förutsebarhet beträffande rättsliga effekter av ett handlande är sannolikt en betydelsefull faktor för att människor skall våga rättshandla med varandra, vilket i sin tur är en förutsättning för att det ekonomiska systemet skall fungera. Tillämpning av tillitsprincipen främjar förutsebarhet, alltså främjar tillämpning av tillitsprincipen också en väl fungerande ekonomi.[832]

Man skulle emellertid kunna vända på argumentationen och säga att om tillitsprincipen ges en alltför långtgående tillämpning, skulle det kunna leda till att så många blir bundna av avtal, trots att avtalen är behäftade med ”viljefel”, att benägenheten att rättshandla avtar på den grunden.[833] Det skulle väl till och med kunna vara så att om möjligheterna att underkänna avtal på grund av ”viljefel” ökar, så skulle det leda till att avtalsparterna blev mer omsorgsfulla när det gäller att ta reda på vad motparten verkligen menar, vilken information motparten har, om motparten är utsatt för någon form av otillbörlig påtryckning etc, något som i sin tur skulle kunna leda till fler avtal där båda parter är nöjda. Ett ökat antal goda avtalsrelationer bör (på deontologisk grund) betraktas som något gott i sig, men torde även (konsekvensetiskt) kunna leda till ett bättre fungerande ekonomiskt system.

---

[830] Avtalslagskommittén, a a, s 140 f.

[831] *”För att varor skall kunna byta ägare utan alltför stora osäkerhetsmoment och fördröjningar, det s k* ***omsättningsintresset****, krävs att avtalsuppfyllelsen kan förutses och säkerställas effektivt”*, framhåller Ramberg/Ramberg i a a, s 25. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)

[832] Till exempel skriver Lehrberg: *”Från allmän synpunkt är intresset att avtalsbundenheten upprätthålls starkt i fall som detta* (när löftesgivaren handlar utifrån en väsentlig förutsättning som löftesmottagaren inte ens bör känna till, min kommentar). *Alltför frekventa undantag till nackdel för godtroende löftesmottagare kunde undergräva tilltron till avtalet som ett tillförlitligt instrument för samhällelig samfärdsel”* (Förutsättningsläran, s 280).

[833] Lehrberg berör denna tankegång, när han konstaterar att löftesgivaren framstår som skyddsvärd, om något helt oväntat inträffar som rubbar en för denne väsentlig förutsättning: *”Även från allmän synpunkt vore det betänkligt om avtalsbundenheten generellt och utan pardon skulle värnas i sådana fall. Envar kan själv råka i löftesgivarens situation. Det enda säkra sättet att undvika detta är att inte ingå några avtal, vilket knappast är någon önskvärd konsekvens av en rättsregel”* (Förutsättningsläran, s 281).

Det förefaller svårt att tänka sig att vare sig tesen om minskad avtalsvilja om viljeprincipen ges företräde eller den motsatta tesen om minskad avtalsvilja för den händelse tillitsprincipen tillåts dominera kan vare sig bevisas eller vederläggas. Empiriska studier av rättshandlingsbenägenheten givet ett tillitsteoretiskt respektive ett viljeteoretiskt färgat avtalsrättsligt system kan av flera skäl knappast genomföras. Till exempel finns det ingen rättsordning som enbart bekänner sig till den ena eller den andra inriktningen och dessutom kan man – även om sådan ensidighet skulle finnas i någon rättsordning – knappast isolera faktorn ”rättsordningens påverkan” från omständigheter som exempelvis konjunkturutveckling, allmänpolitisk utveckling och förekomsten av obeivrat missbruk av dominerande ställning från en del marknadsaktörers sida, när man studerar om benägenheten att ingå avtal ökar eller minskar.[834]

Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard hävdar utifrån ett konsekvensetiskt perspektiv att tillitsprincipen (”forventningsprincippet”) bäst tillgodoser intresset av säkerhet i handelssammanhang[835]. De menar även – också det uppenbarligen på konsekvensetisk grund – att tillitsprincipen inte bara tillgodoser löftesmottagarens intresse, utan att även löftesgivare i allmänhet (men självfallet inte en löftesgivare i en konkret tvist) gynnas av *”…at løftemodtagerne gennemgående kan regne med, at de tilbud, som de modtager, står ved magt”*.[836] De utvecklar inte detta resonemang, men rimligen vilar det på föreställningen att om löftesmottagare i allmänhet skulle tvivla på att mottagna löften verkligen kommer att förbli rättsligt bindande, så skulle löftesmottagarna bli mindre benägna att träffa avtal och det skulle vara negativt för löftesgivarna, som typiskt sett vill träffa avtal och i de allra flesta fall lyckas formulera sina viljeförklaringar så att de stämmer överens med den bakomliggande viljan.

Mot detta resonemang kan man rikta samma invändningar som de som framförs ovan, det vill säga att avtalsbenägenheten också skulle kunna minska om alltför många blir bundna av avtal som är behäftade med viljefel och att det sannolikt är svårt att ge empiriska belägg för att avtalsbenägenheten verkligen påverkas av om tillitsprincipen eller viljeprincipen ges störst vikt i avtalsrättsliga sammanhang. Man kan också invända att näringslivets aktörer inte är *antingen* löftesgivare *eller* löftesmottagare – ett ömsesidigt förpliktande avtal kännetecknas som bekant av att båda parter ger och tar emot löften – och att det därför blir närmast missvisande att diskutera vad som typiskt sett ligger i kollektivet löftesgivares intresse.

Snarare skulle man kunna ställa sig frågan om inte just det faktum att aktörerna ömsom ger och ömsom mottager viljeförklaringar innebär att det över tid – med ett konsekvensetiskt betraktelsesätt – inte spelar någon roll huruvida viljan eller tilliten skyddas. Ena gången är en viss aktör löftesgivare och gynnas om

---

[834] Däremot kan det säkert vara möjligt att med större precision studera vilka effekter införandet av en viss, mycket konkret rättslig reglering har på adressaternas beteende.
[835] Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 156.
[836] Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 156.

viljeprincipen regerar, medan han nästa gång är löftesmottagare och missgynnas om viljeprincipen ”sitter i högsätet”.

Det kan förvisso vara så att en enskild aktör endast blir inblandad i en enda avtalsrättslig tvist under hela sin tid på marknaden och då kan vederbörande inte ”ta igen på gungorna det han förlorat på karusellen”, men detta är av två skäl ingen bärande invändning mot analysen. För det första vet ingen aktör i förväg om han någonsin kommer att bli inblandad i en tvist och än mindre om detta i så fall kommer att vara i egenskap av löftesgivare eller löftesmottagare, varför hans benägenhet att ingå avtal knappast påverkas av om den ena eller den andra principen ges företräde. För det andra är det väl så att eftersom den kritiserade konsekvensetiska argumentationen tar sikte på vad som typiskt sett gynnar löftesgivare och/eller löftesmottagare, måste invändningen få formuleras i motsvarande allmänna termer. Med en justering av det givna exemplet kan man säga att eftersom näringslivets aktörer är ömsom löftesgivare och ömsom löftesmottagare så gynnas aktörerna typiskt sett ibland och missgynnas ibland om viljeprincipen regerar och detsamma är fallet om tillitsprincipen ges företräde. Därmed kan man säga att vinster och förluster till följd av framgångar eller motgångar i avtalsrättsliga tvister över tid sannolikt fördelas på ett likartat sätt mellan aktörerna, oavsett vilken princip som ges företräde.

Bryde Andersen synes vara av den uppfattningen att den danska (och därmed självklart även den norska och den svenska) avtalslagen vilar på tillitsprincipens grund.[837] Han föredrar själv den av Stang och sedermera Grönfors formulerade förklaringsprincipen, men framhåller att det knappast föreligger någon reell skillnad mellan förklaringsprincipen och den modifierade variant av tillitsprincipen, som avtalslagen ger uttryck för.[838] Han anför främst praktiska argument, bl a bevisproblematiken, till stöd för denna sin uppfattning: *”Det er vanskeligt att føre bevis for, hvad afgiveren af en viljeserklæring har ’villet’”*.[839] Även om man bekänner sig helhjärtat till viljeprincipen, kommer man i praktiken att fokusera på förklaringen och de omständigheter som omger den, eftersom det är de som måste anföras för att bevisa vilket innehåll viljan hade, menar han. Frågan är dock om det är lämpligt att blanda samman den principiella frågan om vilka etiska argument som kan anföras för respektive emot vilje- och tillitsprinciperna med den praktiska frågan om i vilken utsträckning det är möjligt att bevisa vad någon har velat. Man måste också konstatera att det inte kan vara lättare att bevisa vad någon har hyst tillit till än vad någon har velat – vilket väl är förklaringen till att Bryde Andersen riktar uppmärksamheten mot förklaringen och inte tilliten.

---

[837] A a, s 80. Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard instämmer (a a, s 156) och menar att man kan säga *”…at man med aftalelovens kap III besluttede sig for at anerkende forventningsprincippet, som bedst tilgodeser hensynet til samhandelens sikkerhed”*.
[838] Bryde Andersen, a a, s 80.
[839] Bryde Andersen, a a, s 80.

Diskussionen om relationen mellan vilje- och tillitsprinciperna[840] i tysk doktrin förefaller att vara annorlunda beskaffad än den nordiska diskursen.[841] Bland annat återfinns mer av deontologiska argument i den tyska litteraturen.

Flume uppehåller sig kring begreppen ”Selbstbestimmung” (”självbestämmande”) och ”Selbstverantwortung” (”ansvar för sig själv”) och framhåller, med en tydligt deontologisk utgångspunkt, att det viktigaste argumentet för tillitsprincipen är att den som företar en rättshandling har ansvar för sitt agerande.[842]

Viljeprincipen bygger på respekten för den enskildes rätt att själv bestämma vilka rättsliga åtaganden han vill göra, det vill säga ytterst respekten för varje människas frihet. Frihetens andra sida är ansvaret. Den som använder sin frihet måste också ta ansvar för effekterna av sitt handlande. En rättshandling är en socialakt, inte en handling som angår endast den rättshandlande.[843] Om en person handlar på ett sätt som ger andra befogad anledning att tro att han avsåg att binda sig på visst sätt, kan det vara rimligt att i vissa situationen ålägga honom denna bundenhet, trots att han egentligen inte ville binda sig på det sättet. Flume framhåller samtidigt att man inte kan uppställa en enkel norm för hur

---

[840] De vanligast förekommande tyska begreppen förefaller vara Willenstheorie respektive Erklärungstheorie, det vill säga viljeteori och förklaringsteori (se t ex Flume, a a, s 54). I den följande framställningen kommer dock begreppen viljeprincip och tillitsprincip att begagnas, för att göra begreppsanvändningen enhetlig i hela avsnittet om tillitsprincipen. Såsom framhålls i avsnittet om tillitsprincipen i svensk rätt är skillnaderna mellan tillitsprincipen och förklaringsprincipen i nordisk rätt försumbara och det som i tysk rätt beskrivs som die Erklärungstheorie synes ha samma innebörd som de nordiska tillits-/förklaringsprinciperna, varför det valda språkbruket borde kunna godtagas. Jfr Svensson, a a, s 38 f, som refererar Lassens åsikt att valet mellan ”förklaringsteori” och ”tillitsteori” är väsentligen terminologisk. *”Det väsentliga är att de båda teorierna innehåller att en viljeförklaring medför rättsverkningar enligt sitt innehåll även i misstagsfallen”*, skriver Svensson vidare. En av de första förespråkarna för die Erklärungstheorie var Bähr, som formulerade sin ståndpunkt på följande sätt: *”Wer beim Contrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äussere Erscheinung seines Willens hervorruft, so dass der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, dass ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört. Er haftet aus der äusseren Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe”* (citeras i Flume, a a, s 55 och i Svensson, a a, s 36). (”Den som vid avtalsslutande presenterar de yttre tecknen på sin vilja på så sätt att medkontrahenten har befogad anledning att tro sig ha förvärvat rättigheter, kan inte göra gällande att han inte hade viljan i fråga. Han är bunden på grund av de yttre tecknen på sin vilja, på samma sätt som om han verkligen hade velat det.”) Jfr även Hübner, a a, s 289.

[841] I vart fall i de verk, som ligger till grund för föreliggande avsnitt, nämligen Flume, a a, Larenz, a a, Palandt, a a, Hübner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1984 och Medicus, a a.

[842] Flume, a a, s 59 f. Det handlar, skriver han, om *”…wie weit der Erklärende auf Grund der Selbstverantwortung als Korrelat der Selbstbestimmung das Risiko der Verfehlung der Selbstbestimmung tragen und insbesondere einen irrtümlichen Erklärungsakt gelten lassen muss”* (a a, s 61) (”…i hur stor omfattning löftesgivaren skall bära risken för fel vid utövandet av sitt självbestämmande på grund av det ansvar för egna handlingar som är korrelatet till självbestämmandet, i synnerhet i hur stor omfattning han måste låta en felaktig viljeförklaring gälla”).

[843] Flume, a a, s 61.

avvägningen mellan självbestämmandet och ansvaret skall företas.[844] Rimligen menar han att man vid avvägningen måste ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Larenz är inne på samma linje, men betonar ansvaret ännu tydligare. Han säger uttryckligen att ansvaret för följderna av avgivandet av en viljeförklaring, även om den är behäftad med något fel, rättfärdigas av viljans frihet. Man väljer om man vill handla eller inte och då får man ta ansvar för sina handlingar, även om något blir fel.[845]

Beträffande frågan om betydelsen av avsaknad av ”förklaringsmedvetenhet” (”Erklärungsbewusstsein”) – det vill säga att man företar en handling, utan att vara medveten om att den typiskt sett uppfattas som en viljeförklaring[846] – argumenterar Palandt i samma anda som Flume för en pliktetiskt färgad lösning, som bygger på att var och en måste ta ansvar för sina handlingar.[847] Eftersom BGB ger frihet att välja vilka ”förklaringshandlingar” man vill företa, följer därmed ett ansvar för den som företar handlingar. Risken för fel bör ligga på löftesgivaren, inte på löftesmottagaren, menar Palandt.

Också i tysk doktrin återfinner man argument för tillitsprincipen som i konsekvensetisk anda betonar omsättningsintresset eller intresset av säkerhet i affärslivet. Till exempel anför Hübner att tillitsprincipen motiveras av hänsyn till *”Verkehrssicherheit”*.[848] Ett annat uttryckssätt är att principen ställs upp *”…im Interesse des Vertauensschutzes”*.[849] Den typen av argument har diskuterats ovan och analyseras inte närmare här.

Beträffande tillitsprincipen kan för engelsk doktrins vidkommande framhållas, att där förekommer en relativt omfattande diskussion om vad som förtjänar rättsordningens skydd: ”reliance”, vilket torde kunna översättas med ”tillit”, eller ”expectations” (”förväntningar”).[850] Med andra ord skulle man kunna säga att det

---

[844] Flume, a a, s 62: *”Für die rechtliche Wertung, wem der Vorrang zu geben ist, kann man keine apriorisch richtige Norm aufstellen”* (”För den rättsliga värderingen beträffande vem som skall ges företräde, kan man inte uppställa någon aprioriskt korrekt norm”).

[845] Larenz, a a, s 481.

[846] Exempel från Palandt, a a, s 80: man vinkar till en bekant under en auktion, vilket uppfattas som ett inslag i budgivningen, eller man hissar en lotsflagga utan att känna till att det betyder att man begär lotsassistans med de kostnader det medför.

[847] Palandt, a a, s 80.

[848] *”Verkehrssicherheit”* kan översättas med t ex just ”säkerhet i affärslivet” eller ”säkerhet i handelsutbytet”. Hübner, a a, s 289.

[849] ”I förtroendeskyddets intresse”, det vill säga för att skydda förtroendet för avtal och därmed för det ekonomiska systemet, får man anta; Palandt, a a, s 79. Se även Larenz, a a, s 654, som ställer Selbstbestimmung i motsats till Selbstverantwortung och Vertauensschutz.

[850] Se för delvis motstridiga åsikter Atiyah, Rise and Fall, bl a s 2 ff, 82, 157, 184 f, 282, 455 ff och 771 ff respektive Cooke/Oughton, a a, s 47, 60 ff, 151 ff och 358 ff. Frågor med anknytning till ämnet berörs i många andra sammanhang, bl a ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv av Bridge i Expectation Damages and Uncertain Future Losses i Beatson/Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, s 427 ff.

handlar om vad som ytterst ger upphov till bundenhet – förefintligheten av tillit eller förefintligheten av förväntningar.

För att **tillit** (reliance) skall anses föreligga krävs, i det här sammanhanget, att någon (t ex en avtalspart) har vidtagit åtgärder (t ex avgivit ett löfte eller gjort något annat uttalande) som föranlett en motpart att i sin tur (i förlitan på löftet etc) vidta åtgärder för att inrätta sig i enlighet med den förstnämnde personens åtgärder. Om den förstnämnde inte lever upp till det motparten utgått ifrån, det vill säga om vederbörande sviker motpartens tillit, så drabbas motparten av ekonomisk förlust. För att **förväntningar** (expectations) skall anses föreligga krävs endast att den ena parten har avgivit ett löfte eller vidtagit någon annan åtgärd, som fått motparten att utgå ifrån att den förstnämnde skall agera på ett visst sätt. Däremot krävs inte att motparten gjort några dispositioner för att inrätta sig i enlighet med sina förväntningar. När han gör det, övergår förväntningarna till att vara tillit.[851]

Atiyah är tveksam till det rimliga i att skydda redan förväntningar, medan Cooke/Oughton anför argument för att även löften, som ingen ännu inrättat sig efter, skall vara bindande och skyddas av rättsordningen.[852] Atiyah kritiserar även den tidigare praxis, som innebar att tillit, som uppkommit inte som ett resultat av (uttryckliga eller möjligen implicita) avtalsåtaganden utan på annat sätt, t ex genom ensidiga utfästelser, inte skyddades.[853] *”Reliance is, according to this model, only justifiable if it has been paid for, or bargained for”*, skriver han.[854] Hans poäng blir således att det är fel att skydda enbart förväntningar – för att en avtalad förmån skall vara skyddsvärd skall förmånsgivaren antingen ha fått någon förmån i sin tur eller också skall förmånsmottagaren i förlitan på prestationen ha vidtagit dispositioner – medan däremot fler former av tillit än sådan som har sin grund i avtal bör skyddas. Därmed utkämpar han en ”tvåfrontsbatalj”, dels mot dem som även vill skydda förväntningar, dels mot dem som inte vill skydda tillit som inte grundas på avtal[855], även om dessa båda

---

[851] Se beträffande distinktionen mellan reliance och expectations t ex Atiyah, a a, s 2 f.
[852] Atiyah, a a, s 771 ff, Cooke/Oughton, a a, s 61 f.
[853] *”…the majority of the House of Lords rejected the notion that a promise or a representation as to future conduct which was acted or relied upon by the promisee or representee could be binding unless it was binding as a contract. A promise or statement of intent is either binding as a contract or it is not binding at all…”*, skriver han (a a, s 458) i en kommentar till ett rättsfall från 1854.
[854] Atiyah, a a, s 771.
[855] Collins delar Atiyahs syn på vikten att skydda tillit även om den inte grundas på avtal och lanserar vad han kallar ”the reliance model” (a a, s 71 ff), enligt vilken skyddsvärd tillit uppkommer i följande fall: ena parten skall medvetet ha framkallat medkontrahentens tillit, medkontrahenten skall ha agerat i enlighet med sin tillit och skulle skadas ekonomiskt om grunden för tilliten drogs tillbaka, medkontrahentens agerande skall ha varit rimligt och det skulle vara orättvist eller oskäligt (”unfair, or unconscionable”, a a, s 79) att låta den som framkallat tilliten återkalla sitt åtagande. För denna avhandlings vidkommande kan det vara intressant att något studera vad Collins med stöd av rättsfall lägger i oskälighetsrekvisitet. Han ger det två huvuddimensioner (a a, s 86). Den ena bygger på normen att man skall agera med ärligt uppsåt (good faith), vilket den bryter emot som medvetet framkallar eller underlåter att korrigera felaktiga föreställningar hos medkontrahenten med avseende på sina egna avsikter. Den andra bygger på normen att man inte skall skada annan, vilket den bryter mot som genom sitt agerande förorsakar att medkontrahenten inte kan återgå till sin tidigare position

ståndpunkter, enligt Atiyah, historiskt sett härrör från samma ideologiska källa, laissez faire-liberalismen.

För svensk rätts vidkommande känns distinktionen mellan förväntningar och tillit inte helt relevant, eftersom svensk rätt anser att ett avtal – och därmed krav på rättsordningens skydd för de rättigheter det ger upphov till – har uppkommit när parterna avgivit korresponderande viljeförklaringar (löften), oavsett om parternas prestationer fullgörs omgående eller skall fullgöras först längre fram i tiden och oavsett om parterna vidtar åtgärder i förlitan på avtalet eller inte.[856] Med den engelska doktrinens begrepp skyddar således svensk rätt även blotta förväntningar. Det enda lagrum i avtalslagen, som uttryckligen fäster vikt vid om en part har vidtagit åtgärder eller inte i förlitan på en rättshandling, är 39 § sista meningen. Paragrafens första del stadgar som bekant att bedömningen av om en person var i god tro eller inte om ett visst förhållande skall göras med utgångspunkt i vad han insåg eller bort inse vid den tidpunkt, då han fick kännedom om den aktuella rättshandlingen, till exempel då han mottog ett anbud från en person som avgivit anbudet till följd av svikligt förledande från en tredje persons sida. Sista meningen säger att man får ta hänsyn till senare vunna insikter, om särskilda omständigheter motiverar det, så länge insikterna vunnits *"…innan rättshandlingen inverkat bestämmande på hans handlingssätt"*. Får vederbörande kännedom om sveket efter att han fått del av anbudet, men innan han vidtagit några åtgärder i förlitan på anbudet, kan den som utsattes för sveket undgå avtalsbundenhet, om särskilda skäl föreligger.[857]

---

utan att göra en förlust direkt hänförlig till att han litat på agerandet (se även a a, s 87 f). På annan plats (a a, s 79 f) ger Collins några mer konkreta exempel på oskälighetsrekvisitets tillämpning och betonar att det tar sikte på den situation som har uppstått till följd av tilliten, snarare än hur tilliten framkallades, och kan syfta på till exempel a) uppkomsten oåterkallelig ekonomisk skada vid återkallat åtagande, b) plötsligt krav på iakttagande av formella regler i syfte att skada medkontrahenten, c) om återkallat åtagande kan betraktas som ett utslag av godtycke eller hänsynslöshet.

[856] Se AvtL 1 kap. Jfr Atiyah (a a, s 653):*"Only if an unrelied-upon and unpaid-for promise is to be treated as binding – only if expectation interests are to be protected – are we compelled to find the principal ground for liability as lying in the very promise itself"*.

[857] Avtalslagskommittén motiverar för övrigt detta stadgande (a a, s 166) på ett sätt som gör att det kan ses som en eftergift åt viljeprincipens förespråkare. Kommittén framhåller att det skulle kunna leda till *"obilliga"* resultat, om man inte finge ta hänsyn till sådant som medkontrahenten får kännedom om kort tid efter att han fått kännedom om rättshandlingen, t ex när en anbudsgivare, som framfört ett muntligt anbud vilket omedelbart accepterats, upplyser – innan parterna skiljs åt – om att anbudet tillkommit av något misstag. *"Det är företrädesvis dylika fall, som av viljeteoriens anhängare pläga åberopas till stöd för påståendet, att tillitsteorien skulle otillbörligt gynna mottagaren av en viljeförklaring på bekostnad av den, som avgivit densamma."* Kommittén anger inte närmare vad som skall förstås med "särskilda omständigheter". Kommitténs ovan relaterade exempel tycks endast innehålla en omständighet till ledning för bedömningen, nämligen att misstaget bringades till medkontrahentens kännedom innan vederbörande hunnit vidtaga några dispositioner med anledning av det träffade avtalet. Den omständigheten visar emellertid att regelns andra rekvisit är uppfyllt *("innan rättshandlingen inverkat bestämmande…")* och om det är tillräckligt för att särskilda omständigheter skall anses föreligga är frågan om det första rekvisitet har någon självständig innebörd.

Om man skulle ta den engelska debatten till utgångspunkt, när man diskuterar 36 § AvtL, skulle det kunna ge upphov till funderingen om skäligheten i att jämka ett avtalsvillkor eller lämna det utan avseende påverkas av om jämkning begärs innan medkontrahenten hunnit vidta åtgärder i anledning av avtalet, d v s innan medkontrahenten förlitat sig på avtalet i Atiyahs mening och därmed inte skulle se sin förmögenhet minska – jämfört med förhållandet före avtalets ingående – om avtalsvillkoret jämkades. Sett ur det perspektivet och med den definitionen på tillit, skulle tillitsprincipen således kunna användas som ett argument för – eller åtminstone neutraliseras som argument mot – tillämpning av 36 § AvtL. Regeln i 39 § sista meningen AvtL visar att svensk rätt inte är helt främmande för att tillerkänna förekomsten eller frånvaron av dispositioner i förlitan på en rättshandling rättslig betydelse. 36 § AvtL innehåller som bekant inget godtrosrekvisit, utan kan tillämpas oavsett om medkontrahenten kände till eller var ovetande om omständigheterna som påstås göra ett avtalsvillkor oskäligt, varför 39 § AvtL inte är direkt tillämplig i anslutning till 36 § AvtL. Man skulle dock kunna hävda att vid avvägningen mellan olika principer, som måste föregå en tillämpning av 36 § AvtL, väger tillitsprincipen lättare, om den part som motsätter sig jämkning inte hade inrättat sig efter avtalet, när begäran om jämkning kom honom till del.

Mot bakgrund av detta finns det trots allt anledning att något studera argumenten i den engelska diskussionen om tillit och förväntningar. I den diskursen används argument, som är relevanta för diskussionen om tillitsprincipens vikt i förhållande till viljeprincipen – d v s den diskurs om tillitsprincipen som känns mer välbekant för en svensk jurist – och som därför även av det skälet bör beaktas i denna avhandling. Dessutom berör den engelska debatten den till tillitsskyddet kopplade frågan varför löften (avtal) alls skall anses ha bindande verkan, vilket också gör det intressant att här behandla debatten.[858]

Cooke/Oughton anför några i huvudsak konsekvensetiska argument för att förväntningar (som grundas på avtal) bör skyddas.[859] De inleder dock med ett

---

[858] Till fullo kan den engelska diskussionen endast förstås mot bakgrund av den i engelsk (och amerikansk) rätt ännu gällande regeln att en person inte med rättsordningens hjälp kan genomdriva att motparten uppfyller en utfästelse, med mindre än att personen i fråga givit ”consideration” (”vederlag”) för utfästelsen. Se t ex Whincup, a a, s 55 ff och Cooke/Oughton, a a, s 62 ff. De senare framhåller att ömsesidiga löften är tillräcklig consideration för varandra, även om löftena skall uppfyllas först vid en senare tidpunkt*: ”Each promise stands as consideration for the promise of the other party”* (a a, s 65), vilket skulle vara ett argument för att engelsk rätt skyddar även förväntningar, inte bara tillit (jfr ovan). Atiyah, å sin sida, menar – angående skyddet för tillit som inte baseras på avtalsåtaganden – att förlustbringande tillit utgör consideration och därmed ger grund för talans väckande på avtalsrättslig grund. Under 1800-talet fanns i England många förespråkare för motsatt uppfattning, även om de aldrig, enligt Atiyah, fick fullt genomslag för sina åsikter i engelsk praxis (a a, s 775 ff). Doktrinen om consideration är dock synnerligen vidlyftig och komplicerad och bedöms vara alltför specifik för anglo-amerikansk rätt för att vara relevant att behandla i detta sammanhang.

[859] Själva säger de (a a, s 61) att det finns *”…both moral and economic reasons for the protection of expectations”*. Om man översätter engelskans ”moral” med ”etiska” blir deras uttalande dock problematiskt. Även det de kallar ekonomiska argument är nämligen i grunden etiska. Att acceptera

deontologiskt argument: *"…it is right that promises should be kept…"*.[860] Författarna utvecklar inte argumentet, utan behandlar det uppenbarligen som en princip som inte behöver motiveras. De skulle därmed, med Aityahs inte alltför smickrande karaktäristik, kunna sägas vara *"[c]loistered Oxford dons…"* som *"…write and speak with the high moral tones of the Victorian gentleman"*, när i själva verket *"…few poeple today appear to have the same respect for the sanctity of bare promises, without regard to whether they have been paid for or relied upon, that was commonly expressed a century ago"*.[861] Atiyah argumenterar sedan för att företag, politiska organ och individer under 1900-talet i allt högre grad och på goda, handlingsutilitaristiska grunder kommit att finna det rimligt att ibland bryta givna löften.[862] Han menar att vi i många avseenden lämnat "principernas tidsålder" och gått in i "pragmatismens tidsålder" och att det därför är föga förvånande att principen att löften är bindande, ens prima facie-bindande, har börjat brytas ner.[863]

Han ser två huvudlinjer inom modern etisk debatt, när det gäller att motivera varför löften skall vara bindande. Den ena går ut på att det skulle finnas något slags implicerat löfte/avtal mellan samhällsmedborgarna att löften skall hållas, det vill säga en tankegång som ligger i linje med tanken på ett samhällsfördrag och som skulle innebära att ett löftes bindande verkan ytterst kommer från viljan. Den andra huvudlinjen utgår från en tanke om ömsesidiga förmåner – den som avger ett löfte tar del i en praktik[864] (ett system av handlingar) och genom att göra det får man del av de förmåner praktiken ger upphov till (t ex ett effektivt sätt att utbyta nyttigheter med andra), men måste samtidigt underkasta sig de regler praktiken ställer upp (t ex att löften skall hållas). Atiyah tycks mena att den sistnämnda synen harmonierar relativt väl med hans egen uppfattning att löften är bindande, när löftesgivaren själv fått någon förmån av löftesmottagaren eller när löftesmottagaren vidtagit dispositioner i förlitan på löftet.[865]

---

ett "ekonomiskt" argument innebär att man ställer sig bakom ett konsekvensetiskt synsätt, som bygger på att vi bör agera så att vissa effekter uppnås i det ekonomiska systemet.

[860] Cooke/Oughton, a a, s 61.

[861] Atiyah, a a, s 655. Den person Atiyah själv tar som exempel på en "instängd Oxford-akademiker" hade i en tidningsartikel fällt en kommentar om *"the high sense of decency: an adherence to moral principles which forbid such actions as breaking promises…"* (citerad i Atiyah, a a, s 655, not 72).

[862] Atiyah, a a, s 652 ff. Han hänvisar bl a till att förändringstakten i samhället idag är så hög att det är svårare än förr att göra och hålla sig till bindande framtida åtaganden och till framväxten av den "korporativa staten" med sina stora institutioner (företag och organisationer) som inte känner samma personliga etiska förpliktelser som en enskild individ gör. Han säger att det förvisso kan vara så att människor idag är mer benägna än förr att se det kortsiktigt goda snarare än det eventuellt långsiktigt negativa i att bryta ett löfte, men menar också att det *"…is possible to defend the weakening in the moral force of promises on the act-utilitarian's ground that what may be a good prima facie rule should not be erected into a case of rule-worship"* (a a, s 658).

[863] Atiyah, a a, s 655.

[864] Jfr min diskussion om praktiken ingående och upprätthållande av en avtalsrelation (delavsnitt 3.5.6.3).

[865] Atiyah, a a, s 653 f. Jfr även Kagan, a a, s 120. När det gäller avgivande av löften som deltagande i en praktik, hänvisar Atiyah bl a till Rawls. Poängen med Rawls resonemang är att om en person frivilligt har accepterat att ta del av fördelarna av ett visst "arrangemang", så har vederbörande också en etisk plikt att bidra med sin rättmätiga andel till "arrangemanget". *"The main idea is that when a*

När det så gäller huruvida principen om ”rena” löftens bindande verkan har börjat brytas ner, finns det möjligen en del som talar mot Atiyahs ståndpunkt. Hans bok utkom 1979, efter ett årtionde som präglades av politisk storm mot mycket av det som uppfattades som ”borgerliga institutioner” och utslag av ”borgerlig moral”. Tidsandan nu är en annan, vilket eventuellt skulle kunna tala för att pendeln svängt något tillbaka åt det ”viktorianska” hållet. Aiyah synes själv nu anse att så är fallet.[866] Atiyah menar att det finns goda skäl att försvaga principen om ”rena” löftens bindande verkan (och därmed att anse det faktum att medkontrahenten litar på löftena inte vara så betydelsefullt), men hans inställning till principen om löftesbundenhet känns ändå något lättsinnig och delvis inkonsekvent. För det första finns det utan tvekan betydelsefulla, ekonomiska (d v s konsekvensetiska) argument för att löften bör upprätthållas av rättsordningen (givet att de är avgivna av en person som utövat sin fria, mogna, friska och fullt ut informerade vilja). Inte bara det ekonomiska systemet, utan även mycket av samhällslivet i övrigt, bygger på att människor (och företag och institutioner) står vid sitt ord.[867]

För det andra är det viktigt att notera att de löften Atiyah vill försvaga enbart är löften som varken givit upphov till tillit eller blivit föremål för motprestation (”bare promises”). Så snart motparten presterat eller företagit dispositioner i förlitan på löftet, skall löftet enligt Atiyah betraktas som bindande och han för en utförlig diskussion om betydelsen av ärligt uppsåt i avtalsförhållanden, skydd för tillit och tilliten som en grundläggande förutsättning för marknadens och samhällets funktion (se vidare nedan). Men om nu människor med viss rätt agerar handlingsutilitaristiskt beträffande ”bare promises” (d v s när de tar ställning till om de skall hålla eller bryta ett löfte utvärderar vilket som medför störst nytta och enbart håller ett löfte om det medför större nytta än att bryta det[868]) – vad är det som säger att de inte med viss rätt kan agera handlingsutilitaristiskt beträffande löften som givit upphov till tillit? Varför skall

---

number of persons engage in a mutually advantageous cooperative venture according to rules, and thus restrict their liberty in ways necessary to yield advantages for all, those who have submitted to these restrictions have a right to a similar acquiscence on the part of those who have benefited from their submission. We are not to gain from the cooperative labors of others without doing our fair share” Rawls, a a, s 112). I linje med detta betonar Rawls också att vi har en plikt att hålla vad vi lovar: *”the principle of fidelity is the principle that bona fide promises are to be kept”* (Rawls, a a, s 346).

[866] Se kapitlet ”Developments since 1980: return to classical principles?” i Atiyas An Introduction to the Law of Contract, 5 uppl, Oxford 1996, s 27 ff. Han anför bl a: *”…the virtues of free market principles have once again been proclaimed …since the election of Mrs Thatcher’s first administration in 1979”* (s 27). Liknande synpunkter förs fram av Atiyah i Freedom of Contract and the New Right, JT 1989-90, nr 5, s 601 ff. Hänvisningar till Atiyah, a a, avser även fortsättningsvis Rise and Fall of Freedom of Contract.

[867] Jfr Pufendorf, a a, s 98: *”Vore det inte nödvändigt att hålla löften, skulle det vara meningslöst att utarbeta planer, vars förverkligande förutsätter andras medverkan. /…/ …när jag presterar något i enlighet med ett avtal och den andra parten inte fullföljer sitt åtagande, har jag därigenom antingen förlorat egendom eller arbetat förgäves. Men har jag ännu inte hunnit prestera något, vållar det mig likväl besvär att mina beräkningar och mina planer rubbas…”*.

[868] Jfr Atiyah om handlingsutilitarism, a a, s 653. Jfr även Kagan, a a, s 117.

då inte värdet av tilliten bara räknas in i den utilitaristiska kalkylen, i stället för att ha utslagsgivande effekt? Det förefaller som om ett accepterande i vissa fall av den (eventuellt) minskade respekten för löften riskerar att leda till att ”dammluckorna öppnas”, vilket sannolikt vore olyckligt av flera skäl. Omsorg om marknadens funktion är ett sådant skäl. Ett annat är deontologiskt: om man i avtalsförhållanden skall ha ärligt uppsåt och visa omsorg även om sin medkontrahent, är det knappast försvarbart att bryta ett löfte så snart en ensidig ”nyttokalkyl” ger skäl för det. Det är helt enkelt rätt att stå för sitt ord. (Om båda parters nytta skulle öka, om avtalet inte genomfördes, skulle parterna enkelt kunna träffa ett nytt avtal, som upphävde det första. Därför måste den nämnda ”nyttokalkylen” vara ensidig.) Atiyah anser att det enbart är löften, vilkas brytande skulle ge upphov till ekonomisk förlust, som skall upprätthållas av rättsordningen, men det torde finnas goda skäl för att skydda medborgarna från även andra negativa verkningar av löftesbrott.[869]

Dessutom torde ett skydd för tillit men inte för ”rena löften” riskera att medföra godtyckliga resultat. Det avgörande för om ett löfte skall upprätthållas av rättsordningen blir hur snabb medkontrahenten är, när det gäller att leverera sin motprestation eller att inrätta sig i enlighet med löftet. Den som snabbt förändrar sin position skulle därmed vara mera skyddsvärd än den som tar längre tid på sig. Frågan är om den tidsaspekten bör tillmätas så stor vikt att två i övrigt lika fall till följd av den bör få helt olika utgång.

När Atiyah å andra sidan argumenterar för att tilliten bör skyddas, oavsett om man betalat för att få åtnjuta den, uttryckligen begärt en garanti etc eller inte, pläderar han närmast för att man skall ha rätt att förvänta sig att alla marknadsaktörer agerar med ärligt uppsåt (även om han inte formulerar saken riktigt så).[870] Här ställer han tillit i motsats till individualism. Man skall inte bara behöva lita på sig själv, man skall även kunna lita på att medkontrahenten om inte tillvaratar ens egna intressen så i vart fall agerar med ärligt uppsåt i syfte att få till stånd det goda utbytet, den goda avtalsrelationen.[871] Detta är ett resonemang som ligger nära värdegrunden för lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen.

4.4.3 Tillitsprincipen och avtalsrelationens dygder

Den dygd som i avsnitt 4.1 anknöts till tillitsprincipen är pålitlighet. Att vara pålitlig beskrevs i avsnittet om avtalsrelationens dygder som att vara en person som gör det han lovat att han skall göra, det han av andra skäl är skyldig att göra

---

[869] Även om brytandet av ett löfte inte skulle orsaka ekonomisk skada, kan det vara negativt i andra, skyddsvärda hänseenden: *”…it may disrupt plans and prevent the realisation of valued goals”* (Collins, a a, s 70).

[870] Jfr även Collins, a a, s 86, som apropå oskälighetsrekvisitet i sin ”reliance model” (se ovan), säger: *”The moral ideal here seems to be a requirement of acting in good faith”*.

[871] Han citerar en domare i ett rättsfall från 1964: *”life would be impossible in modern conditions unless on the highway and in the market place we were entitled to rely on the other man behaving like a reasonable man”* (Atiyah, a a, s 771, citerar Lord Reid i Gollins v Gollins).

eller det som människor på goda grunder förväntar sig att han skall göra.[872] Där konstaterades också att det i avtalssammanhang ligger nära till hands att göra en koppling mellan dygden pålitlighet och att man skall följa ingångna avtal. Medkontrahenten har rätt att förvänta sig att parten kommer att stå fast vid sitt ord. I avtalssituationen handlar det således *både* om att parten skall göra det han lovat göra *och* det som medkontrahenten på goda grunder förväntar sig att han skall göra, eftersom det i normalfallet är ett och detsamma.

Likheten med tillitsprincipens innebörd är uppenbar, varför det ligger nära till hands att anta att värdegrunden för pålitlighetsdygden och tillitsprincipen är densamma. Om man jämför argumenten angående dygden med argumenten gällande principen finns betydande likheter. De viktigaste argumenten för tillitsprincipen i delavsnitt 4.4.2 handlade dels om förutsebarhet och ekonomins funktionsduglighet (avtalsinstrumentets förmåga att vara ett medel för samhällelig samfärdsel, eller, om man vill uttrycka det så, för samarbete), dels om varje människas självbestämmande och ansvar för sina handlingar och därmed för den tillit hon ger upphov till. Dessutom påpekades att inte bara det ekonomiska systemet, utan även mycket av samhällslivet i övrigt, bygger på att människor (och företag och institutioner) står vid sitt ord.

De handlingsutilitaristiska argument som anfördes mot tillitsprincipen (eller i vart fall mot löfteshållande i vissa avtalsrättsliga sammanhang) bemöttes och kan inte, enligt min mening, anses försvaga de tungt vägande skäl, som kan anföras för att det är betydelsefullt att skydda avtalsparters befogade tillit. Dessutom anfördes de handlingsutilitaristiska argumenten mot bakgrund av en i engelsk rätt upprätthållen distinktion mellan utfästelser som medkontrahenten inrättat sig efter och ”rena” löften. Eftersom svensk rätt inte skiljer mellan olika slags löften (förutom genom vad som sägs i 39 § avtalslagen), blir den anförda kritiken mot tillitsprincipens tillämpning på ”rena” löften mindre relevant för svenska förhållanden. Om tillitsprincipen uppfattas som en regel om avtalsbundenhetens inträdande, kan dess nutida relevans ifrågasättas på liknande sätt som viljeprincipens relevans. I denna avhandling behandlas den dock inte som en regel, varför sådana argument inte behöver beaktas här. Här kan däremot tilläggas att tillitsprincipen kan komma i konflikt med till exempel viljeprincipen, ekvivalensprincipen och lojalitetsprincipen, eftersom samtliga dessa principer kan anföras till stöd för åsidosättande eller jämkning av ett avtal i strid mot parts befogade förväntningar. Således måste, om tillitsprincipen används som en norm i rättstillämpningssammanhang, en avvägning alltid göras mellan denna princip och andra, motstående principer.

När det gäller argumenten för pålitlighetsdygden, bör man observera att dygdeetiken inte är främmande för konsekvensresonemang. I delavsnittet om avtalsrelationens dygder konstaterades att vi normalt litar på att människor besitter dygden ärlighet och att vi måste göra det, för att samhällslivet skall

[872] Se delavsnitt 3.5.6.5.

fungera. Dessutom resonerar jag där på ett antal ställen om att dygder skall bidra till att människor och samhällen blomstrar. Båda dessa exempel visar att dygderna inte är till för sin egen skull, utan fyller en praktisk funktion som en del av en samhällelig normstruktur med positiva ändamål. Det måste anses bidra till samhällelig blomstring om ekonomin fungerar väl, varför det inte finns någon principiell motsättning mellan dygderna och strävan efter ekonomisk effektivitet eller andra ekonomiska mål.[873] Å andra sidan ifrågasattes ovan tesen att det främjar ekonomins funktionsduglighet att ge tillitsprincipen företräde framför viljeprincipen, varför just de ekonomiska argumenten för den förstnämnda principen kanske inte är de tyngsta. Att det faktum att vi kan lita på att våra medmänniskor typiskt sett håller ord är av stor vikt för samhällets utveckling i stort förefaller dock mycket sannolikt.

När det gäller argumenten angående den enskildes självbestämmande och ansvar för sig själv, finns skäl att peka på att möjlighet att fatta egna beslut och skyldighet att ta ansvar för dem måste anses leda till att människor växer och utvecklas. Vi föds inte som mogna och kloka individer, utan måste tillägna oss förmågan att göra kloka val och att stå för dem. Att anse medmänniskornas tillit till en persons åtgärder skyddsvärd, torde därför också innebära att man hjälper den handlande att utvecklas som människa.

Likheten mellan dygden och principen förstärks av att pålitlighet i ett avseende kan sägas vara en ”formaldygd”, det vill säga en dygd som inte säger något om vilka konkreta handlingar som bör företagas, utan enbart att handlingar, för att böra företagas, skall överensstämma med en abstrakt beskrivning av handlingar av visst slag[874], på samma sätt som tillitsprincipen inte säger något om vilka konkreta löften en medkontrahent har rätt att lita på, utan enbart att en medkontrahent har rätt att förlita sig på utfästelser som gjorts på ett sådant sätt att de typiskt sett ger upphov till tillit. I delavsnittet om avtalsrelationens dygder anförde jag ärlighet som ett exempel på en dygd som ger pålitlighetsdygden ett konkret innehåll.[875] Lojalitetsdygden är ett annat bra exempel och därtill ett exempel som kan anknytas till tillitsprincipens innebörd. Allra sist i delavsnittet om argument angående tillitsprincipen framhölls att Atiyahs syn på tillitens betydelse närmast innebär att man inte enbart skall behöva lita på sig själv, man skall även kunna lita på att medkontrahenten agerar med ärligt uppsåt i syfte att få till stånd den goda avtalsrelationen – med andra ord att medkontrahenten skall vara lojal (i den mening som begreppet ges i delavsnitt 3.5.6.5). Ordvalet är förvisso mitt, men andemeningen är Atiyas.

Mot bakgrund av detta finns det, menar jag, goda skäl att anse att tillitsprincipen och dygden pålitlighet vilar på samma värdegrund. Med tanke på detta – men

---

[873] Däremot är dygdeetikens konsekvensbegrepp inte identiskt med det utilitaristiska. Där utilitarismen talar om största möjliga nytta, talar dygderna om att människor och samhällen skall växa och utvecklas (”blomstra”).
[874] Se delavsnitt 3.5.6.5.
[875] Se delavsnitt 3.5.6.5.

även med tanke på styrkan i de deontologiska argument som anförs för tillitsprincipen – menar jag också att principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär, och att det den har att tillföra stöds av goda argument.

4.5 Vigilansprincipen och caveat emptor-principen

> *”Neither party owed duties to the other to volunteer information, or even to undeceive him when he plainly laboured under some misapprehension.”*[876]

4.5.1 Relationen mellan vigilansprincipen och caveat emptor-principen

Av de principer, som behandlas i denna avhandling, är sannolikt vigilansprincipen den ”till namnet” minst kända. Vigilansprincipen är en allmän avtalsrättslig princip med innebörden att respektive avtalspart har en skyldighet att med omsorg tillvarata sina intressen. Den som inte gör det, utan agerar vårdslöst, riskerar att inte erhålla rättsordningens hjälp att i efterhand skydda sina intressen. Vigilans betyder vaksamhet och är en psykologisk term för kontinuerlig uppmärksamhet. Ordet kommer av latinets vigilo, som betyder vaka eller hålla sig vaken.[877]

Vigilansprincipen nämns av bland andra Jägerskiöld, som angående rättstillämpningen på 1600-talet anför: *”Det är emellertid uppenbart, att man gav regleran om ogiltighet på grund av svek ett starkt begränsat tillämpningsområde. Avtalsfriheten och avtalshelgden samt vigilansprincipen ha bidragit därtill…”*.[878] Han citerar även ett rättsfall i Svea hovrätt från 1667, där referenten angående avtals bindande verkan anförde: *”…såsom de där äro eller åtminstone böra vara av det förstånd,* ***mogna betänkande och vaksamhet uti sin rätt*** *och en gång slutna föravskedanden och kontrakter, att de icke kunna sedan antingen ignorantiam, errorem aut circumventionem förebära och causera”* (min markering).[879] Referensen till vaksamhet leder uppenbarligen tankarna till vigilansprincipen.

För en nutida läsare torde caveat emptor-principen vara mer välkänd än vigilansprincipen och caveat emptor-principen vilar uppenbarligen på samma värdegrund som vigilansprincipen. Det latiska ordet ”caveat” betyder ”låt honom

---

[876] Atiyah beskriver caveat emptor-principens innebörd i 1800-talets engelska avtalsrätt (a a, s 464).
[877] Se angående betydelsen Nationalencyklopedien, band 19, Höganäs 1996, s 438.
[878] Jägerskiöld, Stig, Handelsbalkens utländska källor, Lund 1967, s 35.
[879] Fallet Anders Olderman och Lennart Hornman mot Anna Depken, cod. rat. 29 april 1667, se Jägerskiöld, a a, s 39.

akta sig", medan "emptor" betyder "köpare".[880] "Caveat emptor" kan således översättas med "låt köparen akta sig", men en vanlig formulering tycks vara "köpare, se dig för". I alla händelser innebär principen om caveat emptor att det är köparens ansvar att ta reda på vad det är han köper, att undersöka köpeobjektets skick och egenskaper före köpet. Om köparen inte gör detta eller inte lyckas tillräckligt väl med sin uppgift, är det köparen själv som står risken för att köpeobjektet inte motsvarar hans förväntningar. Säljaren har inget ansvar för objektets skick och egenskaper, så länge han inte givit en uttrycklig garanti i något hänseende (eller svikligen förlett sin medkontrahent). Strängt tagen innebär principen att säljaren inte har någon skyldighet att lämna någon som helst upplysning om sådant han känner till om objektet eller att korrigera köparens uppfattning, för den händelse köparen uppenbarligen svävar i någon slags villfarelse med avseende på objektet.[881]

När det gäller relationen mellan vigilansprincipen och caveat emptor-principen, förefaller det rimligt att se den sistnämnda som en något strängare, köprättslig version av den förstnämnda. Vigilansprincipen är en allmän avtalsrättslig princip, medan caveat emptor-principen uppenbarligen hör köprätten till. När det gäller principernas närmare innebörd, har caveat emptor-principen som nämnts historiskt uppfattats som en mot köparen mycket sträng princip, men det är språkligt sett svårt att se att det skulle föreligga någon stor skillnad mellan ett krav på att man skall se sig för och ett krav på att man skall vara vaksam.

Härtill kan fogas att caveat emptor-principen, i vart fall i engelska arbeten, har diskuterats på ett sätt som visar att den snarare ses som en allmän avtalsrättslig princip än en köprättslig sådan.[882] Trots att caveat emptor är ett avsevärt mer etablerat begrepp i modern juridik än vigilans är, kommer jag i det följande att använda benämningen vigilansprincipen för den allmänna avtalsrättsliga princip som säger att det är varje avtalsparts ansvar att tillvarata sina intressen, till exempel genom att skaffa sig fullständig information om det avtalet gäller. För att använda förutsättningsterminologi, innebär principen att respektive avtalspart står risken för att de förutsättningar, under vilka han ingår avtalet, är felaktiga eller bristande.

4.5.2 Mer om vigilansprincipen och argument angående den

---

[880] Se t ex Black's Law Dictionary, 5 uppl, St Paul 1979, s 201 f.

[881] *"The classical model of contract law … left each party to a contract to rely on his own judgment, and not that of the other party"*, skriver Atiyah i a a, s 464. Jfr även citatet omedelbart under rubriken till avsnitt 4.5.

[882] Atiyah, a a, s 467 f ger en rad exempel på hur principen har tillämpats i engelsk rätt och konstaterar bland annat att en man som ingår avtal om giftermål med en kvinna har ansetts stå risken för att hennes vackra hår i själva verket är en peruk (rättsfall från 1860), att den som arrenderar ett fält för bete har ansetts stå risken för att marken är förgiftad så att boskapen dör (1843), att den som anlitar en läkare har ansetts stå risken för att läkaren är okvalificerad etc. På annan plats (a a, s 774 f) konstaterar han dock att caveat emptor-principen har urholkats under senare årtionden, bl a till följd av ny konsumentskyddslagstiftning.

Ett utflöde av vigilansprincipen är regler som stipulerar en långtgående undersökningsplikt för köparen (eller – mer generellt uttryckt – för respektive avtalspart). När man säger att köparen skall se sig för, innebär det att han skall undersöka avtalsföremålet. *"Den part som har undersökningsplikt **bär risken** för att ett visst förhållande **är upptäckbart**"*, skriver Grauers (ursprungliga kursiveringar ersatta av fetstil).[883]

Man skulle kunna hävda att en viktig del av vigilansprincipens kärna är att göra proportionen mellan pris och naturaprestation irrelevant för bedömningen om avtalet är giltigt (i sin ursprungliga form) eller inte. När framför en säljare invändningen att köparen inte varit nog aktsam om sina egna intressen? Jo, när en köpare klagar på att han inte fått vad han betalat för. Köparen trodde sig införskaffa en funktionsduglig bil och menar sig ha betalat ett marknadsmässigt pris för ett sådant fordon, men den erhållna bilen visar sig inte vara i körduglig skick. Därmed blir, enligt köparens uppfattning, proportionen mellan hans prestation (erläggandet av köpeskillingen) och säljarens prestation (tillhandahållandet av bilen) inte balanserad. Om köparen däremot hade velat köpa ett bilvrak, t ex för att plocka reservdelar ur, och hade betalat ett väsentligt lägre pris för fordonet, hade han kanske uppfattat naturaprestationen i fråga såsom varande helt i enlighet med hans förväntningar.

För att närmare illustrera principens innebörd, kan man fundera över vilka dess motsatser är.

Motsatsen till att en avtalspart har en skyldighet att tillvarata sina egna intressen torde vara att medkontrahenten har skyldighet att tillvarata dessa intressen. Innebörden av lojalitetsprincipen, som behandlas i ett senare avsnitt, är just att en avtalspart är skyldig att i viss utsträckning även beakta motpartens intressen.

Om vigilansprincipen ger upphov till en undersökningsplikt, kan det vara naturligt att tänka sig att lojalitetsprincipen skulle ge upphov till en upplysningsplikt[884], det vill säga att medkontrahenten, enligt lojalitetsprincipen, har en skyldighet att upplysa om sådant som vederbörande vet om avtalsföremålet, i den mån det kan vara relevant för den andra parten att känna till inför beslutet om att ingå avtalet.[885] En upplysningsplikt kan vara mer eller mindre långtgående. Den kan till exempel omfatta allt säljaren vet om avtalsföremålet eller vara begränsad till sådant som köparen själv inte har

---

[883] Grauers, Folke, Fastighetsköp, 14 uppl, Lund 1998, s 209. I svensk rätt är fastighetsrätten sannolikt det rättsområde, där störst uppmärksamhet ägnats åt relationen mellan undersökningsplikt och upplysningsplikt, varför det förefaller rimligt att använda viss fastighetsrättslig litteratur och vissa fastighetsrättsliga rättsfall i detta sammanhang.

[884] Se vidare om upplysningspliktens omfattning i delavsnitt 6.3.2.

[885] *"…en upplysnings**plikt** [innebär] att den part som underlåter att upplysa om ett för honom **känt** förhållande riskerar att på något sätt bli ansvarig för detta"*, skriver Grauers i a a, s 210. (Ursprungliga kursiveringar markerade med fetstil.)

möjlighet att upptäcka.[886] Ju mer långtgående upplysningsplikten är, desto mindre omfattande blir undersökningsplikten.[887]

Sistnämnda uttalande riskerar dock att leda till slutsatsen att om total upplysningsplikt råder, så föreligger ingen undersökningsplikt och en sådan slutsats är inte självklar. Även om man säger att upplysningsplikten är total, återstår att ta ställning till vem som bär risken för sådana omständigheter som den upplysningspliktige inte känner till. Nära besläktad med det spörsmålet är frågan om vilket ansvar den upplysningspliktige har att informera sig om avtalsobjektet. Måste den upplysningspliktige själv undersöka objektet, så att han kan upplysa om allt som kan tänkas vara relevant för medkontrahenten eller kan ha sträva efter att förhålla sig okunnig? Vad händer om den upplysningspliktige trots en noggrann undersökning inte upptäcker en relevant omständighet, därför att den svårligen låter sig upptäckas (d v s vem bär ansvar för dolda fel, för att använda en i fastighetsrätten vanligt förekommande term)?

Om vigilansprincipen uppfattades så att en avtalspart ansågs bära risken även för icke upptäckbara fel (”dolda fel”), trots att sådana fel per definition inte kan upptäckas hur mycket parten än ”ser sig för”, skulle dess utgångspunkt förändras. Den skulle inte längre innebära att avtalspart skall vara uppmärksam – dvs bygga på att parten bär ansvar för att informera sig om medkontrahentens prestation även om det kräver viss ansträngning – utan att parten bär risken för alla fel på medkontrahentens prestation (utom möjligen i de fall han blir svikligt förledd), vilket ger parten ansvar även för sådant som ligger utanför hans kontrollmöjligheter. Det förefaller språkligt sett inte rimligt att uppfatta principen på sistnämnda vis. Snarare får man nog säga att vigilansprincipen inte har något att säga om dolda fel.

Om man uppfattar vigilansprincipen och lojalitetsprincipen som ett motsatspar, blir argumenten för lojalitetsprincipen samtidigt argument mot vigilansprincipen. Grundtanken bakom lojalitetsprincipen är ”*att avtalet är en form av samverkan. De intressen, som avtalet representerar, bör inte uppfattas enbart såsom motstående och konkurrerande. Genom avtalsgemenskapen eftersträvar parterna att nå i avtalet fixerade eller förutsatta resultat*”.[888] Med det synsättet ger vigilansprincipen en avtalspart alltför stora möjligheter att dra nytta av medkontrahentens misstag och förbiseenden, eftersom parten kan tillbakavisa de flesta klagomål med hänvisning till att medkontrahenten borde ha sett sig för bättre.

---

[886] Jfr rättsfallet NJA 1981 s 815, i vilket en köpare av en hundraårig träbyggnad gjort en otillräcklig undersökning och inte upptäckt att byggnaden var angripen av husbock. Säljaren borde ha misstänkt att insektsangrepp pågick, men om köparen hade undersökt byggnaden mera omsorgsfullt hade han med stor sannolikhet upptäckt angreppet, vilket HD ansåg var avgörande och friade säljaren från ansvar för detsamma. Fallet kommenteras av Grauers i a a, s 211 f.
[887] Grauers, a a, s 211.
[888] Taxell, Lars Erik, Avtal och rättsskydd, Acta Academiae Aboensis, Ser A Humaniora, Vol 43, Åbo 1972, s 81.

En andra motpol till vigilansprincipen är idén om det rättvisa utbytet.[889] En engelsk professor hävdade 1793 att vigilansprincipen (eller caveat emptor-principen som han uttryckte det) hade ”exploderat” och pläderade för ståndpunkten att *”a fair price implied a warranty”*.[890] Om man betalade vad som var marknadspriset för en felfri vara, hade man rätt att förvänta sig att den vara man erhöll var felfri, oavsett att man förmodligen hade upptäckt en eventuell defekt vid en närmare undersökning av varan.[891] Driver man denna ståndpunkt till sin spets, innebär den att även om man förhandlar sig till ett lägre pris, om man köper en vara utan garanti eller utan att undersöka den, så är utbytet ändå inte rättvist om det visar sig att varan är värdelös eller i vart fall värd mindre än man har betalat.[892] Detta står i tydlig motsatsställning till principen att köparen skall se sig för.[893]

Tankarna på att det skulle finnas ett rättvist pris kan kritiseras med utgångspunkten att *”the value of a jewel consists in the estimation of him who will buy it”*, som det heter i ett engelskt rättsfall från 1617.[894] Ett av de viktigaste inslagen i en marknadsekonomi är just den fria prisbildningen, som tänks leda till att tillgång och efterfrågan vid varje tidpunkt åsätter varje vara, tjänst eller annan nyttighet dess ”rätta” pris. Detta är i grunden inte ett konsekvensetiskt argument för vigilansprincipen, eftersom det inte tar sikte på vilka effekter en sådan prisbildning får, utan snarare ett deontologiskt ställningstagande till hur prisbildning bör gå till. Å andra sidan kan man för många nyttigheter fastställa ungefär vad marknadspriset är på en viss plats vid en viss given tidpunkt, förutsatt att omständigheterna i fallet inte är så unika att någon jämförelse inte är möjlig. Framför allt för massproducerade varor, beträffande vilka det finns en omfattande både första- och andrahandsmarknad, kan man göra tämligen säkra utsagor om det ungefärliga marknadspriset.

Vill man använda konsekvensargument av ekonomisk natur för principen, kan man hävda att om vigilansprincipen upprätthålls strängt, innebär det att människor granskar nyttigheterna som erbjuds på marknaden mycket noga, vilket i sin tur medför att dåliga varor snabbt upptäcks och avvisas av marknaden

---

[889] Idén om det rättvisa utbytet skulle kunna likställas med ekvivalensprincipen. Se vidare avsnittet om ekvivalensprincipen.
[890] Atiyah, a a, s 180 citerar professor Wooddesons verk A Systematical View of the Laws of England, s 415 f. Refereras även i Atiyah, a a, s 466 (där dock årtalet 1792 anges).
[891] En engelsk författare hävdar att en affärsman, som agerar på marknaden (i snäv bemärkelse, tydligen en organiserad marknad; snart sagt alla transaktioner äger rum på marknaden i vid bemärkelse), implicit åtar sig att sälja till marknadspriser, vilket medkontrahenterna därför har rätt att förvänta sig. Den som agerar utanför en organiserad marknad har däremot inte gjort något sådant åtagande. Se Atiyah, a a, s 466 f, som refererar till Paley.
[892] Atiyah, a a, s 180.
[893] *”…there was no presumption that the terms of the contract bore any particular relationship to the price agreed upon; in a contract of sale, for example, classical contract theory did not assume, because the buyer paid a price which was fair or normal for sound goods, that therefore he was entitled to a warranty that the goods were sound*”, skriver Atiyah i a a, s 464 f.
[894] Atiyah, a a, s 178.

(alternativt förses med sitt rätta, låga pris).[895] Antalet fall, i vilka människor är ouppmärksamma och inte upptäcker fel och brister i avtalsföremålet, kommer, enligt detta synsätt, att minska, när människor lärt sig att de har skyldighet att granska avtalsföremålet noga.[896]

Angående det sistnämnda argumentet bör man dock observera följande. Den marknadsekonomiska idealmodellen – ”perfekt konkurrens-idealet” – bygger på att alla marknadsaktörer har full information om alla relevanta omständigheter.[897] Enligt marknadsekonomisk teori förefaller det därför som om man skulle eftersträva ett regelsystem som stimulerar informationsspridning på marknaden. Maximal informationsspridning beträffande alla förutsättningar gällande ett avtal borde rimligen uppnås, om båda parter vore förpliktade att berätta allt de vet om avtalsförutsättningarna och därutöver hade ett gemensamt ansvar för att undersöka sådant ingen av dem vet i förväg. Säger man att köparen har ett ansvar för att informera sig, medan säljaren inte har någon skyldighet att dela med sig av det han vet om avtalsföremål m m, riskerar man både att köparen får ett sämre beslutsunderlag än vad som hade varit möjligt och att köparen slösar resurser på att ta reda på fakta som säljaren redan känner till. Mot detta kan i sin tur invändas att respektive parts intresse att lägga resurser på att skaffa information kan minska, om informationen måste vidarebefordras till medkontrahenten/blivande medkontrahenter.[898]

4.5.3 Vigilansprincipen och avtalsrelationens dygder

Sammanfattningsvis kan man säga att vigilansprincipen bygger på den deontologiskt färgade värdeståndpunkten att det är respektive avtalsparts ansvar att för sin egen skull informera sig om avtalsföremålet. Gör man inte det eller om man inte gör det med tillräcklig noggrannhet, bör man inte ha några rättsliga möjligheter att få kompensation i efterhand för att avtalsföremålet inte var som man trodde att det skulle vara. Det individuella ansvaret att tillvarata sina egna intressen betonas.

Det har också anförts marknadsekonomiska argument av både deontologisk och konsekvensetisk karaktär för principen. De kan sägas för det första bygga på synsättet att marknadsekonomin förutsätter fri prisbildning i varje enskilt fall. Enligt detta synsätt är varje enskilt fall unikt och det bör inte anses ha någon rättslig relevans om det pris parterna enas om i ett visst fall avviker kraftigt från det pris som överenskommits i ett antal liknande fall. För det andra bygger argumenten på åsikten att marknaden fungerar effektivast om respektive part har

---

[895] *”Shoddy goods would disappear from the market, or if buyers in fact were willing to buy them at prices reflecting their poor quality, then the goods would find a market at that price and deservedly so”* (Atiyah, a a, s 465).
[896] Atiyah, a a, s 466.
[897] Jfr Wilhelmsens rättsekonomiska analys av 36 § avtalslagen som diskuteras i delavsnitt 3.5.5.3.
[898] Runesson för ett utförligt rättsekonomiskt resonemang om upplysningspliktens lämpliga omfattning i a a, s 111 ff. Jag återvänder till den diskussionen i delavsnitt 6.3.2.

ansvar för att informera sig om avtalsförutsättningarna. Dessa argument kan dock ifrågasättas, varför det är osäkert vilken vikt de bör tillmätas.

Ett viktigt argument mot vigilansprincipen är att principen ger en avtalspart möjligheter att utnyttja medkontrahentens misstag och förbiseenden, eftersom medkontrahentens klagomål kan tillbakavisas med hänvisning till att medkontrahenten skulle ha tillvaratagit sina intressen bättre. Vigilansprincipen ställer därmed inte något lojalitetskrav på parterna. Ett annat viktigt argument mot principen är att den inte tar hänsyn till balansen mellan parternas prestationer (jfr ekvivalensprincipen). Om en avtalspart anser att den motprestation han fått inte motsvarar det värde han själv utgivit, kan medkontrahenten enligt vigilansprincipen freda sig genom att hänvisa till att parten borde ha undersökt den prestation, som han skulle få, på ett bättre sett och därigenom kunna bättre bedöma dess värde.

Båda dessa motargument är beaktansvärda och i anslutning till vissa av fallen i kapitel sex kommer en diskussion att föras om avvägningen mellan bland annat vigilansprincipen å ena sidan och lojalitetsprincipen och ekvivalensprincipen å andra sidan. Samtidigt bör framhållas att de skäl som talar för vigilansprincipen också är i hög grad relevanta. När man samarbetar med andra, är det viktigt att man tar ansvar för sina åtgärder och bevakar sina egna intressen med omsorg.

Den dygd som i avsnitt 4.1 anknöts till vigilansprincipen var omsorgsfullhet, det vill säga den karaktärsegenskap som innebär att man vidtar olika åtgärder med noggrannhet och omsorg, att man ”tänker först och handlar sedan” för att citera ett gammalt talesätt.

Omsorgsfullheten anknyter till dygden pålitlighet på det sättet att båda dygderna utgår ifrån att varje människa har ett ansvar för sina handlingar. Människan har förmågan att själv välja vilka handlingar hon vill företaga, men hon måste – av omsorg om både sina medmänniskor och sig själv – använda det förnuft hon av naturen har begåvats med till att noga överväga vilka handlingar hon skall välja att företaga.[899]

Kopplingen mellan detta synsätt och vigilansprincipen är uppenbar, i och med att också principen utgår ifrån att den enskilda människan har att ta ansvar för sina handlingar, närmare bestämt för att de avtal hon ingår bygger på riktiga förutsättningar, både när det gäller avtalsföremålets beskaffenhet och alla andra förutsättningar som har anknytning till avtalsrelationen.[900] Detta talar för att dygden omsorgsfullhet och vigilansprincipen har en gemensam värdegrund.

I avsnittet om dygden omsorgsfullhet ställdes frågan om den är en social dygd, d v s en dygd som gäller relationen mellan människor[901], eller inte.[902] Om den

[899] Jfr diskussionen i delavsnitt 4.4.4.
[900] Jfr sammanfattningen i slutet av delavsnitt 4.5.2.
[901] Jfr inledningen till delavsnitt 3.5.6.5.

frågan besvaras jakande, är värdegrunden för dygden omsorgsfullhet och vigilansprincipen endast delvis gemensam. Principen säger nämligen enbart att man skall tillvarata sina egna intressen – ”köpare, se dig för, för din skull”. Som anfördes i anslutning till diskussionen om omsorgsfullhetens dygd, finns det dock goda skäl att reservera omsorgsfullhet för ett krav på noggrannhet för sin egen skull. I dygdeavsnittet ställdes då också följande fråga: om omsorgsfullhet inte är en social dygd, hur kan man då motivera att den skall anses vara en avtalsrelationens dygd? Svaret hämtades från relationen mellan omsorgsfullhet och pålitlighet.[903] Pålitlighet beskrevs ovan som en ”formaldygd” som måste fyllas med ett materiellt innehåll och då kan omsorgsfullheten vara en del av detta innehåll. Medkontrahenten har rätt att lita på att en avtalspart är omsorgsfull när parten fattar beslut om att ingå eller inte ingå ett visst avtal.

Observera att detta inte säger något närmare om hur avvägningen mellan dygden omsorgsfullhet och dygden lojalitet skall genomföras, till exempel när omfattningen av parts upplysningsplikt skall avgöras. Den frågan återkommer framställningen till i kapitel sex om konkreta tillämpningsfrågor med anknytning till 36 § avtalslagen.

Det i detta delavsnitt förda resonemanget leder till att vigilansprincipen och dygden omsorgsfullhet bör anses vila på samma värdegrund. Med tanke på detta – men även med tanke på styrkan i de deontologiska argument som anförs för vigilansprincipen, i vart fall de argument som rör den enskildes skyldighet att ta ansvar för sina egna intressen – menar jag också att principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär, och att det den har att tillföra stöds av goda argument.

4.6 Ekvivalensprincipen

4.6.1 Allmänt om ekvivalensprincipen

Ekvivalens betyder förhållande av likvärdighet eller motsvarighet mellan olika ting.[904] I avtalssammanhang handlar ekvivalenstanken om att parternas respektive prestationer skall vara lika mycket värda. Idén att ett avtal, för att kunna betraktas som rättfärdigt, skall innebära att det råder balans mellan parternas prestationer är mycket gammal. I den romerska rätten fanns i vart fall två återspeglingar av denna tanke: ränteregleringen och bestämmelsen om laesio enormis.

Redan i de tolv tavlornas lag fanns regler som begränsade hur hög ränta som fick tas ut vid penningförsträckning, med syfte att skydda låntagarna.[905] Alltså fastställdes i förväg en för alla avtalsparter gällande regel beträffande vad som

---

[902] Se delavsnitt 3.5.6.5.
[903] Se angående pålitlighetens dygd delavsnitt 4.4.4 samt 3.5.6.5.
[904] Se Svenska akademiens ordbok (www.svenskaakademien.se; senast kontrollerad 2004-04-06).
[905] Zimmermann, The Law of Obligations, s 166 ff.

var en rimlig motprestation för den som fick låna pengar av någon annan. Nivån på den maximala räntan varierade från tid till annan och under en period rådde totalförbud mot ränta. Om ett avtalsvillkor rörande för hög ränta fanns med i ett avtal, medförde det inte att avtalet i sin helhet blev ogiltigt, utan endast att gäldenären blott behövde betala den lagliga maximiräntan.[906] Räntan är som bekant ”priset på pengar”, varför införandet av en räntebegränsning innebär en form av prisreglering, men på alla andra områden var prissättningen fri i det romerska imperiet.[907]

Under medeltiden förbjöds tagande av ränta i kanonisk rätt och detta förbud blev så småningom en del av ius commune.[908] I och med det ekonomiska uppsvinget i de italienska handelsstäderna, som inleddes när 1000-talet övergick i 1100-talet, blev behovet av att kunna låna pengar till investeringar allt större, och man sökte olika sätt att kringgå ränteförbudet.[909] Försträckning mot ränta blev allt vanligare, och på 1600-talet upphävdes förbudet även formellt i många stater. I stället återgick man till den romerska rättens system med en maximiränta. På 1800-talet riktades allt starkare kritik även mot denna reglering, som sågs som en oacceptabel inskränkning i avtalsfriheten. Kritiken förstärktes av att det var svårt att finna skäl för att just det räntetak som valts på många håll – fem procent – skulle vara det rätta. Varför var just fem procents ränta godtagbar, medan sex procent innebar ett orättfärdigt utnyttjande av gäldenären? I den ekonomiska liberalismens namn släppte många länder räntan helt fri. I Tyskland skedde frisläppandet år 1867.[910]

---

[906] Zimmermann, a a, s 169. Avtalsvillkoret om räntefoten jämkades, för att använda terminologin i 36 § AvtL.

[907] Man kan fundera över varför just försträckningsräntan reglerades, medan det i övrigt var romarna främmande att ingripa i avtal, där disproportion rådde mellan parternas prestationer. Flera förklaringar är tänkbara. Zimmermann pekar på att låntagaren i stort sett undantagslöst är den svagare parten, och i princip har att acceptera långivarens villkor (a a, s 166), men så kan det rimligen vara även för den som skall köpa mat eller kläder. Och å andra sidan är det väl så att så länge det finns många långivare och inte råder kapitalbrist i samhället, uppstår konkurrens mellan långivarna, vilket gör att de inte kan ta ut alltför höga räntor, för då vänder sig låntagaren till någon annan potentiell borgenär i stället.

[908] Zimmermann, a a, s 170, där han framhåller att kyrkan ansåg att kommersiell vinst hotade affärsmannens frälsning, och detta gällde än starkare om vinsten härrörde från försträckningsräntor. Jacques Le Goff redogör utförligt för den medeltida kristenhetens negativa syn på ocker och ockrare i Ockraren och döden (1990): *”…ockraren … förblir på 1200-talet en av de sällsynta människor vars yrke fördöms … i sig,… genom sin natur/…/ …av alla är ockraren den värste, ty han syndar mot Gud på alla sätt, inte bara mot hans person utan också mot naturen som han har skapat och som sammansmälter med honom, och mot konsten som efterliknar naturen”* (s 64 f). Thomas av Aquino framhåller att ocker är en synd mot rättvisan. Han frågar: *”Är det en synd att mottaga pengar som betalning för utlånade pengar, det vill säga att mottaga en ockerränta?”* Hans svar blir: *”Att mottaga en ockerränta för utlånade pengar är i och för sig orätt: ty man säljer något som inte existerar, och åstadkommer därigenom uppenbart ett missförhållande som strider mot rättvisan”* (citeras i Le Goff, a a, s 31). Se även Tamm, a a, s 275.

[909] Zimmermann, a a, s 171 f. Kyrkan var för övrigt i behov av att låna pengar till korstågen, och bidrog själv till att undergräva respekten för ränteförbudet, genom att på mer eller mindre konstruerade sätt kringgå detsamma.

[910] Zimmermann, a a, s 175 f.

Relativt snart uppmärksammades dock att räntans frisläppande hade lett till missbruk, vilket gav upphov till krav på nya skyddsregler för gäldenärerna. Det ledde till att det moderna ockerbegreppet växte fram. I stället för att fastställa en maximiränta, straffbelade man i Tyskland år 1880 förfaranden som innebar att någon utnyttjat annans på visst sätt beskrivna utsatta ställning till att betinga sig en ränta som inte stod i rimlig proportion till borgenärens prestation. År 1892 utvidgades bestämmelsen så att den kom att omfatta inte bara kreditocker, utan även sakocker. Fyra år senare blev den även en civilrättslig ogiltighetsregel.[911] I Sverige tillkom den första ockerlagstiftningen 1901, men den gällde endast kreditocker. Sakocker blev en ogiltighetsgrund i och med avtalslagens tillkomst.[912] En intressant omständighet beträffande de moderna ockerbestämmelserna är att de för sin tillämpning förutsätter en kombination av omständigheterna vid avtalets tillkomst (utnyttjandet av annans underlägsna ställning) och avtalets innehåll (disproportionen mellan prestationerna). Tidigare regleringar hade enbart tagit sikte på avtalsinnehållet (räntefoten), den nya ordningen innebär att om det inte föreligger något ”viljefel” vid avtalets tillkomst så skall inte rättsordningen ha några synpunkter på avtalets innehåll.

Utvecklingen från räntereglering till ockerlagstiftning skedde parallellt med utvecklingen av en annan romerskrättslig företeelse: bestämmelsen om laesio enormis.[913] Under huvuddelen av den långa tid som den romerska rätten utvecklades sattes priserna på varor och tjänster på marknaden – med undantag för priset på pengar, räntan – och varje människa ansågs ha rätt och förmåga att ta tillvara sina egna intressen i till exempel avtalsförhandlingar.[914] Rättsordningen ingrep inte för att korrigera avtal, exempelvis med hänvisning till att det rådde disproportion mellan parternas prestationer. Så småningom började dock en omsvängning ske. I kejsar Justinianus lagsamling finns en text, som troligen tillkom på Justinianus egen tid och som innebär att en person fick möjlighet att frånträda ett avtal om försäljning av ett honom tillhörigt landområde på den grunden att köpeskillingen var mindre än hälften av markens rätta värde.[915] Köparen gavs samtidigt möjlighet att undgå hävning av avtalet, genom att betala det rätta värdet, vilket måste betraktas som en form av

---

[911] Zimmermann, a a, s 175 ff.

[912] Almén och Eklund, a a, s 155 ff. Se även Grönfors, a a, s 192.

[913] Det finns en tydlig koppling mellan regler angående ränta och ocker å ena sidan och mer allmänna skälighetsregler som laesio enormis. Jfr Grönfors i Avtalslagen, s 192: *”Även med andra medel har man försökt hindra ocker, t ex den romerska rättens läror om alltför hög vinst (laesio enormis) eller överskridande av det rimliga priset (justum praetium)”*.

[914] Zimmermann, a a, s 255 ff. *”It was not a requirement for the validity of a contract of sale that the price be just or fair”* (a a, s 255).

[915] Zimmermann, a a, s 259 ff. Det ironiska i situationen är att Justinianus, som enligt Zimmermann ville skapa en absolutistisk välfärdsstat (a a, s 261), indirekt hade förorsakat det problematiska avtalet. Genom att Justinianus bedrev en skattepolitik, som Zimmermann beskriver som ”hänsynslös”, tvingades många småbönder sälja sin mark till rika stadsbor. Eftersom bönderna inte hade något annat val än att sälja, blev priserna ofta mycket låga. I det läget ingrep Justinianus och tillhandahöll den beskrivna möjligheten att frånträda försäljningsavtalen. (Frågan är hur mycket hjälp bönderna hade av det. Så länge skatterna var så höga att de inte kunde behålla sina gårdar, torde det ha inneburit föga tröst att de hade rättslig möjlighet att ångra försäljningen.)

jämkning av avtalet. Därigenom hade en helt ny princip – kallad laesio enormis – introducerats i den romerska rätten: *”…a contract can be so one-sided, the disproportion in the values exchanged so gross, that the law has to intervene and provide the disadvantaged party with a remedy…”*.[916]

De romerska juristerna tycks inte ha utvecklat läran om laesio enormis utöver vad som framgår av Justinianus lagsamling, men däremot växte under medeltiden en mycket rikhaltig doktrin fram kring de frågor som uppstår, om man närmare studerar den justinianska föreskriften. De medeltida juristerna kom fram till att det inte finns något skäl att begränsa principens verkningar till just den situation, som beskrivs i den justinianska regeln. Alla slags avtal – inte bara köpeavtal avseende fast egendom – kom att omfattas, och inte bara säljaren, som tvingades gå med på ett för lågt pris, utan även köparen, som tvingades betala för mycket, kunde kräva återgång eller jämkning av avtalet med hänvisning till laesio enormis.[917]

Eftersom den justinianska bestämmelsen föreskrev att laesio enormis-talan endast kunde vinna framgång om det erhållna priset var mindre än hälften av det verkliga värdet, uppkom en debatt beträffande hur mycket ”för mycket” en köpare skulle ha tvingats betala, för att kunna åberopa bestämmelsen.[918] Det diskuterades också om hälften av det verkliga värdet var en rimlig gräns eller om den borde sättas på någon annan nivå.[919] Även andra beräkningsfrågor uppkom.[920]

En central fråga som dryftades var hur man skulle fastställa det verkliga värdet. En del hävdar att man inte kan göra någon skillnad mellan verkligt värde och det pris som en viss person vid en viss tidpunkt är beredd att sälja respektive köpa en viss vara för.[921] Thomas av Aquino menade att det verkliga värdet, eller det rättvisa (skäliga) priset[922], var marknadspriset satt i ett tillstånd av fri

---

[916] Zimmermann, a a, s 262.
[917] Zimmermann, a a, s 262 f.
[918] Zimmermann, a a, s 263 f. Skulle köparen ha varit tvungen att betala dubbla priset, 100 procent mer än det verkliga värdet, eller skulle det räcka med 50 procent?
[919] Ett exempel: i Württembergische Landrechte av år 1555 sattes gränsen till två tredjedelar. Se Zimmermann, a a, s 264, not 179.
[920] Ett exempel var om det verkligen var rimligt att kräva att köparen skulle erlägga hela det verkliga värdet, för att undgå hävning. Hade han betalat säljaren 60 procent av det verkliga värdet hade ju någon talan med hänvisning till laesio enormis alls inte kunnat väckas. Alltså kunde man hävda att det borde räcka att han betalade så mycket att ”laesio enormis-gränsen” uppnåddes. Se Zimmermann, a a, s 264.
[921] *”The value of all things contracted for, is measured by the Appetite of the Contractors: and therefore the just value, is that which they be contented to give”*, hävdade Thomas Hobbes, citerad i Zimmermann, a a, s 265. Det är värt att notera att Adam Smith *”…by no means adopted Hobbes's sweeping argument that a price agreed to by the parties is always a just price merely by virtue of the agreement”* (Atiyah, a a, s 298).
[922] Uttrycket det *”rättvisa eller skäliga priset”* används av Lindström, Dag i Skrå, stad och stat. Stockholm, Malmö och Bergen ca 1350 – 1622, Uppsala 1991, bl a på s 126.

konkurrens.[923] Tillgång och efterfrågan påverkade det rättvisa priset, som inte var fast, men utbudsmanipulationer eller att utnyttja bristsituationer för egen vinning accepterades inte (för då var priset inte satt i ett tillstånd av fri konkurrens). *"Det skäliga låg i att den som sålde varan fick en rimlig betalning, samtidigt som köparen fick full valuta för sina pengar"*, framhåller Lindström. [924] I hans resonemang ligger att en utsaga om vad som är det rättvisa priset är en normativ utsaga om det pris som borde betalas och på vilka grunder man kan fastställa detta pris, inte en deskriptiv utsaga om ett objektivt, empiriskt fastställbart förhållande. Trots talet om fri konkurrens tycks det i kravet på att säljaren skulle få rimlig betalning ha legat ett slags skydd för säljaren.[925] En av dem som ägnade mycket kraft åt att utveckla resonemang kring dessa frågor var Grothius. Han anknöt till den aristotelisk-thomistiska traditionen och betonade vikten av likvärdighet i prestation och motprestation.[926]

Dessa principer utgjorde grunden för vad som har kallats den moraliska ekonomin. Det rättvisa priset byggde på *"ett slags moralisk rimlighetsbedömning"*[927]. Man kan finna belägg för att föreställningar om den moraliska ekonomin var mycket livskraftiga i breda folklager i vart fall in på 1800-talet. Thompson argumenterar utförligt för att den moraliska ekonomins ideologi var en viktig faktor bakom olika "spannmålsupplopp" i Storbritannien under 1700-talet.[928] Till det som utlöste starkast folklig kritik hörde monopoltendenser från till exempel stora spannmålsuppköpares sida och (delvis som en följd av monopoltendenserna) priser som uppfattades som oskäligt höga.[929]

---

[923] Zimmermann, a a, s 265 f. Zimmermann påpekar att Thomas av Aquino vidareutvecklade Aristoteles resonemang om kommutativ rättvisa. Jfr Nikomachiska etiken, s 137 ff.
[924] Lindström, a a, s 126.
[925] Jfr Runesson, a a, s 386, som ger följande definition av det rättvisa priset: *"…materialkostnader för att producera en viss vara plus en lön till hantverkaren eller köpmannen som var tillräckligt stor för att bibehålla honom i hans givna sociala ställning"*. I samma anda påpekar Lindström att olika skrån ibland angrep av det allmänna fastställda pristaxor med hänvisning till idén om ett skäligt pris, eftersom de ansåg att den stipulerade *"[b]etalningen var för låg i förhållande till hantverkarnas omkostnader och gav inte möjlighet till en tryggad försörjning"* (a a, s 133).
[926] Wieacker, a a, s 234 f.
[927] Horgby, Björn och Lindström, Dag, Bristen på ånger retar mest, Östgöta Correspondenten, 26 februari 2002, s A12.
[928] Thompson, E P, De engelska massornas moraliska ekonomi i samlingsverket Herremakt och folklig kultur, 1983, s 63 – 135. Han vänder sig därmed mot vad han ser som en förenklad beskrivning av bakgrunden till folkliga "matuppror", nämligen att folk tog lagen i egna händer när de svalt (a a, s 66 f). *"Det är möjligt att i nästan varje massaktion på 1700-talet hitta någon legitimerande föreställning, varmed jag menar att männen och kvinnorna i folkmassan var övertygade om att de försvarade traditionella rättigheter eller seder, och att de hade stöd i ett slags allmänt samförstånd. /…/ …missförhållanden mötte en folklig samstämmighet beträffande vad som var legitimt och vad som var illegitimt inom försäljning, malning, bakning och så vidare. Denna samstämmighet byggde i sin tur på en konsekvent traditionell syn på sociala normer och förpliktelser, på olika parters riktiga ekonomiska funktioner i samhället… Ett brott mot dessa moraliska förutsättningar utlöste direkt aktion minst lika ofta som faktiska umbäranden"* (a a, s 67 f).
[929] Thompson, a a, s 74 ff och 82 f. Jfr Atiyah, a a, s 365 f: *"…the labouring classes …believed in 'just' prices long after Adam Smith's time"*.

På 1700-talet började dock det här synsättet trängas undan av ett mer renodlat marknadstänkande. *”Det kunde inte vara fel att ta så mycket betalt som marknaden tillät.”*[930] Dessutom var laesio enormis-principen problematisk att tillämpa, i och med att den byggde på jämförelser mellan det rättvisa priset och mer eller mindre godtyckligt uppställda kvotandelar av detsamma, vilket gjorde att inte bara den etiska princip den vilade på – skälig balans mellan avtalsparter – ifrågasattes, utan även dess tekniska utformning. Detta sammantaget gjorde att principen kom ur bruk under 1800-talet. Avtalsfriheten sattes i centrum och domstolarna blev alltmer benägna att upprätthålla varje avtal, utan att fästa något större avseende vid rättvisa och skälighet. Var och en fick avtala på egen risk, var utgångspunkten.

Spår av den moraliska ekonomins tänkande finns emellertid fortfarande kvar, hävdar Horgby och Lindström, och anför reaktionerna på Percy Barneviks miljardpension i februari 2002 som exempel. Barnevik anklagades för att ha tillskansat sig en ersättning som inte stod i rimlig proportion till den arbetsinsats han gjort, det vill säga pensionen klarade inte den moraliska rimlighetsbedömningen. *”Det hjälper då inte att det finns ett avtal som får dessa effekter, eftersom effekterna spränger den moraliska ekonomins gränser”*, skriver de. Horgby och Lindström menar också att den moraliska ekonomin fyller en viktig funktion även idag, eftersom den *”bidrar till att bevara stabilitet och förtroenden, något som är nödvändigt för en väl fungerande marknadsekonomi. Alternativet är en roffarmentalitet där all ömsesidig tilltro försvinner”*.

I denna avhandling anses, som framgår av ovanstående resonemang, kärnan i ekvivalensprincipen vara att det skall råda balans mellan parternas respektive prestationer i en avtalsrelation. Runesson definierar ekvivalensprincipen annorlunda, vilket därför bör kommenteras. Han anför: *”Ekvivalensprincipen utgår från förhållandet mellan prestation och vederlag såsom det gestaltar sig när avtalet ingås. Ekvivalensprincipen … kan inte åberopas för att omfördela avtalets värde, utan syftar till att bevara status quo”*.[931]

Man bör uppmärksamma att Runesson här diskuterar ekvivalensprincipens betydelse för bedömningen av hur förhållanden, som inträffat efter avtalets ingående, skall påverka möjligheten till jämkning.[932] Han tycks mena att avtal

---

[930] Horgby och Lindström, a a. Jfr Thompson, a a, s 78 ff. Han skriver bl a att *”…den nya politiska ekonomin befriades från inkräktande moraliska imperativ”* (a a, s 79).

[931] Runesson, a a, s 382, där han även skriver: ”*Om löftesgivaren således åsätter en viss risk ett obetydligt negativt värde och därför betingar sig ett för litet vederlag för att bära risken, föreligger inte någon avvikelse från ekvivalensprincipen ex ante, trots att risken sedan realiseras ex post och ger upphov till en stor förlust”*.

[932] Det främsta syftet med hans avhandling är att formulera en generell regel rörande relevansen av ökade prestationskostnader, närmare bestämt att finna kriterier, baserade på samhällsnyttans princip, enligt vilka den part utses som kan anses vara närmare att bära risken för sådana kostnaders uppkomst (Runesson, a a, s 33). Hans rekonstruktionsmodell skall ge domaren en anvisning om vad som skulle ha utgjort *”en värdemaximerande riskallokering ex ante”* (Runesson, a a, s 49). Om det

typiskt sett innehåller en fördelning av risken för senare inträffade förhållanden mellan parterna och att rättsordningen inte skall rubba den sålunda överenskomna fördelningen. Varje part har åsatt sin prestation (inklusive sitt risktagande) dess subjektivt ”rätta” värde, det vill säga det värde respektive part upplevde att prestationen hade vid tidpunkten för avtalets ingående, och då kan man inte i efterhand säga att något annat värde hade varit mera ”rätt”, förefaller han anse.[933] Man kan dock rikta invändningar mot argumentationen. Begreppet ekvivalensprincipen har rent språkligt inte den begränsning, som Runesson vill tilldela det. Som jag uppfattar saken, säger ekvivalensprincipen att det skall råda balans mellan parternas prestationer.[934] Således måste man med stöd av ekvivalensprincipen kunna kritisera även avtal, som innebär ursprunglig obalans mellan parternas prestationer, inte endast avtal, beträffande vilka den ursprungliga relationen mellan prestationerna rubbats till följd av senare inträffade förhållanden.

4.6.2 Argument angående ekvivalensprincipen

För att övergå till att närmare studera vilka argument som anförs för respektive emot ekvivalensprincipen, kan man återvända till Runesson. Hans ovan redovisade inställning illustrerar en av de viktigaste principiella invändningarna man kan rikta mot ekvivalensprincipen (i min med fleras, dock inte Runessons, tappning), nämligen att ekvivalensprincipen står i motsatsställning till avtalsfrihetens princip. Det ideal, som den sistnämnda normen uppställer, är att parterna fritt skall få reglera sina inbördes mellanhavanden, utan inblandning från rättsordningen eller någon annan. Att låta rättsordningen gripa in för att skapa balans mellan prestationerna skulle med det här synsättet innebära ett allvarligt ingrepp i avtalsfriheten.[935]

Har parterna nått en frivillig överenskommelse, skall domstolarna respektera resultatet av den och avstå från att jämka avtalet. Om säljarens leverans blir mycket mer kostsam än beräknat för honom till följd av att krig har brutit ut, är det säljarens problem, om han inte har friskrivit sig från ansvar för risken för

---

blir dyrare än väntat – vem skall betala? Hans studie gäller alltså inte betydelsen av bristande proportion mellan parternas prestationer vid tidpunkten för avtalets ingående.

[933] Han framhåller (a a, s 49) att hans studie skall tillhandahålla en *”utfyllande norm”* vilken i riskallokeringshänseende skall kunna fullständiga ett avtal, *”som uppvisar en ofullständig reglering av risk”*. Således är hans norm inte avsedd att ge vägledning i sådana fall, då avtalet har reglerat riskfördelningen uttömmande.

[934] Se t ex Dotevall, a a, s 447, samt Svenska akademiens ordbok (www.svenskaakademien.se) som även refereras i inledningen till delavsnitt 4.6.1.

[935] Jfr den tidigare refererade diskussionen om caveat emptor-principen, beträffande vilken Atiyah citerar ett rättsfall från 1617*: ”the value of a jewel consists in the estimation of him who will buy it”* (a a, s 178). Vigilansprincipen kan som nämnts ses som en motpol till ekvivalensprincipen. Zimmermann citerar Hamilton, som angående vigilansprincipen anför*: ”Not until the nineteenth century, did judges discover that caveat emptor sharpened wits, taught self-reliance, made a man – an economic man – out of the buyer, and served well its two masters, business and justice”* (Zimmermann, a a, s 306, not 87).

krig.[936] Denna ståndpunkt synes inrymma ett betydande mått av fiktion. Om parterna inte har reglerat vem som bär risken för en viss händelse, kan det mycket väl bero på att ingen av parterna har förutsett risken i fråga. I så fall kan man inte påstå att det föreligger någon partsvilja med avseende på den aktuella risken.

En annan invändning är att jämkning med stöd av ekvivalensprincipen kan innebära att parts befogade tillit till avtalets bestånd sätts åt sidan. Det föreligger således en potentiell konflikt mellan ekvivalensprincipen och tillitsprincipen.[937] Man bör därför ägna någon uppmärksamhet åt hur omfattande tilliten bör anses vara i olika situationer (vad är det man litar på?). Runesson menar att svaret bör bli att tilliten omfattar sådana förmåner, som parten hade anledning att räkna med vid avtalets ingående. Förmåner som går därutöver – som kan ha uppkommit till följd av oförutsedda händelser – bör inte anses vara omfattade av tilliten (och kan därmed fråntas parten, utan att det strider mot tillitsprincipen).[938] I den mån parts tillit kan anses omfatta erhållandet av en prestation, vars värde går utöver värdet på hans egen prestation, kolliderar dock tillitsprincipen och ekvivalensprincipen. Innan man konstaterar omfattningen av parts befogade tillit, måste man dock, menar jag, pröva till exempel om den stora värdeskillnaden mellan prestationerna kan göra att partens befogade tillit till avtalet kan ifrågasättas.

Vad gäller brister i balansen mellan parternas prestationer som beror på senare inträffade förhållanden, framförs i engelsk doktrin flera argument som talar emot att sådan jämkning alls skall kunna ske.[939] Dessa argument träffar förvisso i stor utsträckning jämkning av avtal i allmänhet, men kommer ändå här att kort nämnas.

Marknadsekonomin bygger på att fritt ingångna avtal alltid kan göras gällande och att inskränka möjligheterna att göra avtal gällande skulle försämra marknadens funktionsduglighet. Det skulle minska incitamenten att agera på marknaden, om man inte kan vara säker på att alltid göra den beräknade vinsten på de avtal man ingår. Minskad ekonomisk aktivitet vore negativt, eftersom samhället som helhet är beroende av väl fungerande marknader för sin utveckling.[940] Detta konsekvensetiska resonemang kan ifrågasättas på både deontologisk och konsekvensetisk grund. Med deontologiska utgångspunkter kan man konstatera att endast det faktum att en viss negativ effekt riskerar att uppkomma till följd av introducerandet av en viss norm (jämkningsregeln) inte i

---

[936] Collins, a a, s 274 f. Jfr Cooke/Oughton, a a, s 364 ff.
[937] Runesson, a a, s 383. Se även Grönfors, Avtalslagen, s 248.
[938] Runesson, a a, s 383 f. Han menar således att det *”…finns … anledning att låta omfattningen av skyddet av tilliten bestämmas av avtalets kontext”* (a a, s 383). Se även Runesson, a a, s 412 f, i synnerhet s 414 f, där han refererar en skiljedom, som rörde jämkning av en valutaklausul, och konstaterar att den företagna jämkningen kunnat ske utan att *”skyddet för Nosacs befogade tillit till Mascots prestationslöfte träddes förnär”* (s 415).
[939] Collins, a a, s 274 med vidare hänvisningar.
[940] Collins, a a, s 274.

sig är ett tillräckligt argument för att konstatera att normen är dålig. Det motstående intresset, att skydda avtalsparter från betungande verkningar av senare inträffade förhållanden, kan vara så starkt att det väger upp de negativa konsekvenserna. Avvägningen mellan dessa intressen beror i sin tur, i vart fall till en del, på bedömningen av de negativa konsekvensernas omfattning och här kommer den konsekvensetiska kritiken mot resonemanget in. Som har konstaterats på annan plats i denna avhandling, kan man ifrågasätta hållbarheten i svepande påståenden om vad som främjar eller motverkar ekonomins funktionsduglighet. Risken att drabbas av stora kostnader till följd av senare inträffade förhållanden kan vara väl så avskräckande för en potentiell avtalspart som risken att inte göra en planerad vinst till följd av sådana förhållanden.

Ett ytterligare argument mot jämkning bygger på att balans råder mellan parternas prestationer, trots den senare inträffade omständigheten, om den part, på vilken risken faller om jämkning inte sker, har fått extra vederlag för att påta sig risken. Att jämka avtalet skulle således innebära att parten överkompenseras och att avtalet blir orättvist.[941] Att en part har fått betalt för att bära en risk är förvisso ett starkt argument mot att parten skall jämkningsvis befrias från risken i fråga. Samtidigt kan det inte uteslutas att kompensationen varit så otillräcklig att jämkning trots allt bör komma i fråga.

För att övergå till det viktigaste argumentet för ekvivalensprincipen, måste det anses vara att det är rättvist att det råder balans mellan prestation och motprestation i en avtalsrelation. Som tidigare anförts är ett avgörande kännetecken på vad Aristoteles kallar kommutativ rättvisa att avtalsparterna utbyter produkter som är *”proportionellt likvärda”*[942]. Dotevall påpekar, vilket också tidigare nämnts, att ”*…laesio enormis fått karaktären av grundläggande rättviseargument”*[943]. Bör man fördjupa analysen ytterligare och diskutera varför ett avtal är rättvist, om parterna utbyter proportionellt likvärda nyttigheter, eller får man – utan att med fog bli beskylld för bristande djup i argumentationen – nöja sig med dessa utsagor? Jag skulle nog vilja hävda att det ligger en sådan tyngd i det Dotevall anför om ekvivalensprincipens karaktär av grundläggande rättviseargument att man i och för sig kan låta argumentationen för principens berättigande stanna där. Att man skall få det man betalar för, att man skall få det man förtjänar är en värdeståndpunkt som förefaller vara djupt rotad i vårt samhälle. För egen del bevakar man vanligen att man inte får mindre än man förtjänar, beträffande andra bevakar man ofta att de inte får mer än de förtjänar (jfr Percy Barneviks miljardpension).

Det just sagda hindrar dock inte att man kan föra argumentationen vidare. Varför är det rättvist att det råder (i vart fall ungefärlig) balans mellan parternas prestationer i en avtalsrelation? Ett sätt att söka ett svar på den frågan är att fundera över varför parter avtalar med varandra (vilket är avtals typiska

---

[941] Collins, a a, s 275.
[942] Nikomachiska etiken, s 138. Se vidare delavsnitt 3.5.6.5.
[943] Dotevall, a a, s 447.

ändamål?). Typiskt sett torde avtal uppkomma därför att respektive part har något som medkontrahenten vill ha och att ett utbyte av dessa nyttigheter därför vore till ömsesidig nytta – en ”win/win-situation”. Däremot torde avtal mer sällan uppkomma därför att en part när en önskan om att berika medkontrahenten på sin egen bekostnad. Självklart förekommer avtal av benefik natur, men då finns vanligen en särskild relation mellan parterna, en relation som motiverar att en part vill överföra ett värde till medkontrahenten.[944] Mot bakgrund av detta kan man hävda att om ett avtal innebär en uppenbar värdeöverföring från den ena parten till den andra, och det inte finns någon särskild relation mellan parterna som skulle kunna ge den förlorande parten anledning att vilja ge värden till medkontrahenten, så är avtalet orättvist – den ena parten berikar sig orättfärdigt på den andres bekostnad.[945]

I teorin är detta måhända lätt att säga, men om man hävdar att det bör råda balans mellan parternas prestationer i ett avtalsförhållande, ställs man genast inför praktiska frågeställningar om ekvivalensprincipens närmare tillämpning. En del skulle hävda att dessa praktiska problem är så stora att ekvivalensprincipen är svår att tillämpa.[946] Frågorna kan vara exempelvis följande.

Hur skall man värdera respektive prestation?[947] Givet att den ena parten är penninggäldenär och den andra naturagäldenär, är det enkelt att värdera penninggäldenärens prestation, men måhända svårare att bedöma värdet på medkontrahentens prestation. Finns det ett marknadsvärde på naturaprestationen? Finns det i så fall skäl att frångå marknadsvärderingen på grund av omständigheter i det enskilda fallet? Om det inte finns något marknadsvärde, skall man utgå ifrån tillverkningskostnaden (om det handlar om en vara)? Hur stor vinstmarginal är i så fall rimlig?
Hur stor disproportion (om någon) får det vara mellan prestationerna, utan att avtalet skall anses strida mot ekvivalensprincipen?

Framställningen återkommer till dessa frågeställningar i delavsnitt 6.3.3.2.2. Problemen skall inte underskattas, men jag anser att de inte bör anses vara oöverstigliga. En förutsättning för att ekvivalensprincipen skall kunna tillämpas torde dock vara att avtalsföremålet är mätbart i pengar. För att man skall kunna diskutera om balans föreligger eller inte, måste det som läggs i respektive vågskål mätas med samma enhet. Möjligen gör det att ett eller annat avtal inte kan bli föremål för bedömning med ekvivalensprincipen som utgångspunkt, men vanligen gäller avtal som bekant nyttigheter som kan mätas i pengar. En nyttighets värde torde, enligt min uppfattning, i flertalet fall kunna bli föremål

---

[944] Man kan notera att en del avtal som till synes är benefika i själva verket har ett oneröst syfte. Om ett visst avtal innebär en värdeöverföring från den ena parten till den andra, kan det finnas ett annat avtal som åstadkommer balans i parternas affärer. Man kan också tänka sig många andra varianter, till exempel att ett företag vid ett enstaka tillfälle säljer en vara med förlust till en kund som tack för ett långvarigt och ömsesidigt berikande samarbete.
[945] Motivfrågan och dess betydelse utvecklas i delavsnitt 6.3.3.2.3.
[946] Jfr Dotevall, a a, s 450 f.
[947] Jfr Dotevall, a a, s 450 f.

för bevisföring och en rationell diskussion. Det förefaller därvid vara en rimlig utgångspunkt att använda Thomas av Aquinos tankar om marknadspriset fastställt i ett tillstånd av fri konkurrens.

4.6.3 Ekvivalensprincipen och avtalsrelationens dygder

Det viktigaste argumentet, som ovan anfördes för ekvivalensprincipen, är att tanken att det bör råda balans mellan parternas prestationer i en avtalsrelation är en grundläggande rättviseföreställning med stor tyngd. Enligt den kommutativa rättvisans idé bör avtal innebära just att parterna utbyter likvärdiga prestationer. Ett skäl till att denna rättviseföreställning har sådan tyngd torde vara att samtliga parter, som ingår avtal, typiskt sett vill få ut något av sin överenskommelse; det förutsätts att avtalet ger upphov till en ”win/win-situation”. Det ligger så att säga i det ömsesidiga utbytesavtalets natur att båda parter skall tjäna ungefär lika mycket på transaktionen. Det är mer sällsynt, men förekommer självklart, att parter ingår avtal med syfte att den ena parten skall överföra värde till medkontrahenten.

Mot ekvivalensprincipen har flera argument anförts. Principen har kritiserats för att åsidosätta avtalsfriheten (har parterna frivilligt ingått ett avtal, har ingen rätt att i efterhand säga att de borde ha åsatt sina prestationer något annat värde), åsidosätta parts befogade tillit till att få det som stipulerats i avtalet, störa marknadens funktionssätt (incitamenten att göra affärer minskar, om man riskerar att inte få behålla de värden man avtalar sig till) samt för att vara praktiskt svår att tillämpa (det är svårt att fastställa nyttigheters objektiva värden). Dessa motargument bemöttes ovan. Angående avtalsfriheten kan till exempel sägas att det innebär ett betydande mått av fiktion att säga att partsviljan omfattar en riskfördelning beträffande alla efterkommande händelser, även oförutsedda, kostnadsdrivande sådana. Angående tillitsargumentet kan bland annat noteras att parts befogade tillit kanske inte omfattade en extra vinst på medkontrahentens bekostnad, vilken uppkommer till följd av något oväntat förhållande. Angående marknadens funktionssätt kan påpekas att vissa allmänt hållna uttalanden om vad som främjar eller motverkar ekonomins funktionsduglighet ifrågasattes tidigare i avhandlingen. De många motargumenten illustrerar dock att ekvivalensprincipen är kontroversiell, varför det är angeläget att, när den eventuellt skall tillämpas, göra en omsorgsfull avvägning mellan den och motstående principer.

I avsnitt 4.1 sammankopplas ekvivalensprincipen med dygden rättrådighet. Delar principen och dygden samma värdegrund? Svaret måste bli obetingat ja, närmast per definition. Aristoteles menar att strävan efter kommutativ rättvisa är det som gör rättrådighet till en egen dygd med tydlig definition[948] och Frändberg anger det som en ”underdygd” till rättrådigheten att eftersträva ”proper balancing”[949],

[948] Frändberg, a a, s 250 samt delavsnitt 3.5.6.5.
[949] Frändberg, a a, s 249 f.

en formulering som stämmer väl överens med den kommutativa rättvisans innebörd.[950] Kommutativ rättvisa uppnås om man tillämpar ekvivalensprincipen, eftersom kommutativ rättvisa innebär balans mellan parternas prestationer.[951]

Det förda resonemanget leder således till att vigilansprincipen och dygden omsorgsfullhet bör anses vila på samma värdegrund. Med tanke på detta – men även med tanke på styrkan i huvudargumentet för ekvivalensprincipen, den kommutativa rättvisans idé – menar jag också att principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär, och att det den har att tillföra stöds av goda argument.

4.7 Principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder

4.7.1 Allmänt om principen

Egentligen är principens formulering ovan något för snäv. Vill man vara mer fullständig kan man tala om principen att avtal inte får strida mot lag, kringgå lag, strida mot goda seder eller strida mot samhälleliga intressen. Det avtal som strider mot lag, kringgår lag, strider mot goda seder eller strider mot samhälleliga intressen har gemensamt är, som jag ser det, att de till följd av sitt innehåll, syfte eller partskonstellationen anses kränka någon norm, som skyddar andra intressen än avtalsparternas intressen. Normerna har inte uppställts för parternas skull, utan av andra skäl. Av den anledningen har det ansetts motiverat att behandla de fyra principerna i ett sammanhang. För enkelhetens skull kommer dock i det följande att talas om avtal i strid mot lag och goda seder, varmed avses samtliga fyra varianter.

Man skulle kunna hävda att ett avtal som är oskäligt strider mot lag, eftersom rättsordningen till följd av 36 § AvtL inte skyddar oskäliga avtal. Det är dock inte så företeelsen avtal contra legem har uppfattats. 36 § AvtL rör förhållandet mellan parterna och har i första hand uppställts i parternas intresse.

Det finns en mängd lagar, som sätter gränser för vad som är rättsligt möjligt för parterna att avtala om. Ramberg/Ramberg ger ett antal exempel, bland annat konkurrenslagen (förbjuder konkurrenshämmande avtal), jordförvärvslagen (vem som helst får inte köpa en jordbruks- eller skogsfastighet), vapenexportlagstiftningen (förbjuder krigsmaterielexport i vissa fall) och handelsrestriktioner till följd av ekonomiska sanktioner mot andra stater.[952] Dessa lagar är uppenbarligen av olika karaktär och uppbärs av olika syften (att skydda den fria konkurrensen, att främja effektivt jord- och skogsbruk, att förhindra vapenexport till krigförande länder, att tvinga en stat att förändra sin politik i något avseende). Det de har gemensamt är att de inskränker

[950] Låt vara att ”balancing” även kan betyda avvägningar i en mer allmän betydelse. Jfr delavsnitt 3.5.6.5.
[951] Delavsnitt 3.5.6.5.
[952] Ramberg/Ramberg, a a, s 77 f. Jfr även Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 282 ff.

avtalsfriheten i större eller mindre utsträckning, genom att förbjuda antingen avtal med visst innehåll eller avtal med vissa parter. För detta avsnitts vidkommande är det endast intressant hur olika rättsordningar ser på avtal som strider mot lag och goda seder ur ett avtalsrättsligt perspektiv. Om det finns straffrättsliga, administrativa eller andra sanktioner för den som bryter mot lagarna i fråga behandlas inte, utan det intressanta spörsmålet är vad lag- eller moralstridigheten innebär för parternas avtalsrättsliga bundenhet vid sin överenskommelse.

Avtal för att kringgå lag innebär, som benämningen anger, att avtalet inte strider mot lagens bokstav men väl mot dess anda. Avtalets syfte är att undgå ett legalt förbud för att uppnå det lagstiftaren ville förhindra genom förbudslagstiftningen. I viss utsträckning avgörs gränsdragningen mellan avtal contra legem och avtal in fraudem legis uppenbarligen av hur den aktuella lagstiftningen tolkas. Ges den en extensiv tolkning blir fler förfaranden att betrakta som avtal i direkt strid mot lag, medan en restriktiv tolkning i motsvarande mån ökar utrymmet för att betrakta avtal såsom varande in fraudem legis, men inte direkt contra legem.[953]

Avtal i strid mot goda seder/god moral[954] kännetecknas av att de inte strider mot lagstiftning eller någon lagstiftnings syfte, men väl mot andra samhälleliga normer än sådana som blivit föremål för lagstiftning. Tanken är uppenbarligen att det i samhället finns oskrivna normer för mellanmänsklig samlevnad, som har ansetts vara av sådan art att de inte bör bli föremål för lagstiftning och att överträdelse av dem bör inte sanktioneras straffrättsligt, men där överträdelse av dem samtidigt är så klandervärt att det allmänna inte bör bidra till att genomdriva avtal som innebär sådan överträdelse. Man blir inte aktivt hindrad att överträda normerna i fråga, men man får inte heller statlig hjälp med överträdelsen.

Ett klassiskt exempel på ett pactum turpe har länge varit avtal om köp av sexuella tjänster.[955] Eftersom sådant köp sedan några år är kriminaliserat i svensk rätt, får dock sådana avtal i Sverige numera betraktas som avtal contra legem. Avtal om vadhållning eller spel om pengar brukar också anföras som exempel på pactum turpe[956], men rimligen bör en del sådana avtal snarare ses som avtal contra legem, med tanke på det lagstadgade förbudet mot dobbleri. Dessutom bör noteras att spelavtal som ingås med av staten auktoriserade spelföretag självfallet är fullt giltiga. I övrigt är svensk doktrin och praxis tämligen knapphändig, när det gäller diskussioner om vad som kan utgöra avtal i strid mot goda seder.

I engelsk respektive fransk rätt talas det om avtal i strid mot public policy respektive ordre public, vilket jag med en gemensam benämning valt att kalla samhälleliga intressen. Avtal i strid mot public policy/ordre public tycks

---

[953] Jfr SOU 1974:83 s 134: *"I vissa fall kan kringgående hindras genom att domstolarna vid tolkning av ett avtal eller villkor ser mera till avtalets eller villkorets reella innebörd än till rubriceringen"*.
[954] Sådana avtal brukar benämnas pacta turpia (skändliga avtal). Se t ex Ramberg/Ramberg, a a, s 76.
[955] Se t ex Ramberg/Ramberg, a a, s 76.
[956] Se t ex Ramberg/Ramberg, a a, s 76.

motsvara det som i svensk och tysk rätt kallas avtal i strid mot goda seder (Sittenwidrigkeit).[957] Rent språkligt förefaller det dock finnas en nyansskillnad mellan public policy etc och goda seder etc. ”Public policy” torde väl närmast kunna översättas med ”samhällspolitik” och ”ordre public” betyder ”allmän ordning”. I båda fallen anas ett ”ovanifrånperspektiv”, det vill säga att det är statens intresse av ordning och sedlighet som skyddas genom regleringen av avtal som strider mot public policy/ordre public. När man talar om goda seder etc kan perspektivet snarare uppfattas som mellanmänskligt, det vill säga man skyddar de normer som krävs för att vi människor skall kunna fungera gemensamt i vårt samhälle. Man kan förvisso tänka sig att de goda sederna inte alls är folkligt förankrade, utan föreskrivs ovanifrån, men ett sådant perspektiv är inte nödvändigt att anlägga, medan perspektivet i fråga är svårt att undgå, om man använder de engelska och franska uttrycken. Betydelsen av denna nyansskillnad skall inte överdrivas, men med tanke på ordets makt över tanken är det ändå viktigt att uppmärksamma vilket språkbruk som används i olika rättsordningar.[958]

För att ge en kort bild av principernas framväxt, kan nämnas att när det gäller avtal i strid mot gällande lag, var den romerska grundinställningen att sådana avtal var ogiltiga. Den äldre romerska rätten delade dock in lagarna i tre kategorier utifrån vilka sanktioner brott mot dem kunde leda till – leges perfectae, leges minus quam perfectae och leges imperfectae – och det var endast avtal som stred mot leges perfectae som under alla förhållanden var ogiltiga. Så småningom kom dock denna indelning ur bruk och avtal i strid mot lag ansågs generellt leda till rättshandlingens ogiltighet.[959] Även avtal, som inte stred mot en lags ordalydelse men väl mot dess andemening, ansågs ogiltiga (avtal in fraudem legis).[960] I ius commune upptogs både principen om ogiltighet av transaktioner contra legem och, förefaller det, transaktioner in fraudem legis, och båda reglerna anses fortfarande äga giltighet i många länder.[961]

Den romerska rätten medgav även ogiltigförklaring av avtal, på den grunden att de ansågs vara omoraliska. (Uttrycket var ”contra bonos mores”, vilket torde kunna översättas med ”mot goda seder”.)[962] En romersk jurist försökte att i mer generella ordalag formulera vari boni moris bestod, och kom fram till att det

---

[957] Se t ex Zweigert/Kötz, a a, s 380 ff, där de behandlar public policy, ordre public, Sittenwidrigkeit, gute Sitten etc gemensamt i kapitlet ”Illegality and Immorality”.

[958] Jfr kommentaren till PECL art 15:101 (angående avtal som strider mot grundläggande principer). I kommentaren (PECL part III, s 211) anförs att ambitionen med artikeln har varit att undvika de olika nationella rättsordningarnas uttryckssätt (immorality, illegality, public policy, ordre public, bonos mores). I stället säger art 15:101 att ett avtal är utan rättsverkningar i den utsträckning det strider mot *”…principles recognized as fundamental in the laws of the Member States…”*.

[959] Zimmermann, a a, s 697 ff.

[960] Zimmermann, a a, s 702 ff. *”…fraud in respect of the statute is practised when something is done which the statute does not wish anybody to do, yet which it has failed expressly to prohibit”,* framhöll juristen Ulpianus (om än på latin, får man anta) enligt Zimmermann (a a, s 702).

[961] Zimmermann, a a, s 701 och 705.

[962] Zimmermann, a a, s 707.

handlade om värden som sedan urminnes tider höll ihop samhället, såsom att man skall göra sin plikt, visa tillgivenhet mot gudar, föräldrar och nära släktingar samt slå vakt om sitt anseende i samhället och sin känsla för vad som är skamligt.[963]

I ius commune upptogs principen att avtal contra bonos mores är ogiltiga, och den romerska kasuistiken bearbetades vidare. Under naturrättsepoken försökte man utarbeta generella principer för vad som kännetecknade avtal i strid mot goda seder. Trots sin generella strävan efter största möjliga avtalsfrihet, anslöt sig även pandektisterna till uppfattningen att avtal contra bonos mores inte kan upprätthållas av rättsordningen, och en sådan regel togs in i BGB (§ 138 I).[964]

När den svenska avtalslagen tillkom, avvisades införandet av en någon generell ogiltighetsregel rörande avtal i strid mot lag eller goda seder. Man kan inte, menar Almén och Eklund (utan att anföra några argument för sin uppfattning), påstå *"…att varje rättshandling, som går ut på något moraliskt förkastligt eller innefattar vederlag därför, skulle av sådan anledning vara ogiltig. Frågan, om och i vad mån en rättshandling på grund av det omoraliska i dess innehåll må anses juridiskt ogiltig, hava domstolarna hädanefter liksom hittills att avgöra efter omständigheterna i det särskilda fallet"*.[965] *"Det är ingalunda säkert, att en rättshandling, som ur viss synpunkt är lagstridig eller till och med straffbar, icke är civilrättsligt giltig…"*, framhåller Almén och Eklund också.[966] Den frågan får avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, tycks vara deras uppfattning. Möjligen har den svenska debatten därvid tagit intryck av det behov av nyansering av principerna som anfördes i tysk doktrin och som föranledde att man i § 134 BGB, där utgångspunkten om ogiltighet av avtal som strider mot lag slås fast, lade till en formulering som innebär att rättsföljden endast är ogiltighet om inte motsatt avsikt framgår av den överskridna lagbestämmelsen.[967]

4.7.2 Argument angående principen

När det gäller vilka argument som kan anföras för respektive emot principen, kan man konstatera att det i princip förefaller konsekvent att rättsordningen inte skall upprätthålla avtal som strider mot lag eller utgör försök att kringgå lag. Annars skulle rättsordningen hjälpa sina motståndare, skulle man lite tillspetsat kunna säga. Detta närmast rättssystematiska argument kan kompletteras med att det är en viktig deontologiskt färgad utgångspunkt att demokratiskt fattade lagstiftningsbeslut bör respekteras samt med att man på konsekvensetisk grund kan hävda att respekt för de normer som ingår i rättsordningen är en viktig

---

[963] Zimmermann, a a, s 711.
[964] Zimmermann, a a, s 713 (texten samt not 258 och 260), där det även framgår att man i Code civil återfinner en bestämmelse av motsvarande innebörd (ett avtal är ogiltigt om dess syfte är *"contraire aux bonnes moeurs"*).
[965] Almen och Eklund, a a, s 140.
[966] Almén och Eklund, a a, s 140.
[967] Zimmermann, a a, s 701.

förutsättning för stabilitet i samhället och för att människor skall våga samverka med sina medmänniskor.

Det har dock varit omdiskuterat huruvida ogiltighet generellt skall anses inträda beträffande avtal som strider mot lag. För tysk rätts vidkommande stadgar § 134 BGB att en rättshandling, som strider mot ett rättsligt förbud, är ogiltig, om inte lagen säger något annat. Flume anknyter till den romerskrättsliga klassificeringen av förbudslagstiftning som leges perfectae (som stipulerar ogiltighet av ett avtal i strid mot förbudet), leges minus quam perfectae (som inte anger huruvida avtal i strid mot förbudet är giltiga eller inte, men straffbelägger sådana avtal) och leges imperfectae (som stipulerar att avtal av visst slag inte får ingås, men inte ger någon sanktion för överträdelse av förbudet). Han menar att den här indelningen fortfarande är användbar, för att beskriva den skilda karaktären hos olika slags förbudslagstiftning.[968]

Paragrafen refererar inte till avtal som strider mot leges perfectae, eftersom sådana avtal uppenbarligen är olagliga, oavsett vad som står i BGB, utan i stället till förbudslagstiftning, som ligger utanför civilrätten.[969] Om en person åtar sig att göra något som är förbjudet, t ex att begå ett brott, är åtagandet inte bindande. Den svenska brottsbalken skulle således vara ett exempel på leges minus quam perfectae. Detta kan, utifrån ett rättssystematiskt perspektiv, motiveras med att rättsordningen skall vara motsägelsefri – man kan inte bli rättsligt förpliktad att göra något rättsordningen tar avstånd ifrån.[970]

Eftersom en rättshandling, som strider mot ett rättsligt förbud, endast är ogiltig, om inte lagen i fråga säger något annat, måste man tolka förbudslagen, för att komma fram till om ogiltighet skall inträda eller inte.[971] Det avgörande är, enligt Medicus, huruvida ogiltighetspåföljden skulle ha en preventiv funktion, något som måste bedömas från lag till lag. (Om detta innebär en tolkning av lagen i egentlig mening kan diskuteras.)

Ett avtal, som ingåtts och uppfyllts när en butik, enligt den tyska butiksstängningslagen, skulle ha varit stängd, bör inte drabbas av ogiltighet, menar han, eftersom ingen av parterna vill se en återgång av prestationerna.[972] Som ett argument i en preventionsdiskussion förefaller det inte riktigt adekvat. I praktiken är det säkert så att avtal högst sällan skulle angripas på den grunden att de ingåtts på ”förbjuden tid”, men om nu någon av parterna skulle använda det

---

[968] Flume, a a, s 340 f.
[969] Medicus, a a, s 243. Motiven till § 134 säger följande: *”Die Vorschrift hat namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Strafrechtes im Auge”*. Se citat i Flume, a a, s 341. (”Bestämmelsen har den offentliga rättens, i synnerhet straffrättens, mot rättshandlingar riktade förbudslagar i sikte.”)
[970] Medicus, a a, s 244. Jfr Flume, a a, s 346, som talar om ogiltighet som den *konsekventa* rättsföljden av ett avtal i strid mot lag.
[971] Medicus, a a, s 243.
[972] Medicus, a a, s 245.

argumentet för att komma ifrån ett ingånget avtal, faller uppenbarligen Medicus argumentation.

När det gäller avtal om ”svart” betalning är den allmänna meningen i tysk doktrin att sådana avtal är ogiltiga med hänvisning till preventionshänsyn (förutsatt att båda parter är införstådda med att betalningen är ”svart”; båda parter gör sig i så fall också skyldiga till brott). Uppdragstagaren kan inte med rättsordningens hjälp kräva betalt och uppdragsgivaren kan inte väcka talan och kräva skadestånd för exempelvis bristfälligt utfört arbete.[973] Det finns dock enstaka rättsfall, som ger exempel på motsatt utgång.[974] Också avtal om överlåtelse av fordringar avseende läkar- eller tandläkarvård till exempelvis ett factoringföretag anses ogiltiga av preventionshänsyn. (Överlåtelseförbudet motiveras av att sådana överlåtelser strider mot läkares och tandläkares tystnadsplikt, då fakturaunderlagen innehåller information om patienternas hälsotillstånd.)[975]

Att betona preventionsfrågan är ett konsekvensetiskt betraktelsesätt, som understundom riskerar att kollidera med den pliktetiska företeelsen obehörig vinst (eller dess motsats, som man skulle kunna kalla orättfärdig förlust).[976] Om man inte får rättsordningens hjälp att kräva betalning för utfört arbete, med hänvisning till att betalningen skulle erläggas ”svart”, finns risken att uppdragsgivaren genom att vägra betala gör en vinst på bekostnad av uppdragstagaren, en vinst som rimligen bör betraktas som obehörig. Den som anlitar ”svart” arbetskraft får på det sättet en belöning i form av gratis utfört arbete. Också med ett konsekvensetiskt, preventionsinriktat, synsätt skulle detta kunna ses som mindre lämpligt, med tanke på att det skulle kunna öka efterfrågan på ”svart” arbetskraft. Om färre ”svartarbetare” får betalt av sina uppdragsgivare, skulle det dock möjligen minska utbudet av ”svart” arbetskraft.

När det gäller avtal som i övrigt som strider mot viktiga värden i samhället eller viktiga allmänna intressen, skulle man kunna argumentera på liknande sätt som beträffande avtal som strider mot lag. Samhället hålls inte enbart samman av lagstiftning, utan också av andra normer för mellanmänskliga relationer. Att upprätthålla avtal som strider mot sådana normer, skulle kunna sägas vara att hjälpa avtalsparter att motverka värden som är viktiga för samhällsgemenskapen och som det ytterst är rättsordningens uppgift att slå vakt om. Eftersom de goda sederna eller de allmänna intressena inte finns kodifierade, uppkommer dock ett förutsebarhetsproblem, om man argumenterar på sistnämnda vis.[977] Hur skall man veta vilka normer man som avtalspart har att rätta sig efter? Det är dock

---

[973] Medicus, a a, s 245. Se även Zweigert/Kötz, a a, s 386.
[974] Medicus, a a, s 245.
[975] Medicus, a a, s 246. Argumentationen för förbudet förefaller inte vara helt övertygande. Om läkaren/tandläkaren enbart förmedlar information till factoringföretaget om fordringsbelopp, gäldenär och t ex behandlingstidpunkt, kan det knappast vara integritetskränkande för patienten.
[976] Se ang obehörig vinst t ex Karlgren, Hjalmar, Obehörig vinst och värdeersättning, Stockholm 1982.
[977] Se ang förutsebarhetsprincipen delavsnitt 4.2.4.

ingen avgörande kritik mot principerna. Samma kritik kan riktas (och har riktats) mot lagrum som innehåller allmänt formulerade rekvisit, t ex 36 § avtalslagen. Ett av syftena med denna avhandling är att bidra till ökad förutsebarhet vid tillämpningen av sistnämnda lagrum, genom en diskussion om paragrafens värdegrund och hur den skulle kunna tillämpas i olika konkreta situationer. På motsvarande sätt kan man fördjupa diskussionen om den närmare innebörden av goda seder och allmänna intressen och därigenom öka förutsebarheten vid tillämpningen av de aktuella principerna.

Bryde Andersen för ett något motsägelsefullt resonemang avseende dansk rätt, med anknytning till en bestämmelse i Danske Lov (DL) 5-1-2 som säger att avtal är ogiltiga, om de strider mot lag och ”*ærbarhet*”. Han menar att om lagstiftaren och de många förvaltningsmyndigheter, som tillvaratar olika samhälls- och partsintressen, inte har funnit anledning att ingripa mot ett visst förfarande, *”…kan det ikke være domstolenes opgave at optræde som kontrollant af det ’ærbare’ i private aftaler. Uetiske forhold bør rammes af aftalelovens enkelte ugyldighetdsgrunde, herunder aftl §§ 33 og 36. Derfor er der næppe nogen plads for denne ugyldighedsform i dag”*.[978]

För det första synes han inte anse att domstolarna är statliga organ, som inrättats för att tillvarata t ex olika samhällsintressen, vilket i sig är märkligt.[979] Vad har domstolarna då för uppgift? För det andra kan man förvisso anse att domstolarna inte skall kontrollera huruvida människors avtal är sedliga eller inte, men att fälla det tämligen polemiska yttrande Bryde Andersen framför och samtidigt säga att man skall använda aftaleloven §§ 33 och 36 för att angripa oetiska avtal förefaller inte konsekvent. Varför är det lämpligt att ingripa mot oetiska avtal med stöd av dessa lagrum, men inte att angripa osedliga avtal med stöd av DL 5-1-2? Och vari består skillnaden mellan ”uetiske forhold” och ”ærbarhed”? Antingen får man väl anse att domstolarna inte skall utöva någon innehållslig kontroll av avtal, och därför tolka såväl DL 5-1-2 som aftaleloven §§ 33 och 36 restriktivt, eller också accepterar man sådan kontroll med stöd av något av de tre nämnda lagrummen. Man skulle kunna tolka Bryde Andersen så att han endast vill säga att han ser DL 5-1-2 som obsolet med hänvisning till aftl § 36, men hans argumentation ger vid handen att han menar mer än så.

Om man tar fasta på den kritik, som tar sin utgångspunkt i avtalsfrihetens princip (och därmed i viljeprincipen), av en eventuell möjlighet att angripa avtal som strider mot goda seder, kan man konstatera att en sådan möjlighet innebär en inskränkning av avtalsfriheten. Avtalsfrihetens princip är av stor betydelse, men avtalsfriheten är inte absolut, utan begränsas även en sådan möjlighet förutan på ett antal olika sätt. Här bör därför framhållas att rättssystemet inte är ett slutet system som enbart vilar på de regler som kodifierats genom lagstiftning,

---

[978] Bryde Andersen, a a, s 322.

[979] Försåvitt det svenska begreppet förvaltningsmyndighet överensstämmer med det danska begreppet forvaltningsorganer är det visserligen i formell mening korrekt att inte betrakta domstolarna som förvaltningsmyndigheter (jfr RF 1 kap 8 §), men resonemanget blir ändå märkligt.

utfärdande av förordningar etc, utan att rättssystemet också vilar på okodifierade värden. Till dessa värden kan man räkna de värden som konkretiseras i form av goda seder. Således kan även de goda sederna sägas utgöra en del av det avtalsrättsliga normsystemet. Att de inskränker avtalsfriheten är förvisso korrekt, men det i sig utgör inget argument för att de skall ignoreras, lika lite som det faktum att viss lagstiftning inskränker avtalsfriheten i sig utgör argument mot att lagstiftningen bör respekteras.

Bryde Andersen framhåller också att det är svårt att konstatera, när ett avtal är omoraliskt, eftersom den allmänna moraluppfattningen förändras mycket fortare än avtalsrättsliga regler. *"I det øjeblik, man lægger en bestemt moralopfattelse til grund som retligt forpligtende i sig selv, låses den fast"*, framhåller han vidare.[980] Att samhällsmoralen förändras fortare än paragraferna i avtalslagen, som justerats högst marginellt sedan 1910-talet, är helt uppenbart, men det är väl ett argument för att allmänna formuleringar i lagtext (generalklausuler, vilket även bestämmelsen i NL och DL 5-1-2 får anses vara) kan vara motiverade. Eftersom lagstiftaren knappast kan revidera alla lagar i takt med samhällsutvecklingen finns rimligen ett behov av att ge domstolarna en viss handlingsfrihet. Man kan också notera att när lagstiftaren stiftar lag innebär det att de då rådande uppfattningarna i de politiska, etiska och andra frågor, som har anknytning till lagstiftningsärendet, låses fast och att den valda lösningen inte kan ändras med mindre än att lagstiftaren ånyo behandlar frågan. Att i praxis modifiera tillämpningen av en generalklausul i ljuset av förändringar i samhällsutveckling, moraluppfattningar etc är typiskt sett enklare. Om det är fastlåsningen vid en viss ståndpunkt i en etisk fråga, som är problemet, erbjuder således en generalklausul sannolikt möjlighet till snabbare anpassning till förändringar än detaljerad lagstiftning.[981]

När det gäller frågan om det är möjligt att identifiera innehållet i samhällsmoralen med tanke på att den förändras snabbt, kan man ifrågasätta Bryde Andersens uppfattning. Visst sker förskjutningar i människors uppfattningar om vad som är rätt och fel, men sådana förändringar förefaller sällan ske över en natt utan pågår stegvis, oavsett om det handlar om synen på familjens roll, jämställdhet och barnuppfostran eller hur strängt man skall upprätthålla avtalsbundenhet, vilka skyldigheter det medför att avtalsförhandla och vilket miljöansvar företag bör ta. Därtill kommer att en hel del ståndpunkter förefaller vara relativt konstanta över tid, till exempel när det gäller respekten för de mänskliga rättigheterna. När det gäller till exempel omoraliska avtal, krävs en öppen diskurs, där deltagarna tydliggör vilka etiska utgångspunkter de har, så att var och en kan ta ställning till om de åsikter som framförs är rimliga.

---

[980] Bryde Andersen, a a, s 322.

[981] Jfr lagrådets kommentar till de riktlinjer för tillämpningen av 36 § avtalslagen som ges i prop 1975/76:81: *"Det bör … uppmärksammas att förhållanden och värderingar ständigt utvecklas och förändras. Uttalandena kommer därför sannolikt att efter hand förlora en del av sin betydelse"* (a prop, s 166).

4.7.3 Principen och avtalsrelationens dygder

Principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder sammankopplas i avsnitt 4.1 med dygden rättrådighet. Noga räknat är det ”underdygden” lojalitet med lagen, eller snarare med rättssystemet, som bör anses ha samma värdegrund som principen i fråga.[982]

Ett antal argument, såväl deontologiska som konsekvensetiska, till stöd för principen anfördes ovan. Bland annat framhölls *att* det är betydelsefullt att medborgarna kan lita på att rättsordningens normer respekteras, för att de skall våga interagera med omvärlden, *att* demokratiskt fattade lagstiftningsbeslut bör respekteras, *att* det ur närmast rättssystematisk synvinkel är konsekvent att inte upprätthålla avtal som strider mot lag eller goda seder samt *att* sådant agerande från rättsordningens sida kan ha betydelse ur preventionssynpunkt för att motverka framtida lagöverträdelser. Mot principen, i synnerhet ”delprincipen” att avtal inte får strida mot goda seder, kan invändas att den strider mot avtalsfrihetens princip och mot förutsebarhetsprincipen (eftersom de goda sederna inte är kodifierade). Detta är beaktansvärda motargument, som bör vägas in när man tar ställning till om principen bör tillämpas i ett enskilt fall eller inte, men det är knappast invändningar som gör att principen inte alls bör beaktas i en avtalsrättslig diskurs.

Frändberg ser dygden lojalitet med lagen som ett exempel på den allmänna dygden pålitlighet och anför att rättsordningen, för att fylla sina syften, förutsätter att medborgarna kan lita på att lagarna upprätthålls, vilket förutsätter att de flesta är lojala med lagarna.[983] Det är i grunden ett konsekvensresonemang, men det kan också sägas rymma det rättssystematiska perspektivet. Eftersom det finns ett slags självmotsägelse i att rättsordningen upprätthåller avtal som strider mot lag eller goda seder, föreligger en risk att medborgarnas förtroende för rättsordningen undergrävs, om sådana skulle upprätthållas, och då skulle rättsordningen inte (fullt ut) uppfylla sina syften.

Argumentationen för principerna respektive dygden förefaller vara så likartade att det finns fog för att hävda att de vilar på en gemensam värdegrund. Med tanke på detta – men även med tanke på styrkan i de ovan redovisade argumenten för principen – menar jag också att principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär, och att det den har att tillföra stöds av goda argument.

[982] Se delavsnitt 3.5.6.5.
[983] Delavsnitt 3.5.6.5.

4.8 Lojalitetsprincipen

4.8.1 Allmänt om lojalitetsprincipen

> *”If a mere general intention to overreach were enough, I hardly know a contract, even between persons of very strict morality, that could stand; we generally find the case to be that there has been an attempt of the one party to overreach the other, and of the other to overreach the first; but that does not make void the contract.”*[984]

Ovanstående uttalande av lord Brougham i ett engelskt rättsfall från förra hälften av 1800-talet innebär att parterna i en avtalsförhandling, enligt hans uppfattning, inte har någon som helst plikt att vara lojala mot varandra eller ta varandras intressen till vara. Avtalsförhandlingar innebär att parterna försöker överlista[985] varandra och det gör inte kontraktet ogiltigt. Var och en, som inlåter sig på sådana förhandlingar, har att bevaka sina egna intressen.

Som en tydlig motsats till denna syn på parternas relationer under avtalsförhandlingar och avtalsuppfyllelse finns uppfattningen att respektive part faktiskt har skyldighet att – inom vissa gränser – tillvarata även motpartens intressen och inte utnyttja motparten.[986] Den norm, som ställer dessa krav på parterna, brukar kallas lojalitetsprincipen.

Holm[987] påvisar i sin avhandling att lojalitetsresonemang under lång tid inte stod särskilt högt i kurs inom svensk rättsvetenskap, men att lojalitetsprincipen fick ett genombrott i svensk doktrin under 1990-talet.[988] Sålunda anför Grönfors: *”…det är numera den härskande uppfattningen att avtalsförhållandet skall uppfattas som innebärande en parternas inbördes lojalitetsplikt. Skilda meningar råder bara om hur långt denna sträcker sig”*.[989]

Man kan dock spåra lojalitetsresonemang mycket långt tillbaka i rättshistorien.

---

[984] Lord Brougham i Attwood v Small [1838] 6 Cl & F 232, 344, 7 ER 684, 727, citeras av Atiyah i a a, s 476.

[985] ”Overreach” kan översättas med både ”överlista” och ”bedra”. Trots allt får man nog anse att ”överlista” är den rimligaste översättningen. Rent svek accepterades inte ens av engelska 1800-talsdomare (se Atiyah, a a, s 468: *”Apart from the case of express warranty, the only protection accorded to contracting parties in derogation of the principle of caveat emptor was the case of actual fraud”*).

[986] Se t ex Ramberg/Ramberg, a a, s 39.

[987] Anders Holms avhandling, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, som lades fram vid Linköpings universitet i juni 2004, innehåller en utförlig analys av lojalitetsprincipen.

[988] Holm, a a, s 81 ff. Han anför bl a (s 82): *”Såsom Grönfors konstaterar ovan, har dock lojalitetsprincipen trots allt blivit erkänd och det torde inte vara en överdrift att påstå att lojalitetsprincipen har fått ett* ***doktrinärt*** *genombrott i slutet av 1900-talet i Sverige”*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)

[989] Grönfors, Kurt, Avtal och omförhandling, Stockholm 1995, s 39. Citeras även av Holm i a a, s 81.

Redan den romerska rättens bona fides-begrepp handlar delvis om att parterna skall visa lojalitet mot varandra. Holm anför: *"Bona fides uttrycker … en generell etisk norm, som i sin essens påbjuder avtalsparter att ta hänsyn till motpartens legitima intressen"*.[990] Ur bona fides-begreppet har sedan den moderna good faith-principen (Treu und Glauben-principen) utvecklats.[991] Good faith förefaller vara ett ofta åberopat begrepp inom europeisk avtalsrättslig doktrin och ett krav på att avtalsparter skall agera i enlighet med vad good faith kräver finns i exempelvis PECL (art 1:201[992]). Den kanske mest kända good faith-bestämmelsen är annars § 242 BGB, som har lagts till grund för en mycket omfattande rättsutveckling.[993]

Good faith-principen, eller snarare den del därav som kan benämnas lojalitetsprincipen[994], ligger exempelvis till grund för flera biförpliktelser[995], som enligt bland annat tysk rätt åvilar avtalsparter, i synnerhet vårdplikt/skyddsplikt (plikt att visa omsorg om medkontrahentens liv, hälsa och egendom; Obhutspflicht/Schutzpflicht)[996], plikt att ta medkontrahenten ur villfarelser (Aufklärungspflicht)[997], plikt att så långt möjligt säkerställa att medkontrahenten erhåller prestationen eller, i vidare mening, att medkontrahenten får den nytta av avtalet som han rimligen kunde förvänta sig (Leistungstreuepflicht)[998], medverkansplikt/samverkansplikt (plikt att medverka till avtalssyftets förverkligande; Mitwirkungspflicht)[999] samt upplysningsplikt (Auskunftspflicht)[1000]. Samtliga dessa biförpliktelser innebär att man som avtalspart har en skyldighet att i olika hänseenden beakta även medkontrahentens intressen, såväl i samband med avtalets ingående som när avtalsåtagandena fullgörs.

4.8.2 Argument angående lojalitetsprincipen

Frågan är vilka principiella skäl som föreligger för att ålägga parterna en plikt att inte bara se till sina egna intressen, utan även beakta motpartens situation. Taxell framhåller: *"Lojalitetskravet gör sig gällande i de flesta avtalsförhållanden. Det framträder särskilt starkt i avtal som förutsätter ett personligt förhållande mellan parterna eller företrädare för dem. Utgångspunkten är att avtalet är en form av samverkan. De intressen, som avtalet representerar, bör inte uppfattas enbart såsom motstående och konkurrerande. Genom avtalsgemenskapen*

---

[990] Holm, a a, s 51.
[991] Holm, a a, s 52.
[992] Art 1:201 (1) lyder: *"Each party must act in accordance with good faith and fair dealing"*.
[993] Se t ex Ebke/Steinhauer, a a, s 171.
[994] Jfr Lando, a a, s 346, där han konstaterar att § 242 BGB har använts av domstolarna för att tillskapa en rad förpliktelser, som syftar till att säkerställa *"…a loyal behaviour of the parties…"*.
[995] Se angående relationen mellan huvud- och biförpliktelser Holm, a a, s 113 ff.
[996] Ebke/Steinhauer, a a, s 177 f. Se även Hesselink, a a, s 295 f.
[997] Ebke/Steinhauer, a a, s 178.
[998] Ebke/Steinhauer, a a, s 178.
[999] Ebke/Steinhauer, a a, s 178. Se även Hesselink, a a, s 295 f.
[1000] Ebke/Steinhauer, a a, s 178. Se även Hesselink, a a, s 294 och 295.

eftersträvar parterna att nå i avtalet fixerade eller förutsatta resultat. I en intressekonflikt får inte part obetingat ställa sin fördel framom medkontrahentens. Det måste i viss utsträckning ske en avvägning".[1001] Denna argumentation kan karaktäriseras som deontologisk. Eftersom ett avtal innebär att parterna samverkar (under kortare eller längre tid) för att uppnå resultat, som är till fördel för dem båda, har respektive part en moralisk skyldighet att verka för att också medkontrahenten av avtalet får ut det positiva som det var tänkt att medkontrahenten skulle erhålla.[1002] Ett sådant resonemang blir närmast pliktetiskt. Med dygdeetiska begrepp skulle man kunna hävda att eftersom ett avtal är ett samverkansarrangemang är en god avtalspart lojal med sin medkontrahent, så att målet med samverkan uppnås för båda parter.

Den samverkan som bygger vårt samhälle förutsätter att människor i viss utsträckning sätter det gemensamma intresset och andra människors intressen före sina egna; på samma sätt förhåller det sig med samverkan mellan enskilda individer eller företag. Människan bör visa respekt för och hänsyn gentemot sina medmänniskor, alltså inte bara ta tillvara sina egna intressen, utan också i skälig omfattning se till andras behov. Zimmermann talar om *"…a significant shift from a theory of contract based on individualism to a perspective which accentuates the social consequences of human behaviour"*.[1003]

Ett annat sätt att motivera lojalitetsprincipen är det Ramberg/Ramberg använder, när de säger att *"[m]ånga avtal, särskilt sådana som gäller under längre tid, förutsätter en lojal samverkan mellan avtalsparterna under avtalstiden. Parterna har lojalitetsförpliktelser mot varandra för att möjliggöra och underlätta en riktig avtalsuppfyllelse"*.[1004] Utgångspunkten förefaller vara konsekvensetisk: för att avtalets syfte skall kunna förverkligas, måste parterna vara lojala mot varandra.

Mot den förda argumentationen kan invändas att samhället inte alls bygger på samverkan, annat än i de små gemenskaperna (familjen, vänkretsen etc). I stället utgår vårt ekonomiska system från konkurrens, där var och en måste ta tillvara sina egna intressen. Upprätthåller man inte konkurrenstanken, riskerar man att samhällsekonomin fungerar sämre och att välståndet därigenom minskar. *"Altruism in nature remains an exception. It poses a puzzle, being in prima facie conflict with the survival of the fittest and most selfish. In human society the market economy similarly works by and large through individuals' relentless pursuit of their own interests. Hence the circumstances which call for obligatory*

[1001] Taxell, a a, s 81.
[1002] Jfr Hesselink, a a, s 295: *"The duty of loyalty protects the expectation interest. It obliges a party to secure performance or, more broadly, to ensure that the other party will have the use of the contract that he could reasonably expect from it"*.
[1003] Zimmermann, The Law of Obligations, s 636 f. Hans uttalande görs inte i direkt samband med en diskussion om lojalitetsprincipen, men stämmer väl överens med grundtankarna bakom principen.
[1004] Ramberg/Ramberg, a a, s 39.

self-sacrifice in the interest of another must necessarily be out of the ordinary…", skriver Birks.[1005]

Dessutom kan man hävda att skyldigheten att tillvarata de egna intressena kan motiveras inte enbart konsekvensetiskt, utan att det både ur ett pliktetiskt och ett dygdeetiskt perspektiv är rätt att kräva att varje potentiell avtalspart omsorgsfullt undersöker relevanta omständigheter innan vederbörande ingår ett avtal och att det är fel att kräva att andra skall tillvarata vederbörandes intressen (jfr vigilansprincipen).

Mot att en avtalspart skall kunna åberopa medkontrahentens illojalitet för att undgå en avtalsförpliktelse kan även åberopas tillitsprincipen. Medkontrahenten litar på att erhålla prestation i enlighet med avtalet och denna tillit är skyddsvärd. Dock bör åter observeras att tilliten måste vara befogad för att anses skyddsvärd och har medkontrahenten gjort sig skyldig till någon form av illojalt beteende, kan det bidra till att hans tillit inte kan anses vara skyddsvärd.

Avslutningsvis skall i detta sammanhang något sägas om de tankar, som förts fram av i första hand Thomas Wilhelmsson, om det han kallar social civilrätt, social force majeure och behovsprincipen.[1006] Han vill bredda diskussionen om betydelsen av avtalsparters personliga egenskaper[1007] till att inte enbart handla om förmågan att tillvarata sina intressen under avtalsförhandlingen och därefter. Han skiljer mellan förmågeorienterade- och behovsorienterade omständigheter. De förstnämnda gäller parts *förmåga* att tillvarata sina intressen under avtalsförhandlingen (jfr viljeprincipen), medan de sistnämnda gäller parts *behov* att få ett avtal jämkat eller åsidosatt.[1008] Wilhelmsson menar att det finns skäl att öppna för möjligheten av jämkning av avtal, om en part drabbas av till exempel sjukdom, arbetslöshet eller ändrade familjeförhållanden (skilsmässa, anhörigs bortgång) eller förlorar sin bostad och kanske inte har råd att fullfölja avtalet.[1009] Skulle man jämka i ett sådant fall, gör man det inte för att den arbetslöse befann sig i underlägsen ställning gentemot medkontrahenten vid avtalets ingående, och avtalet därför inte är en produkt av hans fria och fullt ut informerade vilja, utan för att den arbetslöse har ett ekonomiskt behov av att bli fri från avtalsbundenheten eller få sina förpliktelser nedsatta.

[1005] Birks, Peter (ed), Privacy and Loyalty, Oxford 1997, sid v.

[1006] Se Wilhelmsson, Tomas, Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Helsingfors 1987; dens Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law, Dordrecht 1992 [cit Wilhelmsson Critical Studies]; dens Social Contract Law and European Integration, Aldershot 1995; dens En social avtalsrätt? – Några kommentarer, JT 1993-94, nr 3, s 499-508. Se även Sandgren, Claes, En social avtalsrätt? Del I, JT 1992-93, nr 3, 456-486 [cit Sandgren Del I]; dens En social avtalsrätt? Del II, JT 1992-93, nr 4, s 643-665 [cit Sandgren Del II]. Det finns även andra författare, som har diskuterat en social civilrätt, men Wilhelmsson torde vara den främste företrädaren för denna inriktning. Se Sandgren Del I, s 475 ff, för en litteraturöversikt.

[1007] Se vidare delavsnitt 6.2.2.2.

[1008] Wilhelmsson, Social avtalsrätt, s 131.

[1009] Se Wilhelmsson, Social avtalsrätt, s 194 f; Critical Studies, s 198 ff; En social avtalsrätt? – Några kommentarer, s 501.

Behovsprincipen skulle, menar jag, kunna ses som en tämligen omfattande utvidgning av lojalitetsprincipen, varför jag behandlar den under denna rubrik, trots att Wilhelmsson inte gjort den kopplingen. Lojalitetsprincipen säger att en avtalspart i viss utsträckning är skyldig att tillvarata även medkontrahentens intressen, till exempel på så sätt att avtalsparten bör verka för att också medkontrahenten skall få den nytta av avtalet som parterna avsåg vid avtalets ingående. Behovsprincipen ökar lojalitetskravet ytterligare. Avtalspart skall inte endast i viss mån hjälpa medkontrahenten att få avsedd nytta av avtalet, utan också vara beredd att avstå från hela eller delar av det värde, som han enligt avtalet har rätt till, för att medkontrahenten drabbats av ekonomiska svårigheter. I och med detta lämnar diskussionen den kommuntativa rättvisans (avtalsrättvisans) domäner och övergår till den distributiva rättvisans (fördelningsrättvisans) fält, vilket gör att resonemanget får helt andra förutsättningar.[1010]

Wilhelmsson motiverar sina förslag bland annat med hänvisning till att företag har ett socialt ansvar[1011], vilket förstärker argumentationens anknytning till föreställningar om distributiv rättvisa, något som också en formulering som denna gör: *”Det mål att **omfördela** (utjämna) **välfärden** mellan olika medborgargrupper som också anses prägla välfärdsstaten har däremot i mindre utsträckning uppmärksammats inom civil- och kontraktsrätten. Detta mål anses traditionellt falla inom socialrättens uppgiftsområde. I detta arbete diskuteras möjligheterna att notera det sagda målet också i kontraktsrätten”*.[1012] Värdegrunden för en behovsprincip av nu beskrivet slag skulle således avvika från värdegrunden för de andra principer, som behandlas i denna avhandling. Wilhelmssons förslag har mött kritik, inte minst, som jag uppfattar saken, just eftersom dess värdegrund upplevs vara främmande för avtalsrätten.[1013] Jag delar denna uppfattning och kommer, mot bakgrund av detta, inte att behandla behovsprincipen i det följande.[1014]

[1010] Jfr Wilhelmsson, Social avtalsrätt, s 47.
[1011] Wilhelmsson, Social avtalsrätt, s 150 ff; Critical Studies, s 155 ff. Jfr Sandgrens kritik, Del II, s 646 f.
[1012] Wilhelmsson, Social avtalsrätt, s 46.
[1013] *”…invändningarna mot idén att utse välfärdsstaten till överordnad värderingsnorm för privaträttens kontraktsideologi har fog för sig…”*, skriver Sandgren i Del II, s 657. *”I den mån lagstiftaren vill tillgodose specifika sociala skyddssyften får det nog ske genom tvingande lagstiftning som direkt tar sikte på det särskilda problemområdet”*, menar Bernitz i en kommentar till Wilhelmssons kritik av direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor, s 639); se ang direktivet delavsnitt 2.3.11.
[1014] Om behovsprincipen hade behandlats även i kapitel fem, där rättskällestöd för principerna efterforskas, hade utfallet för behovsprincipens vidkommande blivit begränsat. *”Högsta Domstolen har inte vid något tillfälle tillämpat 36 § avtalslagen med hänvisning till en parts personliga förhållanden av det slag, som här är aktuellt”*, noterar Sandgren (Del I, s 473). Angående jämkning till följd av köpares sjukdom, arbetslöshet eller ändrade familjeförhållanden, anför Generalklausulutredningen: *”Utredningen anser emellertid att den för sin del inte kan förorda att sådana omständigheter under nuvarande förhållanden mera generellt skall betraktas som anledning till jämkning…”* (SOU 1974:83, s 171). Jfr även Sandgren Del I, s 472 f.

4.8.3 Lojalitetsprincipen och avtalsrelationens dygder

Att lojalitetsprincipen sammankopplas med dygden lojalitet säger sig nästan självt.[1015] Lojalitetsprincipen utgår ifrån att parterna måste samverka för att nå målet med sin avtalsrelation och från att samverkan typiskt sett bör innebära att man inte enbart ser till sina egna intressen, utan också i viss mån beaktar medkontrahentens intressen.

Mot denna syn kan anföras att marknadsekonomin bygger på ett konkurrenstänkande, inte på samverkan, och på att var och en har ett ansvar för att tillvarata sina egna intressen och inte bör förvänta sig att andra gör det åt dem. Det kan även anföras att lojalitetsprincipen riskerar att komma i konflikt med tillitsprincipen, om ett avtal jämkas med hänvisning till den förstnämnda principen. Dessa motargument är beaktansvärda och illustrerar att lojalitetsprincipen i en tillämpningssituation ofta måste avvägas mot både vigilansprincipen och tillitsprincipen.

Dygden lojalitet handlar om att respektera sina medmänniskor, hävdades ovan.[1016] Det är ett gott karaktärsdrag att vara lojal, eftersom det gör att man inte enbart ser sina medmänniskor som ett medel för att nå sina egna syften, utan också betraktar dem som mål i sig. Detta fångar, menar jag, en viktig aspekt av vad det innebär att samverka. Den som enbart ser till sina egna intressen, går aldrig in i verklig *sam*verkan med andra, eftersom *sam*verkan torde förutsätta ett gemensamt mål för de inblandade parterna. (Förvisso kan detta mål teoretiskt sett vara ideellt för alla utom en och gå ut på att berika eller hjälpa någon av parterna, men bortsett från rena välgörenhetssammanhang torde detta vara tämligen ovanligt.)

Ett viktigt sätt, på vilket man kan tillvarata medkontrahentens intressen, d v s vara lojal, är, anfördes ovan[1017], att respektera medkontrahentens vilja i förhållande till avtalsrelationen och att efter förmåga säkerställa att den vilja, som medkontrahenten ger uttryck för, är fri, mogen, frisk och fullt ut informerad. Om man utnyttjar medkontrahentens psykiska sjukdom/störning, bristande kunskap, bristande information eller liknande, kan man inte beskrivas som lojal i förhållande till medkontrahenten. Det är orsaken till att lojalitetsprincipen i delavsnitt 4.1 även relaterades till dygden ärlighet. Det är lojalt att ge medkontrahenten korrekt och fullständig information, det är illojalt att ge felaktig och inkomplett information, d v s att vara oärlig.[1018]

Det är måhända inte så kontroversiellt att hävda att lojalitetsprincipen och dygden lojalitet har en gemensam värdegrund, eftersom begreppet lojalitet betyder samma sak, oavsett om det används för att ge innehåll åt en princip eller

---

[1015] Se avsnitt 4.1.
[1016] Delavsnitt 3.5.6.5.
[1017] Delavsnitt 4.3.5.
[1018] Jfr dock ang upplysningspliktens närmare omfattning delavsnitt 6.3.2.

en dygd. Således bör lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden, men även lojalitetsprincipen och dygden ärlighet, anses vila på samma värdegrund. Med tanke på detta – men även med tanke på styrkan i de ovan redovisade argumenten för lojalitetsprincipen – menar jag också att principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär, och att det den har att tillföra stöds av goda argument.

KAPITEL 5

AVTALSRELATIONENS DYGDER OCH PRINCIPER I FÖRARBETEN, PRAXIS OCH DOKTRIN ANGÅENDE 36 § AVTALSLAGEN

5.1 Inledning

I föregående kapitel diskuterades förhållandet mellan avtalsrelationens dygder och avtalsrättsliga principer. Ett antal avtalsrättsliga principer – förutsebarhetsprincipen, likhetsprincipen, viljeprincipen, tillitsprincipen, vigilansprincipen, ekvivalensprincipen, principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder samt lojalitetsprincipen – identifierades och behandlades. Inriktningen var att studera och diskutera hur principerna bör definieras samt vilken värdegrund de vilar på. Den sistnämnda frågan behandlades genom att de argument, som brukar anföras för respektive emot att respektive princip bör respekteras, kartlades och blev föremål för en kritisk utvärdering.

Därefter ställdes värdegrunden för respektive princip i relation till den i kapitel tre diskuterade värdegrunderna för de av avtalsrelationens dygder, som skulle kunna ha samma eller likartad värdegrund som respektive princip. Resultatet blev att det framstår som motiverat att utgå ifrån att värdegrunden för avtalsrelationens dygder och de behandlade avtalsrättsliga principerna är likartad och att därför dygderna och principerna i fråga utgör två olika sätt att ge uttryck för samma eller likartade värdeståndpunkter. Det konstaterades därvid också att principerna bör kunna bidra till diskussionen om innebörden av den goda avtalsrelationen och göra det med stöd av goda argument.

Man kan givetvis ifrågasätta hur intressant det är exempelvis att dygden lojalitet och lojalitetsprincipen befinns vila på samma värdegrund, men det är däremot av intresse att påvisa att det finns en tydlig koppling mellan den för jurister i allmänhet sannolikt främmande dygdeetiken och den för jurister betydligt mer välbekanta företeelsen rättsliga principer. Därigenom blir det dygdeetiska resonemanget rimligen mindre främmande och mer legitimt att använda i rättsvetenskapliga sammanhang, exempelvis i en diskussion om bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen samt tillämpningen av sagda paragraf (en diskussion som följer i kapitel sex).

I föreliggande kapitel kommer jag att söka påvisa att de i kapitel tre och fyra behandlade dygderna och principerna kan anses utgöra värdegrunden för 36 § avtalslagen eller, om man vill uttrycka det så, att dygderna och principerna har preciserats inom rättssystemets ram i form av 36 § avtalslagen (och säkerligen andra bestämmelser, men det är inte föremål för denna undersökning). Därigenom påvisas att 36 § avtalslagen är väl förankrad i de aktuella dygderna och principerna, och med sådant rättskällestöd blir det än mer legitimt att

använda dygderna och principerna som kompletterande normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen samt vid tillämpningen av sagda paragraf.

Dessutom kommer att undersökas i vilken utsträckning och på vilket sätt de olika principerna och dygderna kan vara relevanta vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Om respektive princip (och därmed de till principen relaterade dygderna) används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att principen kan normera situationen. ”Omständighetsgrupperna” är, som tidigare framgått, avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden samt omständigheterna i övrigt. Detta är viktigt att belysa, för att tydliggöra i vilka sammanhang respektive princip och dygd kan komma att åberopas i den avslutande tillämpningsdiskussionen i kapitel sex.

Hur gör man för att fastställa om ett visst lagrum är, eller kan anses vara, en precisering av en viss dygd eller princip? Man kan även formulera frågan på följande sätt: hur tar man reda på om ett visst lagrum har till ändamål att upprätthålla en viss princip eller dygd? Än mer renodlad blir frågeställningen, om den utformas så här: hur tar man reda på vilket ändamål ett visst lagrum har? Det torde finnas flera tänkbara svar på den sistnämnda frågan, bland annat (1) man undersöker vad lagstiftaren ville åstadkomma med lagrummet, genom att studera förarbetena respektive (2) man undersöker vilka verkningar lagrummet har i typiska fall (eller möjligen vilka verkningar lagrummet kan antas få i typiska fall[1019]).[1020] Peczenik noterar att man ofta tar för givet att lagbestämmelser skall tolkas i enlighet med lagstiftarens vilja och att denna vilja bör fastställas i enlighet med lagens förarbeten.[1021] Denna uppfattning ligger till grund för ”metodsatsen” (1) strax ovan. ”Metodsatsen” (2) kan sägas bygga på en uttunnad version av Ekelöfs teleologiska metod; uttunnad i den bemärkelsen att den inte förutsätter att man accepterar Ekelöfs radikalteleologiska anspråk och dess rättskälle- och metodlära.[1022]

Det skulle föra för långt att här gå in i den omfattande debatt angående olika teleologiska metoders berättigande och närmare utformning som förts under lång tid.[1023] Ambitionen i detta sammanhang är inte att formulera eller anamma en teleologisk lagtolkningsmetod för att med den som verktyg genomföra

---

[1019] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 374.
[1020] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 375.
[1021] Peczenik, Vad är rätt?, s 365.
[1022] Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 372.
[1023] Se t ex Peczeniks beskrivning av objektiv och subjektiv teleologisk lagtolkning samt hans diskussion om Ekelöfs teleologiska metod i Vad är rätt?, s 362 ff. Jfr Ekelöfs skildring av sin metod i flera texter i ”Ekelöfvolymen” av de lege, juridiska fakultetens i Uppsala årsbok 1991, s 75 ff. Jfr även Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s 138 ff, och Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 5 uppl, s 480 ff.

avhandlingens ”huvudundersökning” angående bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Om så hade varit fallet, borde denna diskussion ha förts i avhandlingens kapitel 3.[1024] Ambitionen här är enbart att söka en metod, med vars hjälp en ”delundersökning” i avhandlingen skall företas. Delundersökningen har det begränsade syftet att göra det möjligt att formulera en tes om en paragrafs ändamål. Därmed är det, enligt min uppfattning, vad gäller metoddiskussionens omfattning tillräckligt att konstatera att metodsatserna (1) och (2) ger uttryck för två vanligt förekommande sätt att fastställa en lagregels ändamål och att det därför är rimligt att använda en eller båda av de metoder, som avspeglas i satserna, i delundersökningen.

Jag uppfattar inte att de båda metoderna står i motsatsförhållande till varandra och kommer därför att i det följande nyttja båda metoderna. Vilken metod som väljs i en viss situation, beror på vilken typ av material som finns att tillgå. Finns förarbetsuttalanden, som belyser en lagbestämmelses ändamål, kommer detta material att beaktas. Finns enbart lagtexten, måste en bedömning av stadgandets sannolika verkningar göras. Finns kommentarer i doktrinen angående förarbetenas innehåll respektive stadgandets verkningar eller andra kommentarer angående bestämmelsens ändamål, kan det materialet användas för att utveckla diskussionen om ändamålen. Finns möjligheten att beakta material av samtliga dessa slag, och de inte ger samma besked, måste en sammanvägning göras.

Föreliggande kapitel är indelat på samma sätt som kapitel fyra, det vill säga utifrån de olika avtalsrättsliga principerna.

5.2 Viljeprincipen

Inledningsvis skall här ställas frågan om det finns uttryckligt stöd i förarbeten eller andra rättskällor för att se 36 § avtalslagen som en paragraf, vilken vilar på viljeprincipens grund. (Jag menar, som tidigare anförts, att till exempel den normativa etiken kan ses som en kompletterande rättskälla till 36 § avtalslagen, men när jag använder uttrycket ”rättskällor” avser jag rättskällor i snävare mening, d v s i första hand lag, förarbeten och praxis.[1025])

När det gäller vilka omständigheter vid ett avtals tillkomst, som gör att ett avtal bör klassificeras som oskäligt, framhålls i förarbetena förfaranden som kan ses som angrepp på den fria viljan alternativt den fullt ut informerade viljan. Ett sådant handlingssätt, som liknar tvång men inte är av lika allvarligt slag, är aggressivt uppträdande i samband med förhandlingen.[1026] Med svek besläktade förfaringssätt, som nämns i förarbetena, är lämnande av oriktiga uppgifter i god

[1024] I kapitel 3 konstaterades att Ekelöfs telelogiska metod lämpar sig mindre väl för tolkning av 36 § avtalslagen, inte minst eftersom det beträffande generalklausuler är svårt att skilja mellan ordinära och säregna fall, varför den metoden inte blev föremål för närmare diskussioner i det kapitlet. Jfr Peczenik, Vad är rätt?, s 370.
[1025] Rättskällebegreppet diskuteras närmare i delavsnitt 3.5.1.
[1026] Prop 1975/76:81, s 125.

tro respektive när ombud lämnat oriktiga uppgifter utan huvudmannens kännedom.[1027] Det sägs också uttryckligen i propositionen att *”[d]et bör vara möjligt att ta hänsyn till omständigheterna vid tillkomsten även när de inte är så utpräglade att någon av bestämmelserna i 28-32 §§ avtalslagen är tillämplig”*.[1028] Även om inte viljeprincipen uttryckligen nämns, är 36 § avtalslagen uppenbarligen avsedd att ge skydd mot förfaranden som innebär att den fria och fullt ut informerade viljan hämmas. Således finns i vart fall indirekt stöd i förarbetena för att anse att ett av ändamålen med 36 § avtalslagen är att upprätthålla viljeprincipen.

Härtill kommer att det finns flera rättsfall, där 36 § avtalslagen har tillämpats med hänvisning till bland annat vad som kan beskrivas som inskränkningar i den fria eller fullt ut informerade viljan. Det gäller till exempel NJA 1979 s 666 (SAPA)[1029] och NJA 1983 s 332 (Remburs). I båda fallen, som gällde giltigheten av betungande avtalsvillkor, framhöll HD att villkoren inte hade diskuterats mellan parterna, utan infogats i avtalet av den ena parten, som i avtalsrelationen intog en överlägsen ställning. I NJA 1987 s 639 (Österlen-Hus AB) förklarades en skiljeklausul oskälig med hänvisning till bland annat att medkontrahenten hade befunnit sig i en underlägsen ställning vid avtalets ingående. Också i NJA 1999 s 408 (Skötselborgen) anfördes parters underlägsna ställning i förhållande till en kreditgivare till stöd för jämkning av ett borgensåtagande. Att villkoren inte hade diskuterats kan relateras till den fullt ut informerade viljan, medan en överlägsen parts utnyttjande av sin ställning kan ta sig uttryck i ett angrepp på antingen den fria viljan eller den fullt ut informerade viljan.[1030]

Således tycks det finnas gott rättskällestöd för att hävda att viljeprincipen är en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen. Eftersom dygderna ärlighet och lojalitet i stor utsträckning kan anses ha samma värdegrund som viljeprincipen[1031], finns det härutöver fog för att hävda att också sagda dygder ingår i paragrafens värdegrund.

Om viljeprincipen används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att viljeprincipen kan normera situationen. ”Omständighetsgrupperna” är, som tidigare framgått, avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden samt omständigheterna i övrigt.

[1027] Prop 1975/76:81, s 126.
[1028] Prop 1975/76:81, s 125.
[1029] I den mån fallen benämns något utöver NJA-beteckningen har jag använt von Posts benämningar, om han har namngivit fallen. Jag ser ingen anledning att ge fallen andra benämningar än han gjort. Se von Posts rättsfallsöversikt i a a, s 309 ff. Dock har jag namngivit några fall, som han lämnat namnlösa.
[1030] Betydelsen av parternas egenskaper diskuteras närmare i delavsnitt 6.2.2.2.
[1031] Se delavsnitt 4.3.5.

Uppenbarligen kan viljeprincipen ha en hel del att säga om ett avtalsvillkors eventuella oskälighet mot bakgrund av *omständigheterna vid avtalets tillkomst*. De i förarbetena och rättsfallen ovan relaterade omständigheterna, som befunnits vara rättsligt relevanta, är utan undantag omständigheter vid avtalets tillkomst.

Också när det gäller *senare inträffade förhållanden* kan viljeprincipen få betydelse. Om det inträffar något, som den ena parten vid avtalsslutet räknade med inte skulle inträffa och detta ”något” var av betydelse för partens beslut att ingå avtalet, brukar man säga att parten hade en förutsättning och att den har brustit. Vid bristande förutsättningar talar viljeprincipen för att avtalet skall jämkas eller lämnas utan avseende. Bristande förutsättningar samt relationen mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran diskuteras närmare i kapitel sex.[1032]

Enligt en syn på partsviljan, omfattar den alla resultat av avtalet, även resultatet av oförutsedda händelser. Enligt viljeprincipen skulle det då aldrig vara tillåtet att ingripa i avtal med hänvisning till senare inträffade förhållanden. Oväntade händelser kan emellertid, om risken för dem tillåtas ”falla där den faller” enligt avtalets bokstav, leda till resultat vilka upplevs vara oönskade. Ett sätt att hantera detta på, men ändå inte avvika från partsviljan som grund för lösningen, är att diskutera ”implied terms” (underförstådda avtalsvillkor), hypotetisk partsvilja och liknande företeelser.[1033] Poängen är att parterna i och för sig inte uttryckligen har reglerat vissa frågor, men att det vid avtalsslutet var underförstått hur dessa frågor skulle hanteras (implied terms) eller att man kan komma fram till hur parterna skulle ha reglerat frågorna om de hade diskuterat dem (hypotetisk partsvilja). När man resonerar om ”implied terms” etc förefaller det dock som om man i de flesta fall snarare uttalar sig om vad som vore en lämplig lösning på problemet och sedan säger ”det är självklart att parterna menade/skulle ha kommit fram till att den här frågan skulle lösas på det här sättet”, det vill säga man gör en lämplighetsbedömning och klär den i viljeprincipens skrud. Med sådana konstruktioner har man emellertid, menar jag, kommit relativt långt från viljeprincipens kärna, nämligen respekten för de enskilda avtalsparternas önskemål, varför diskussioner om ”implied terms” etc i det följande inte kommer att betraktas som en del av den partsvilja viljeprincipen slår vakt om. Har parterna inte förutsett en viss händelse, får man nöja sig med att konstatera att viljeprincipen inte är relevant för att normera situationen.

Rekvisitet *avtalets innehåll* kan knappast föranleda att viljeprincipen blir aktuell att tillämpa, eftersom viljeprincipen fokuserar på om den rättshandlande vid

---

[1032] Delavsnitt 6.3.5.2.2.

[1033] Se till exempel Atiyah, a a, s 405 ff, där han betonar att det i klassisk kontraktsteori (med vilket han menar den kontraktsteori som stod på sin höjdpunkt under senare delen av 1800-talet) fanns en tendens *”…to attribute all the consequences of a contract to the will of those who made it”*. Den här typen av förfaranden kan ses som ett slags dold kontroll av avtalsvillkor; jfr diskussionen om dold och öppen villkorskontroll i t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II, s 92 ff.

tidpunkten för avtalsslutet ville ingå avtalet eller inte. Det nu aktuella rekvisitet, däremot, innebär att man skall göra en prövning av innehållet i avtalet.

I bland annat engelsk rätt har funnits försök att föra in viljeprincipen i diskussionen om avtalets innehåll, genom att argumentera på ungefär följande sätt: ”det avtalet är så orättvist, så det kan han inte ha velat ingå, trots att han gjorde det, och därmed är det ogiltigt med hänvisning till avsaknad av partsvilja”.[1034] En tolkning av resonemanget är att man skall betrakta exempelvis kraftig obalans mellan parternas prestationer som en omständighet (ett bevisfaktum), vilken talar för att den missgynnade parten inte ingick avtalet av fri vilja (eller att hans beslut att ingå avtalet inte baserades på fullständig information). Man torde kunna utgå ifrån att människor typiskt sett inte vill ingå avtal som missgynnar dem.[1035] Resonemanget tycks för övrigt förekomma i många rättsordningar.[1036] Vad resonemanget innebär är närmast att avtalet är orättvist på grund av sitt innehåll och om det är resonemangets reella innebörd, förefaller det rimligare att säga det rent ut.

Omständigheterna i övrigt kan, enligt paragrafens förarbeten, vara av många slag, till exempel innehållet i tvingande rättsregler, gott affärsskick, diskriminering och sammankoppling av avtal.[1037] Det är dock svårt att se att några andra omständigheter än de ovan i detta avsnitt berörda borde behandlas i anslutning till viljeprincipen.

5.3 Tillitsprincipen

Om tillitsprincipen bör beaktas vid tillämpningen av 36 § avtalslagen, blir principen i första hand ett argument mot att anse ett avtalsvillkor oskäligt, närmare bestämt i de fall medkontrahenten hyser en befogad tillit till att avtalet skall fullgöras i enlighet med dess befintliga lydelse. Har en avtalspart genom sitt agerande givit upphov till befogad tillit får han stå sitt kast. Tillitsprincipen kan ses som en av grundstenarna för regeln att avtal skall hållas. Avtal skall hållas, därför att parterna på goda grunder litar på att avtalsförpliktelserna kommer att fullgöras. Den ståndpunkten kan motiveras såväl deontologiskt – man skall infria de befogade förväntningar man givit upphov till – som konsekvensetiskt – om människor inte kan lita på att avtal är bindande, kommer avtalsinstrumentet att förlora sin betydelse, till men för den ekonomiska utvecklingen.

[1034] Atiyah, a a, s 213, där han också (i not 35) återger vad en engelsk domare sade i rättsfallet Smith v Bromley från 1760: ”*It is absurd to say that any man transgresses a law made for his own advantage willingly*”. (”To transgress” betyder ”att bryta mot”, men det får väl här snarast översättas med ”att åsidosätta”.)

[1035] Se vidare delavsnitt 6.3.3.2.3.

[1036] *”As the case law of several countires shows, the courts tend to assume a ’procedural’ unfairness, if there was an inequality of bargaining power, and there is a gross disparity between value and price”*, skriver Lando, Ole, i Some Features of The Law of Contract in the Third Millennium i Scandinavian Studies in Law, volume 40, Legal Theory, Stockholm 2000, s 401.

[1037] Jfr SOU 1974:83, s 134 ff.

Åsikten att parts befogade tillit är ett argument mot tillämpning av 36 § avtalslagen återfinns på flera ställen i förarbetena. Bland annat framhåller föredragande statsrådet: *”I affärssammanhang är det … särskilt viktigt att kunna utgå från att ingångna avtal blir gällande och därmed kunna överblicka konsekvenserna av avtalen”*.[1038] Detta förefaller vara en argumentation som bygger på tillitsprincipen.

Således tycks det finnas visst rättskällestöd för att hävda att tillitsprincipen är en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen. Eftersom dygden pålitlighet i stor utsträckning kan anses ha samma värdegrund som tillitsprincipen[1039], finns det härutöver fog för att hävda att också den ingår i paragrafens värdegrund.

Om tillitsprincipen används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att tillitsprincipen kan normera situationen.

Omständigheter vid avtalets tillkomst som kan föranleda att tillitsprincipen kan åberopas är sådana omständigheter som gör att part kommer att hysa befogad tillit till avtalet i fråga. Om det som skedde bör anses ha givit upphov till sådan tillit, är tillitsprincipen ett argument att avtalsvillkoret skall anses vara oskäligt. När det gäller betydelsen av *senare inträffade förhållanden* utgör tillitsprincipen ett argument mot att sådana förhållanden skall beaktas. Eftersom den ena avtalsparten på goda grunder har litat på att avtalet skall fullgöras på visst sätt, skall avtalsvillkoret inte anses oskäligt med hänvisning till senare inträffade förhållanden. Principen säger ingenting om hur ett avtal till sitt *innehåll* bör vara beskaffat, enbart att det skall hållas. Tillitsprincipen kan också användas som ett argument mot att *omständigheterna i övrigt* skall beaktas och föranleda att ett avtalsvillkor anses oskäligt.

För att kunna värdera tillitsprincipens tyngd som argument, måste man dock alltid ta ställning till vari tilliten närmare bestämt består i det enskilda fallet och vad som har föranlett den (är den verkligen befogad?). Om det exempelvis inträffar något som ingen av parterna förutsett – hur skall det betraktas vid en tillämpning av tillitsprincipen? Framställningen återkommer något till den frågan i kapitel sex.[1040]

5.4 Vigilansprincipen

I föregående kapitel[1041] definieras innebörden av vigilansprincipen som att man har en skyldighet att för sin egen skull vara aktsam, när man rättshandlar. Man

[1038] Prop 1975/76:81, s 104.
[1039] Se delavsnitt 4.4.3.
[1040] Jfr Runesson, a a, s 383 ff.
[1041] Delavsnitt 4.5.1.

skall inte vara vårdslös, när ens egna intressen står på spel. Om man är inte är aktsam, kan man, enligt vigilansprincipen, inte kräva rättsordningens hjälp med att få tillbaka det man förlorat genom sin oaktsamhet. Caveat emptor-principen är ett utflöde på köprättens område av den allmänna vigilansprincipen. Caveat emptor-principen ställer dock större krav på den rättshandlande än vigilansprincipen gör. Enligt principen om caveat emptor skall man ”se sig för”, det vill säga aktivt tillvarata sina intressen, medan vigilansprincipen nöjer sig med att föreskriva att man inte skall vara vårdslös.

I generalklausulpropositionen finns en del formuleringar, främst när det gäller tillämpningen av 36 § avtalslagen i näringsidkarförhållanden, som tycks ha ungefär samma utgångspunkter som vigilansprincipen. ”*I affärsförhållanden är parterna många gånger jämställda i ekonomiskt och kunskapsmässigt avseende. De har därmed också större möjligheter att själva ta till vara sina intressen i samband med att avtal ingås”*, heter det på ett ställe.[1042] Underförstått: den som kan tillvarata sina intressen, men inte gör det, är inte särskilt skyddsvärd. Detta är som nämnts också innebörden i vigilansprincipen.

Å andra sidan bör framhållas att förarbetena också innehåller en hel del resonemang som tycks vila på motstående principer, till exempel det av ekvivalenshänsyn färgade uttalandet att en avtalspart kan *”befinna sig i tidsnöd eller på annat sätt i en pressad situation och på grund därav komma att ingå ett avtal som inte motsvarar rimliga krav på rättvisa mellan parterna”* [1043]. Ett grundläggande krav på omsorg om egna intressen från parternas sida kan dock, menar jag, läsas ut även av den meningen. Omnämnandet av att en part befinner sig i tidsnöd eller på annat sätt i en pressad situation skulle kunna tolkas så, att om part inte hade befunnit sig i en pressad situation, hade han kunnat bevaka sina intressen och hade inte varit skyddsvärd om han inte hade gjort det.

På det hela taget får man dock säga att kraven på parterna att tillvarata sina egna intressen har sänkts i och med införandet av 36 § avtalslagen. Flera av de exempel, som ges i förarbetena beträffande vad som kan göra ett avtalsvillkor oskäligt, innebär att sådant som före generalklausulens införande inte, t ex med hänvisning till vigilansprincipen, kunde åberopas för befrielse från en avtalsförpliktelse nu kan vara relevant. Att en medkontrahent fått avtal till stånd genom ”aggressivt uppträdande” kan föranleda jämkning.[1044] Kraven på vad en avtalspart måste klara av att hantera vid en avtalsförhandling – hur ”vaksam” (i vid mening) han måste vara – har således sänkts.

Det tycks dock finnas i vart fall visst rättskällestöd för att hävda att vigilansprincipen är en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen. Eftersom omsorgsdygden i stor utsträckning kan anses ha samma värdegrund som

[1042] Prop 1975/76:81, s 104.
[1043] Prop 1975/76:81, s 105.
[1044] Prop 1975/76:81, s 125.

vigilansprincipen[1045], finns det härutöver fog för att hävda att också sagda dygd ingår i paragrafens värdegrund.

Om vigilansprincipen används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att vigilansprincipen kan normera situationen.

Vid bedömningen av huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt eller inte med hänvisning till *avtalets innehåll* kan vigilansprincipen få betydelse. Om en avtalspart betalar mer för ett objekt än dess egentliga värde (marknadsvärde), skulle det kunna vara ett argument för att avtalsvillkoret som anger priset är oskäligt. Mot detta skulle medkontrahenten kunna invända ”caveat emptor” – köparen borde ha undersökt objektet mer noggrant och hade då upptäckt dess brister.[1046] I affärsförhållanden ligger det, enligt förarbetena, ofta nära till hands att ställa större krav på parterna än i konsumentförhållanden att tillvarata sina egna intressen (jfr ovan).

Uppenbarligen är vigilansprincipen också relevant för bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt med hänvisning till *förhållandena vid dess tillkomst*. Om man hyllar vigilansprincipen och den klagande parten inte undersökte avtalsobjektet vid avtalets tillkomst eller på annat sätt försummade att tillvarata sina intressen, blir principen, i synnerhet i affärsförhållanden, ett argument mot att anse ett avtalsvillkor vara oskäligt.

I förstone kan det tyckas som om det faktum, att en avtalspart endast kan ”se sig för” beträffande sådana omständigheter som föreligger vid avtalets ingående, skulle tala emot att *senare inträffade förhållanden* kan föranleda tillämpning av vigilansprincipen. Emellertid kan en framtida händelseutveckling vara mer eller mindre möjlig att prognostisera, beroende på hur väl man informerar sig om olika tänkbara utvecklingslinjer, sannolikheten för att de skall förverkligas, vad som påverkar den framtida utvecklingen beträffande olika frågor etc. Om en viss, för någon av parterna negativ, händelseutveckling var i större eller mindre utsträckning möjlig att förutse vid tidpunkten för avtalets ingående, bör vigilansprincipen i motsvarande mån kunna användas som ett argument mot att anse ett avtalsvillkor vara oskäligt.[1047] Parten hade kunnat skydda sig mot konsekvenserna av den negativa utvecklingen, till exempel genom att kräva att avtalet skulle villkoras med att utvecklingen i fråga inte skulle äga rum. Om

---

[1045] Se delavsnitt 4.5.3.

[1046] När det handlar om bristande proportionalitet mellan pris och kvalitet vid köp av lös egendom är det dock mer näraliggande att åberopa köplagens eller konsumentköplagens felregler än 36 § avtalslagen. Vid köp av fast egendom är på motsvarande sätt felregleringen i 4 kap JB sannolikt det man i första hand åberopar.

[1047] Jfr prop 1975/76:81, s 127: *”Frågan huruvida jämkning bör ske på grund av ändrade förhållanden hänger givetvis nära samman med parternas möjligheter att överblicka ett avtals konsekvenser vid avtalets ingående”*.

medkontrahenten hade vägrat gå med på detta, hade parten fått ta ställning till om han ändå ville ingå avtalet, avstå från avtalet eller om han skulle kräva något i utbyte mot att ta den aktuella risken, t ex en reducering av priset.[1048]

Omständigheterna i övrigt kan som nämnts vara av många slag, till exempel innehållet i tvingande rättsregler, gott affärsskick, diskriminering och sammankoppling av avtal.[1049] Detta är omständigheter som det ofta kan vara svårt för part att själv undersöka och därför vara vaksam beträffande, varför vigilansprincipen får begränsad betydelse som argument mot relevansen av omständigheter som de just nämnda.

5.5 Ekvivalensprincipen

Dotevall pläderar för att ekvivalensprincipen skall ses som en precisering av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, i synnerhet när det gäller långvariga avtal.[1050] I Generalklausulutredningen talas det allmänt om att 36 § avtalslagen bör kunna användas för att revidera långvariga avtal till följd av ändrade förhållanden (eller för att avveckla avtal, som slutits för all framtid), men det sägs mycket lite om på vilka grunder sådan jämkning bör ske.[1051] Vilken typ av förändringar kan motivera en jämkning?

Det förefaller, med beaktande av praxis och doktrin, som om det viktigaste skälet för att medge jämkning med hänvisning till senare inträffade förhållanden har ansetts vara just att relationen mellan parternas prestationer har förändrats kraftigt. Sådan argumentation kan ytterst hänföras till ekvivalensprincipen (och rättrådighetens dygd).

Det finns således exempel på att HD har jämkat avtalsvillkor utifrån en argumentation som förefaller bygga på att balansen mellan parterna har rubbats. Ett sådant exempel är NJA 1979 s 731, som rörde ett arrendeavtal med fast arrende, vars värde urholkats av inflationen. Hovrätten, vars dom fastställdes av HD, jämkade arrendet med ett belopp som motsvarade ökningen av konsumentprisindex sedan avtalets ingående.[1052] I NJA 1996 s 663 uttalar HD att prisjämkning kan göras med stöd av 36 § avtalslagen.

Generalklausulutredningen säger dessutom uttryckligen *”…att man vid tillämpningen av generalklausulen rent allmänt bör ha möjlighet att ta hänsyn*

[1048] Jfr vad Atiyah skriver om 1700-talsfilosofen Paley, som utgår ifrån att var och en som köper en häst utan garanti inser riskerna med det och betalar ett lägre pris till följd av dessa risker (Atiyah, a a, s 180).
[1049] Jfr SOU 1974:83, s 134 ff.
[1050] *”Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen på långvariga avtal blir avtalsbalansen ett viktigt kriterium vid skälighetsbedömningen”*, framhåller han (a a, s 450).
[1051] SOU 1974:83, s 156 f. *”Vid bedömningen av långvariga avtal kan hänsyn böra tas till många olika omständigheter”* är en inte särskilt upplysande formulering (a a, s 157).
[1052] Fallet kommenteras närmare i delavsnitt 6.3.5.2.3. Se även von Post, a a, s 162 ff. Jfr prop 1975/76:81, s 138 ang jämkning som innebär höjning av ett avtalat pris.

till förhållandet mellan värdet av förmåner å ömse sidor" och framhåller att det är en viktig förutsättning för att köpeskilling, hyra, arrendeavgift etc skall kunna jämkas.[1053] Utredningen förefaller dock utgå från att återhållsamhet är påkallad vid en ren jämförelse mellan parternas prestationer, utan att även andra omständigheter talar för jämkning, såsom omständigheterna vid avtalets tillkomst (t ex att part utnyttjat överlägsen ställning till att betinga sig ett oskäligt högt pris).[1054] I propositionen anförs att jämkning bör kunna komma i fråga *"…där det råder ett missförhållande mellan parternas förmåner"* [1055], samtidigt som det torde *"…bli relativt sällsynt att jämkning sker på grundval av en renodlad jämförelse mellan pris och prestation"*. Det bör framhållas att det faktum att något är sällsynt inte innebär att det är helt uteslutet.[1056]

Det tycks således finnas rättskällestöd för att hävda att ekvivalensprincipen är en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen. Eftersom dygden rättrådighet, särskilt ”underdygden” att eftersträva korrekta avvägningar, i stor utsträckning kan anses ha samma värdegrund som ekvivalensprincipen[1057], finns det härutöver fog för att hävda att också sagda dygd ingår i paragrafens värdegrund.

Om ekvivalensprincipen används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att ekvivalensprincipen kan normera situationen.

Uppenbarligen kan ekvivalensprincipen få betydelse vid bedömningen om ett avtalsvillkor är oskäligt eller inte vid tillämpningen av rekvisitet *avtalets innehåll*. Det är avtalets innehåll som står i centrum, när man tar ställning till om det råder balans mellan parternas prestationer eller inte. *Senare inträffade förhållanden* kan föranleda tillämpning av ekvivalensprincipen, om de inträffade händelserna inneburit att förhållandet mellan parternas prestationer blivit obalanserat. Däremot har ekvivalensprincipen ingen direkt koppling till *omständigheterna vid avtalets tillkomst* eller omständigheterna i övrigt.

5.6 Principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder

Generalklausulutredningen framhåller att 36 § avtalslagen, enligt utredningens mening, inte är avsedd att vara en allmän regel om ogiltighet av avtal, som strider mot lag eller goda seder, men tillägger samtidigt att avtalsvillkor som står i strid med sådana normer kan åsidosättas med stöd av lagrummet.[1058] Utredningen säger till exempel att ett villkor, som innebär att part skall göra

[1053] SOU 1974:83, s 152.
[1054] Se SOU 1974:83, s 152 f. Jfr prop 1975/76:81, s 138.
[1055] Prop 1975/76:81, s 118.
[1056] Prop 1975/76:81, s 138.
[1057] Se delavsnitt 4.6.4.
[1058] SOU 1974:83, s 195.

något straffbart eller som har till syfte *”att vilseleda skattemyndighet i den ena partens intresse”* bör kunna åsidosättas med stöd av 36 § avtalslagen.[1059] I förarbetena framhålls också att generalklausulen kan användas för att hindra försök att kringgå tvingande lagregler (jfr avtal in fraudem legis).[1060]

Således finns i förarbetena stöd för att åberopa 36 § avtalslagen i detta sammanhang, även om det inte framgår klart vilka avtal, som strider mot lag och goda seder, som man med stöd av generalklausulen kan angripa; möjligen kan det gälla sådana avtal, som innebär att någon av parterna riskerar att *drabbas* av det faktum att avtalet strider mot lag eller goda seder. Trots detta förarbetsstöd bör man dock diskutera några argument mot att principen i fråga alls skulle kunna åberopas i anslutning till eventuell tillämpning av 36 § avtalslagen. Konstruktionen av 36 § avtalslagen skulle kunna göra det mindre relevant att diskutera principen i fråga som ett tänkbart hjälpmedel för precisering av oskälighetsrekvisitet av två skäl.

Det ena är att 36 § avtalslagen tar sikte på oskälighet i enskilda avtalsförhållanden, medan principen om avtal i strid mot lag eller goda seder handlar om överträdelse av normer som skyddar samhällsmoralen, den fria konkurrensen etc. För att 36 § avtalslagen skall vara tillämplig, krävs att något villkor i avtalet är oskäligt, noga räknat oskäligt i förhållande till den part som kräver ändring – inte oskäligt gentemot samhället eller staten eller någon utomstående. Det andra skälet är att vid fall av avtal i strid mot lag eller goda seder är ofta båda parter införstådda med det klandervärda i avtalet.[1061] Om en krigsmaterieltillverkare tecknar försäljningsavtal med ett krigförande land, inser säljaren och troligen även köparen att avtalet strider mot svensk lag. Om några personer spelar poker med höga insatser på en illegal spelklubb, är de sannolikt väl medvetna om lagstridigheten i sitt agerande.

Detta till trots är det dock – även på annan grund än förarbetsuttalandena – befogat att behandla avtal i strid mot lag eller goda seder i anslutning till 36 § avtalslagen. Det främsta skälet är, enligt min uppfattning, att det bör anses finnas en koppling mellan vad som är ett oskäligt avtalsvillkor och vad som är omoraliskt eller enligt lag förbjudet att företaga sig. Att något är oskäligt innebär att det *”…icke överensstämmer med en sund och naturlig uppfattning om vad som är rätt…”*.[1062] Begreppet ”rätt” kan uppfattas i både snävare juridisk mening och i vidare moralisk mening, men om något är olagligt är det typiskt sett ”orätt” i både juridisk och moralisk mening.[1063] Vidare: om något är omoraliskt är det rimligen ”orätt” i moralisk mening. Man kan därmed med fog hävda att det bör

---

[1059] SOU 1974:83, s 116.
[1060] Prop 1975/76:81, s 121, SOU 1974:83, s 134 f. Jfr von Post, a a, s 140 f. Jfr även Ramberg/Ramberg, a a, s 150 f.
[1061] Jfr Ramberg/Ramberg, a a, s 80.
[1062] Svenska akademiens ordbok (www.svenskaakademien.se). Se vidare delavsnitt 3.5.2.
[1063] Undantagsfall kan förekomma, till exempel om lagstiftningen är omoralisk, varvid det kan vara moraliskt rätt att bryta mot den. Jfr diskussionen om positivismen och demokratin i delavsnitt 3.3.6, i synnerhet den sista noten.

anses oskäligt att framtvinga fullgörelsen av ett olagligt eller omoraliskt avtalsvillkor. Därigenom blir det intressant att diskutera vilka typer av avtal som kan anses vara omoraliska, in fraudem legis etc, när man resonerar om tillämpningen av 36 § avtalslagen.

Den andra invändningen ovan har självfallet praktisk betydelse för i vilken utsträckning det blir aktuellt att använda principerna om avtal i strid mot lag eller goda seder i anslutning till 36 § avtalslagen – om båda parterna är nöjda med sitt olagliga etc avtal, blir det självklart inte aktuellt för någon av dem att åberopa generalklausulen. Det blir aktuellt först om någon av dem vill frånträda sina avtalsförpliktelser.[1064]

En ytterligare invändning, som man kan rikta mot försöken att göra en koppling mellan 36 § avtalslagen och principen om avtal i strid mot lag eller goda seder, är att man inte behöver gå omvägen via generalklausulen för att kunna åsidosätta ett avtal med hänvisning till att det är lagstridigt etc. Avtal kan ogiltigförklaras redan med hänvisning till principen att avtal inte får strida mot lag etc.[1065] Det finns dock en poäng med att diskutera de i detta avsnitt aktuella principerna i anslutning till ett positivt lagrum, nämligen att svensk doktrin och praxis inte sällan tycks tveka inför att göra ett rättsligt ställningstagande enbart på grundval av en princip (eller, om man föredrar det uttrycket, en allmän rättsgrundsats).[1066] Detta skulle exempelvis kunna vara anledningen till att svensk doktrin och praxis med anknytning till pacta turpia inte är lika omfattande som doktrin och praxis i detta ämne i tysk rätt. Genom att visa att man skulle kunna se principen om att avtal i strid mot lag eller goda seder är ogiltiga som ett hjälpmedel för att precisera av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, skulle det kunna leda till att principen blev föremål för större intresse och diskussion i svensk doktrin och praxis och bland annat den tyska debatten om pacta turpia skulle kunna berika svensk rätt. Om det sistnämnda vore bra eller inte, beror

---

[1064] Ett praktiskt problem i det sammanhanget är om det är lämpligt att respektive part när som helst skall kunna hänvisa till 36 § AvtL och vägra att fullgöra sin del av avtalet. Om den ena parten gjort vad på honom ankommer, men inte får rättsordningens hjälp att erhålla medkontrahentens motprestation, gör medkontrahenten en vinst på partens bekostnad – kan inte det betraktas som oskäligt? Ramberg/Ramberg ger flera exempel på sådana situationer (a a, s 80 f). Sådana tillämpningsfrågor diskuteras dock inte närmare här. Jfr Lindskog, Stefan, Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar, Stockholm 2001, s 58 f, i synnerhet not 60, där han diskuterar hur rättsordningen bör förhålla sig till bolag som bedriver verksamhet som strider mot goda seder.

[1065] Jfr Ramberg/Ramberg, a a, s 76 f. Se dock, för en åsikt i norsk doktrin som liknar min uppfattning, Hov, a a, s 200: *"Etter vedtakelsen av avtl § 36 er det grunn til å tro at den regel NL 5-1-2 gir om avtaler mot ærbarhet, etter hvert vil miste sin betydning. Er avtalen mot ærbarhet, er den også urimelig. De ugyldighetssituasjoner som en hittil har pleid å subsumere under NL 5-1-2, vil altså også rammes av avtl § 36"*. (NL = Kong Christian den Femtis Norske Lov av den 15 april 1687.)

[1066] *"I svensk rättspraxis används visserligen allmänna rättsprinciper, men det är inte alltid dessa uttryckligen formuleras. /…/ I svensk doktrin har allmänna rättsgrundsatser endast sparsamt behandlats och då alltid i en implicit kunskapsteoretisk tvångströja"*, skriver Wessén, Johan, i Allmänna rättsgrundsatser – svensk juridisk dogmatiks heta gröt i Vänbok till Hans Stenberg, Linköping 2002, s 149.

självfallet på hur man värderar argumenten för principen och dess tillämpning i exempelvis tysk rätt.[1067]

Det tycks således finnas rättskällestöd för att hävda att principen i fråga är en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen. Eftersom dygden rättrådighet, särskilt ”underdygden” att visa lojalitet med lagen och rättssystemet, i stor utsträckning kan anses ha samma värdegrund som principen[1068], finns det härutöver fog för att hävda att också sagda dygd ingår i paragrafens värdegrund.

Det kan även noteras att PECL innehåller två artiklar, 15:101: Contracts Contrary to Fundamental Principles[1069], och 15:102: Contracts Infringing Mandatory Rules, som för PECL:s vidkommande reglerar frågan om avtal som strider mot lag och goda seder.[1070] Innebörden av art 15:101 är att avtal som strider mot grundläggande principer i EU:s medlemsstaters rättsordningar saknar rättsverkningar. Här åsyftas bl a principer angående grundläggande mänskliga rättigheter, men även *”…contracts which are in conflict with the generally accepted norms of family life and sexual morality…”*[1071] kan anses strida mot sådana grundläggande principer. Detta torde få uppfattas så att de principer, vilka åsyftas i artikeln, kan ha karaktären av antingen positivrättsliga bestämmelser (mänskliga rättigheter skyddas såväl i internationella fördrag som i nationella författningar) eller goda seder (t ex angående familjeliv, i den mån familjelivet inte reglerats lagstiftningsvägen). Art 15:102 stadgar att effekten av att avtal strider mot indispositiv lag i första hand är den effekt som framgår av lagen i fråga samt, för den händelse lagen inte säger något om detta, att avtalet kan förklaras vara bindande, delvis bindande, oförbindande eller göras till föremål för jämkning. Vilken rättsföljd som skall väljas skall avgöras med beaktande av bl a ett antal angivna omständigheter, t ex ändamålet med den aktuella lagen. Det förefaller tydligt att PECL art 15:101 kan sägas vila på principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder. Art 15:102 innebär, som jag ser det, att en avvägning måste göras mellan principen i fråga och motstående principer, t ex tillitsprincipen, vilket innebär att principen att avtal inte får strida mot lag och goda seder måste anses vara en del av artikelns värdegrund. Ett upprätthållande av principen skulle därmed vara i samklang med regleringen i PECL, vilket kan

---

[1067] Man bör också uppmärksamma att principerna vanligen används för att neka rättsordningens hjälp till en person som vill att medkontrahenten skall fullgöra sina förpliktelser enligt ett avtal. Frågeställningen är ”under vilka förutsättningar skall domstolen avvisa ett mål med hänvisning till att det omtvistade avtalet strider mot lag eller goda seder?”. Om man introducerar principerna i anslutning till 36 § AvtL, resonerar man med en annan utgångspunkt. Då handlar det om en person som vill få rättsordningens stöd för att fränträda sina förpliktelser enligt avtalet och frågeställningen blir ”under vilka förutsättningar skall domstolen medge part befrielse från avtalsförpliktelser med hänvisning till att det omtvistade avtalet strider mot lag eller goda seder?”. Man kan dock diskutera om den praktiska skillnaden mellan de båda situationerna är så stor som de skilda frågeställningarna antyder. Om domstolen avvisar ett mål med hänvisning till att det omtvistade avtalet strider mot lag eller goda seder, innebär det indirekt att domstolen medger part befrielse från avtalsförpliktelserna.
[1068] Se delavsnitt 4.7.3.
[1069] Se även delavsnitt 4.7.1, not 958.
[1070] PECL, part III, s 211 ff.
[1071] PECL, part III, s 212.

ses som ett ytterligare argument för att principen bör upprätthållas i svensk rätt. (Däremot är det förvisso inte ett argument för att principen bör upprätthållas med hjälp av just 36 § avtalslagen.)[1072]

Om principen används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att principen kan normera situationen.

Principen gäller uppenbarligen *avtalets innehåll*. Det olagliga eller omoraliska kan bestå i det avtalsföremål saken gäller, men även i vilka avtalsparterna är – en viss stat får inte köpa krigsmateriel, en person som har näringsförbud får inte företaga vissa transaktioner etc. Man kan diskutera om avtalsparternas identitet är en del av avtalets innehåll eller en omständighet vid avtalets tillkomst, men den klassificeringen torde inte ha någon praktisk betydelse, eftersom generalklausulen även kan tillämpas med hänvisning till sistnämnda slag av omständigheter.

Även om principen främst fokuserar på avtalsinnehållet, bör man uppmärksamma att avtalets syfte också bör beaktas och det förefaller mest näraliggande att betrakta syftet som en *omständighet vid avtalets tillkomst*. Det kan vara så att avtalet till sitt innehåll ser helt legitimt ut, men att parternas syfte med avtalet är i hög grad omoraliskt.[1073] Ett hyresavtal avseende en lokal är självfallet i sig ingenting anmärkningsvärt, men om lokalen skall användas till en hälerirörelse, en illegal spelklubb etc har avtalet ett omoraliskt syfte och kan angripas på den grunden.[1074] Man bör observera att parternas syfte med avtalet kan förändras över tid, varför syftet inte enbart behöver vara en omständighet vid avtalets tillkomst, utan också kan vara ett senare inträffande förhållande (jfr nedan). En person, som hyr en lokal för att där bedriva en laglig caférörelse, kan senare komma att använda lokalen till en illegal spelklubb.

[1072] PECL behandlas främst i kapitel sex, men eftersom inget av de där analyserade fallen aktualiserar principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder, nämns PECL art 15:101 och 15:102 i detta sammanhang.

[1073] För att kunna beaktas, måste dock enligt svensk rätt det omoraliska etc syftet framgå tydligt av omständigheterna. I NJA 1992 s 299 säger HD bl a: *”En särskild överenskommelse, som direkt syftar till att skatt skall undandras genom en oriktig uppgift till skattemyndigheten, får anses civilrättsligt ogiltig enligt allmänna rättsgrundsatser. En förutsättning för att domstol av sådan orsak skall vägra ta befattning med ett yrkande får emellertid anses vara att det otillbörliga syftet framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet”*.

[1074] Ramberg/Ramberg säger, apropå pacta turpia, att en del avtal anses ha alltför ”*tvivelaktiga syften”* för att avtalsrättsliga påföljder skall kunna komma i fråga (a a, s 76). De fokuserar alltså enbart på syftet. Självfallet är det så att ett avtal som till sitt innehåll uppenbarligen är omoraliskt eller olagligt, t ex ett avtal om att begå en brottslig handling, har ett omoraliskt eller olagligt syfte. Å andra sidan finns det, menar jag, en poäng med att som steg nummer ett beakta avtalets faktiska innehåll. Om det är omoraliskt eller olagligt finns det ingen anledning att komplicera analysen genom att tala om syftet med avtalet.

Kan det inträffa omständigheter, som gör att ett till en början legitimt avtal blir olagligt eller omoraliskt? Uppenbarligen kan både lagstiftningen och samhällsmoralen förändras, låt vara att förändringar av det senare slaget sker gradvis under en längre period, medan lagändringar genomförs genom ett beslut vid en viss tidpunkt. Regeringsformen avvisar retroaktiv strafflagstiftning (se RF 2 kap 10 §), varför man aldrig kan straffas för att ha ingått ett avtal om någonting som kriminaliseras först efter avtalets ingående. Om avtalet skall upprätthållas även efter kriminaliseringen är däremot en annan fråga. Ett anknytande spörsmål är hur man skall se på att samhällsmoralen förändras så att ett avtal som ingicks för länge sedan, och då inte sågs som kontroversiellt, uppfattas som i hög grad omoraliskt idag.[1075] Eftersom formuleringen ”*senare inträffade förhållanden*” rent språkligt kan omfatta allt, som inträffar efter avtalets ingående, är det i princip möjligt att låta förändringar i lagstiftning och moraluppfattning få betydelse vid tillämpningen av 36 § avtalslagen. Samtidigt måste man, med hänvisning till förutsebarhets- och tillitsprinciperna, vara försiktig med att anse att ett avtal, som tidigare upprätthållits av rättsordningen, har blivit omoraliskt och inte förtjänar rättsordningens skydd. Skulle det inträffa omständigheter, som gör att ett inledningsvis acceptabelt avtal blir olagligt eller omoraliskt utan att lagarna eller samhällsmoralen förändras, rör de sannolikt avtalets innehåll eller syftet bakom avtalet, till exempel på det sättet att syftet bakom förhyrningen av en lokal ändras från att bedriva laglig caféverksamhet till att bedriva olaglig dobbleriverksamhet (jfr ovan).

Någon relevant *omständighet i övrigt* har inte identifierats.

5.7 Lojalitetsprincipen

Finns det rättskällestöd för att hävda att lojalitetsprincipen ingår i värdegrunden för 36 § avtalslagen? För att börja i doktrinen, finns i vart fall där stöd för ett sådant påstående. Holm anför att lojalitetsprincipen *”…kan …bidra med en stödjande och förstärkande (normerande) tankestruktur åt en betydande mängd gällande rättsregler”* [1076], och menar att bland annat 36 § avtalslagen kan ses som en kodifiering av lojalitetsprincipen, i det att paragrafen kan användas för att angripa avtal, där part inte tagit tillräcklig hänsyn till medkontrahentens intressen.[1077] Likaså menar Ramberg/Ramberg att *”…36 § avtalslagen kan komma till användning som en säkerhetsventil vid illojala förfaranden av olika slag”*.[1078] Wilhelmsen påpekar att *”…bestemmelsen på litt lengre sikt vil få konsekvenser for den avtalerettslige rettskildelære ved at den lojalitetsplikt som*

[1075] Under hela 1700-talet var krav på grundval av vadslagning möjliga att genomdriva med den engelska rättsordningens hjälp, även om det vadet gällde för en nutida betraktare framstår som högst omoraliskt. Ett rättsfall från 1771 handlade om krav till följd av en vadslagning om vems far som skulle dö först. Kravet erhöll rättsordningens skydd. Se Zweigert/Kötz, a a, s 382.
[1076] Holm, a a, s 110.
[1077] Holm, a a, s 102 ff.
[1078] Ramberg/Ramberg, a a, s 149.

er nedfelt i regelen vil komme inn som reelt hensyn ved tolkning av avtaler".[1079] I detta sammanhang kan även anföras följande uttalande av Madsen: *"[d]et ulovfæstede loyalitetskrav slår igennem såvel i kontrakts- som i konkurrenceretten og er på samme måde som standardene i aftl § 36 (krav om rimelighed och redelighed) och markedføringslovens § 1 (krav om god markedføringsskik) et konglomerat af forskellige og til dels inkommensurable hensyn. De netop nævnte lovfæstede standarder kan – såvel som en række mere speciell regler ses som udtryck for dette loyalitetskrav…"*.[1080]

Ett rättsfall, som kan ses som en tillämpning av lojalitetsprincipen, är NJA 1997 s 524[1081], i vilket en borgenär inte ansågs ha informerat en borgensman tillräckligt om riskerna med borgensåtagandet och detsammas omfattning: *"Det får därför anses ha ålegat bolaget att uppmärksamma Clary O på de risker som en sådan skadeståndsklausul innebar…"*. Borgenären har därmed inte i tillräcklig utsträckning tillvaratagit borgensmannens intressen och således inte levt upp till lojalitetsprincipens krav.[1082] Fallet kan dock också ses som en tillämpning av viljeprincipen – vederbörandes beslut var inte produkten av en fullt informerad vilja. Avgörande blir om man anser att upplysningsskyldigheten grundas på lojalitetsprincipen eller viljeprincipen. Enligt min uppfattning aktualiseras båda principerna i fall som detta.[1083] Holm anför 30 och 31 §§ avtalslagen som andra exempel på lagrum, som bygger på ett lojalitetskrav. Lagrummen kan dock också anses bygga på viljeprincipen. Det illustrerar en av mina ståndpunkter i delavsnitt 4.3.5, nämligen att det bör anses illojalt att inte respektera en medkontrahents rätt att ingå avtal utifrån en fri och fullt ut informerad vilja. Således kräver lojalitetsprincipen att viljeprincipen respekteras.

Med detta synsätt kan de exempel ur förarbetena, som ovan anfördes för att illustrera att det finns förarbetsstöd för att hävda att 36 § avtalslagen bygger på viljeprincipen, också anföras till stöd för att generalklausulen bygger på lojalitetsprincipen.[1084] Den som beter sig aggressivt under en avtalsförhandling uppfyller inte lojalitetsprincipens krav, för att ta ett exempel. I förarbetena nämns också att generalklausulen kan bli tillämplig vid missbruk av rättighet, t ex när part begär påföljd för kontraktsbrott, trots att han inte haft någon förlust eller olägenhet. Att agera på ett sådant sätt måste betraktas som illojalt och därmed strida mot lojalitetsprincipen.[1085]

[1079] Wilhelmsen, a a, s 8.
[1080] Madsen, Bo Palle, Loyalitetskrav i kontrakts- og konurrenceretten, UfR 1982, s 165. (Artikeln finns på s 165-171.)
[1081] Jfr Holm, a a, s 105.
[1082] Från norsk praxis kan som exempel nämnas Rt 1994 s 833, där Høyesterett anförde att frågan om en handling var lojal eller illojal skulle ingå i *"urimelighetsvurderingen"* enligt avtl § 36. Se Hov, a a, s 264.
[1083] Upplysningsplikt behandlas närmare i delavsnitt 6.3.2.
[1084] Se delavsnitt 5.2.1.
[1085] Se SOU 1974:83, s 155; jfr Holm, a a, s 104 f.

Samtidigt bör framhållas att kraven för att åsidosättande av en lojalitetsförpliktelse skall läggas till grund för jämkning av avtal tydligen ställs tämligen högt, när man inte samtidigt kan hänvisa till att viljeprincipen trätts förnär. Det finns flera rättsfall från senare år, där HD har valt att inte tillämpa 36 § avtalslagen, trots att käranden gjort gällande att svaranden brustit i sina åtaganden gentemot käranden.[1086] I samtliga fall har svaranden varit en kreditgivare (en bank eller ett kontokortsföretag) och fallen har rört bland annat försumlig kreditprövning.

Det tycks således finnas i vart fall visst rättskällestöd för att hävda att lojalitetsprincipen är en del av värdegrunden för 36 § avtalslagen. Eftersom lojalitetsdygden och dygden ärlighet i stor utsträckning kan anses ha samma värdegrund som principen[1087], finns det härutöver fog för att hävda att också sagda dygder ingår i paragrafens värdegrund.

Om lojalitetsprincipen används som norm vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, är frågan vilka av de fyra ”omständighetsgrupperna” (”hjälprekvisiten”) i 36 § 1 st som inrymmer sådana fakta, handlingar, händelser m m att deras förhandenvaro kan föranleda att lojalitetsprincipen kan normera situationen.

Lojalitetsprincipen gäller, som framgått ovan, hur parterna skall agera gentemot varandra i olika situationer. I och med att principen är så handlingsinriktad, är det svårt att se att innehållet i ett *avtalsvillkor* skulle kunna betraktas som oskäligt med hänvisning till den. Om en part sviker sin på lojalitetsprincipen grundade upplysningsplikt och därmed förorsakar att medkontrahenten ingår ett avtal som är ytterst oförmånligt, är den uteblivna upplysningen en *omständighet vid avtalets tillkomst*, inte en del av avtalets innehåll, medan den eventuella obalansen mellan parternas prestationer får angripas med stöd av ekvivalensprincipen, inte lojalitetsprincipen.[1088] Däremot kan man knappast utesluta att förekomsten av ett för någon part mycket oförmånligt avtalsvillkor skulle kunna vara en indikation på att medkontrahenten åsidosatt sin lojalitetsplikt.

[1086] *Följande rättsfall gäller om medkontrahenten varit vårdslös vid avtalets tillkomst.*
NJA 1993 s 163, Borgensåtagande; jfr von Post, a a, s 233. Fallet kommenteras av Lind i JT 1993-94, s 601 f och av Kleineman i Förutsättningsläran och jura novit curia, JT 1993-94, nr 4, s 881 ff.
NJA 1996 s 3, Konvertibler; jfr von Post, a a, s 320.
NJA 1996 s 19, Kreditprövning; jfr von Post, a a, s 320.
NJA 1999 s 304, Kreditprövning; jfr von Post, a a, s 322.
Följande rättsfall berör rekvisitet senare inträffade förhållanden, det vill säga om medkontrahenten har varit vårdslös efter avtalets ingående.
NJA 1994 s 381, Eurocard; jfr von Post, a a, s 233.
NJA 1996 s 3, Konvertibler; jfr von Post, a a, s 320.
[1087] Se delavsnitt 4.8.4.
[1088] Jfr Holm, a a, s 105 ang lojalitetsprincipen och ekvivalens. Se även a a, s 29.

När det gäller lojalitetsprincipens relevans för tillämpningen av 36 § avtalslagen, bör man observera att en stor del av den diskussion som förs om parters lojalitetsförpliktelser gäller plikter under avtalets fullgörandefas, till exempel underrättelseplikt, skyldighet att begränsa egen skada vid medkontrahents avtalsbrott, sekretessplikt, bevaringsplikt, vårdplikt och upplysningsplikt under pågående avtalsförhållande.[1089] Det lagrum i BGB, som ligger till grund för den tyska ”good faith-principen” (eller, rätteligen, ”Treu und Glauben-principen”), och som därigenom anses utgöra rättsgrund för bland annat långtgående lojalitetsförpliktelser, är § 242 och det stipulerar att avtal skall *fullgöras* på det sätt ”Treu und Glauben” föreskriver.[1090] Det är mot bakgrund av detta angeläget att skilja mellan plikter under fullgörelsen och plikter i samband med avtalets tillkomst.[1091] Det är dock uppenbart att många av de lojalitetsförpliktelser, som kan härledas ur principen, gäller vid avtalets ingående, t ex den redan nämnda upplysningsplikten.[1092]

För att man skall kunna göra en koppling mellan *senare inträffade förhållanden* och lojalitetsprincipen, krävs, menar jag, att man finner att rekvisitet kan omfatta situationer då part brutit mot en ur lojalitetsprincipen härledd plikt.

Om man menar att lojalitetsprincipen bland annat innebär att parterna under avtalets bestånd har en ömsesidig sekretessplikt och således inte för utomstående får avslöja till exempel affärshemligheter[1093], men en av parterna bryter mot sekretessplikten – kan man då hävda att detta är ett ”senare inträffat förhållande” som skulle motivera jämkning av avtalet med stöd av 36 § avtalslagen? Medkontrahenten kanske i ljuset av det inträffade vill bli befriad från skyldighet att tillhandahålla sin lösmynte avtalspart ytterligare hemlig information, vilket skulle kunna åstadkommas genom en jämkning av avtalsåtagandena.

Rent språkligt är brott mot lojalitetsplikter under avtalets bestånd uppenbarligen ”förhållanden” som inträffat ”senare”, det vill säga efter avtalets ingående. Frågan blir därför närmast hur man skall betrakta en möjlig tillämpning av 36 § avtalslagen i förhållande till de eventuella rättsverkningar själva lojalitetsbrottet kan ge upphov till samt de rättsverkningar som kan följa på avtalsbrott, för den händelse lojalitetsplikten anses utgöra en del av avtalet (eller uttryckligen har tagits in i avtalet).[1094] Enligt principen om lex specialis förefaller det mest

---

[1089] Se Ramberg/Ramberg, a a, s 39 ff.
[1090] Se t ex Larenz Schuldrecht, s 125, SOU 1974:83, s 92 samt Ebke, Werner och Steinhauer, Bettina, The Doctrine of Good Faith in German Contract Law, s 171, i Good Faith and Fault in Contract Law, utgiven av Beatson och Friedmann.
[1091] Frågor om culpa in contrahendo lämnas därhän, eftersom tillämpning av 36 § AvtL förutsätter att avtal faktiskt har ingåtts. Se angående ämnet t ex Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 107 ff, och, beträffande tysk rätt, Larenz Schuldrecht, s 106 ff.
[1092] Ramberg/Ramberg (a a, s 41) nämner som exempel upplysningsplikt, klargörandeplikt (att närmare förklara den avtalade prestationens innebörd) och avrådningsskyldighet (enligt 6 § konsumenttjänstlagen).
[1093] Jfr Ramberg/Ramberg, a a, s 40.
[1094] Jfr Ramberg/Ramberg, a a, s 40 f. Angående påföljder av kontraktsbrott, se t ex Ramberg/Ramberg, a a, s 43 ff.

naturligt att i första hand tillämpa de regler, som uttryckligen gäller den aktuella situationen. Är det fråga om ett köpeavtal och brottet mot lojalitetsplikten bör bedömas som (eller på samma sätt som) ett avtalsbrott, får man därför inledningsvis studera om de påföljder, som kan göras gällande vid avtalsbrott, till exempel prisavdrag, skadestånd eller hävning, kan användas för att kompensera den drabbade parten. Det kan dock vara så att ingen av de gängse påföljderna vid avtalsbrott är lämplig, exempelvis eftersom fråga är om ett långvarigt samverkansavtal. Ingen av parterna vill egentligen avbryta samarbetet, men den drabbade parten vill få till stånd en modifiering av sitt åtagande till följd av medkontrahentens agerande. Skulle det vara fallet, är det svårt att se varför 36 § avtalslagen inte skulle kunna användas. Till följd av att medkontrahenten brutit mot ett ur lojalitetsprincipen härlett åtagande, vore det oskäligt mot den drabbade parten att tvingas fullgöra det ena eller det andra åtagandet i oförändrat skick. Alltså är avtalsvillkoret i fråga oskäligt med hänvisning till senare inträffade förhållanden och kan jämkas.

Holm anför att det även borde kunna anföras som ett brott mot lojalitetsprincipen att inte gå med på en revision av ett långvarigt avtal, om det under avtalstiden inträffar en förändring som på ett betydelsefullt sätt förändrar förutsättningarna för avtalet.[1095]

Omständigheterna i övrigt kan som nämnts vara av många slag. Lojalitetsprincipen synes dock främst ta sikte på parternas agerande vid avtalets tillkomst och möjligen därefter. Det är därför svårt att se några omständigheter i övrigt, som skulle vara relevanta att behandla i detta sammanhang.

[1095] Holm, a a, s 103.

KAPITEL 6

TILLÄMPNINGEN AV 36 § AVTALSLAGEN

6.1 Inledning

I kapitlen tre, fyra och fem har grunden lagts för det som nu följer, nämligen en diskussion om hur 36 § avtalslagen bör tillämpas i konkreta fall.

I kapitel tre har formulerats en arbetsmetod, genom vilken normer, som härleds ur de traditionella rättskällorna, kan kompletteras med normer, som härleds ur den normativa etiken, i sökandet efter den lämpligaste tillämpningen av 36 § avtalslagen. Metoden bygger på det värdeteoretiska ställningstagandet att det är motiverat att utgå ifrån att värdeutsagor inte enbart är känsloyttringar, utan något som kan bli föremål för vetenskaplig diskussion. Därav följer rimligen att man erkänner att det är legitimt att hämta argument till diskussionen om 36 § avtalslagen ur värdesatser som formulerats inom ramen för normativa etiska läror, om ingen auktoritativ rättskälla ger ett otvetydigt svar på hur paragrafen i den givna situationen skall tillämpas. Finns inget sådant auktoritativt svar, måste man fortsätta diskussionen med de argument som finns att tillgå, tills man har kommit fram till ett svar som är så välmotiverat som möjligt.

I kapitlet konstaterades att de normer som härleds ur konsekvensetiska läror är mindre väl lämpade att normera bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. I stället lyftes dygdeetiken fram som en användbar rättskälla. Därvid identifierades och diskuterades fem dygder, som bedömdes vara särskilt betydelsefulla för den samhälleliga praktiken avtals ingående och upprätthållande: rättrådighet (rättvisa), ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet.

Som ett sätt att anknyta ett dygdeetiskt resonemang till ett i juridiska sammanhang mer välbekant sätt att resonera, lanserades tanken att värdegrunden för å ena sidan avtalsrelationens dygder och å andra sidan ett antal avtalsrättsliga principer (som i sin utformning påminner om pliktetikens plikter) bör vara likartad. I kapitel fyra diskuterades närmare de ifrågavarande avtalsrättsliga principernas innehåll och lämplighet att användas som normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen och relationen mellan dem och avtalsrelationens dygder behandlades. Principerna är följande: förutsebarhetsprincipen, viljeprincipen, tillitsprincipen, vigilansprincipen (caveat emptor-principen), ekvivalensprincipen, principen att avtal inte får strida mot lag och goda seder samt lojalitetsprincipen.

I kapitel fem diskuterades huruvida det kan anföras rättskällestöd för att de behandlade dygderna och principerna bör kunna användas som normer vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Om så kan anses vara fallet, vilket jag anser, blir det än mer legitimt att använda dem

som normer vid bestämmandet av denna innebörd. I kapitel fyra diskuterades således principernas allmänna lämplighet, medan kapitel fem behandlade frågan om huruvida de inte bara är lämpliga, utan också har inkorporerats i avtalsrätten genom 36 § avtalslagen. (Huruvida de har inkorporerats genom även andra lagbestämmelser undersöks inte i denna avhandling.)

I detta sjätte kapitel är det meningen att den arbetsmetod för bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, som utarbetats i föregående tre kapitel, skall komma till användning i en diskussion om hur 36 § avtalslagen bör tillämpas i ett antal konkreta fall. Detta kommer att ske genom att några fall, i vilka 36 § avtalslagen skulle kunna tillämpas, analyseras. Fallen har valts, för att illustrera vilka avvägningar mellan olika principer och dygder som måste göras vid paragrafens tillämpning, och hur en lämplig avvägning skulle kunna se ut, men också för att ge utrymme för en diskussion om tillämpningen av i vart fall tre av ”hjälprekvisiten” i 36 § 1 st: avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden. Något fall, som specifikt aktualiserar ”hjälprekvisitet” omständigheterna i övrigt, har inte behandlats. Fallen har vidare valts, för att möjliggöra en diskussion om den rättsliga relevansen hos ett antal olika omständigheter och typer av omständigheter (se angående omständigheter vidare nedan). Det handlar inte enbart om HD-avgöranden, utan också om hovrättsfall och utländska rättsfall. Ambitionen är således inte att göra en fullständig genomgång av tillgänglig praxis[1096], utan istället att testa min metod i ett antal fall och se vilka resultat den ger.

Ett viktigt mål för rättstillämpningen i allmänhet måste sägas vara att uppnå materiellt lämpliga resultat i enskilda fall.[1097] Detta mål blir måhända än viktigare, när det gäller tillämpningen av 36 § avtalslagen, eftersom paragrafen tillkommit som ett slags undantagsregel i förhållande till regeln ”avtal skall hållas” – vilket fortfarande måste anses vara en avtalsrättslig grundregel – och paragrafen syftar till just att möjliggöra en förändring av ett ingånget avtal med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Rättstillämpning innebär alltid att en generellt utformad regel skall tillämpas i en konkret situation, och när det gäller 36 § avtalslagen står verkligen hänsynstagandet till det enskilda fallets omständigheter i fokus – prövningen enligt paragrafen skall ske med beaktande av den omständighet som avtalets innehåll utgör, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade omständigheter samt omständigheterna i övrigt. Språkligt sett sätter paragrafen, i och med formuleringen ”omständigheterna i övrigt”, ingen gräns beträffande vilka omständigheter som kan vara rättsligt relevanta för paragrafens tillämpning.

[1096] von Post behandlar samtliga NJA-fall angående 36 § avtalslagen som förelåg vid tidpunkten för författandet av hans avhandling.
[1097] Jfr vad som sägs i delavsnitt 4.2.1 och 4.2.6 om att rättstillämpningen bör eftersträva materiell lämplighet. Jfr även Holms resonemang om ansvarsfull tolkning i a a, s 58 ff.

Att det trots detta faktum finns omständigheter som är rättsligt relevanta och sådana som inte är det är självklart. Men hur skall man kunna veta vilka omständigheter som skall anses vara relevanta och vilka som är oväsentliga? Att undersöka vilka omständigheter som förefaller tillmätas relevans i förarbeten och rättspraxis är självfallet ett (induktivt) sätt. Att diskutera vilka omständigheter som borde vara relevanta, givet exempelvis vissa etiska utgångspunkter, är ett annat (deduktivt) sätt. Båda dessa metoder kommer till användning i den följande diskussionen beträffande ett antal enskilda fall.

För att få ett verktyg, som kan användas för att strukturera diskussionen om vilka omständigheter som bör beaktas vid tillämpningen av 36 § avtalslagen, men också för att allmänt diskutera vilka slags omständigheter som alls bör beaktas i rättslig argumentation, kommer här närmast att föras ett resonemang beträffande omständighetslistor, vilket kan betraktas som en mycket förenklad version av den antika läran om omständigheterna, som också kort beskrivs i det följande delavsnittet. Omständighetslistorna blir därmed ytterligare ett redskap i den kommande analysen av de enskilda fallen.

6.2 Att hantera omständigheter

6.2.1 Omständighetslistor

6.2.1.1 Aristoteles och Rescher

> *"…what seems clear is that the search for solutions to particular litigation problems was to be found within the circumstances of each case… The law … is to be found in the causal aspects of facts."*[1098]

För att i ett enskilt fall kunna avgöra till exempel vilken princip som skall ha företräde framför en motstående princip, måste man beakta omständigheterna i fallet, och två nyckelfrågor blir då vilka omständigheter som alls är att betrakta som relevanta samt vilken vikt en viss i och för sig relevant omständighet skall tillmätas. (Ett alternativ är förvisso att föreskriva att en viss princip alltid skall ha företräde, om den kolliderar med en viss annan princip, men det är svårt att se att det finns skäl att ge någon av de i detta arbete diskuterade principerna sådan dignitet. Eftersom det finns goda argument som talar för var och en av principerna, kan man sannolikt inte komma förbi avvägningsproblematiken så enkelt.)

HD har avgjort ett 40-tal rättsfall, där 36 § avtalslagen varit föremål för diskussion. De måste analyseras, för att man skall kunna utröna vilka

---

[1098] Samuel, Geoffrey, Epistemology and Method in Law, Aldershot 2003, s 96, beskriver den arbetsmetod som de romerska juristerna använde. Jfr Olaus Petris domarregler, punkt 8: *"En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten"*.

omständigheter som HD har betraktat som relevanta och hur de har viktats.[1099] Även i förarbetena och i doktrinen finns en del diskussion kring dessa frågor. Å andra sidan finns det många tänkbara situationer, som inte behandlas i praxis, förarbeten eller doktrin. Det förefaller som om det skulle vara värdefullt att kunna närma sig omständighetsproblematiken med ett verktyg, som gör det möjligt att förhållandevis snabbt och enkelt sortera in de omständigheter som diskuteras i rättskällorna i en systematik, för att därigenom få en god överblick över materialet. Om man vill uttrycka det i termer av induktion eller deduktion, menar jag att det bör vara mer fruktbart att närma sig omständighetsdiskussionen med vissa deduktiva utgångspunkter, än att börja med en rent induktiv inventering av omständigheter i HD:s avgöranden.

Diskussionen, om vilka omständigheter som är relevanta vid en etisk bedömning av till exempel handlingar samt hur omständigheter skall viktas i förhållande till varandra, är långt ifrån ny. Såväl Aristoteles som Cicero intresserade sig för problemområdet och formulerade en systematik över vilka omständighetskategorier som bör beaktas och Thomas av Aquino utarbetade en omfattande lära om omständigheterna kring mänskliga handlingar. Även andra medeltida tänkare arbetade med olika omständighetsläror, vilket finns beskrivet av Gründel i ”Die Lehre von den Umständen der menschlichen Handlung im Mittelalter”.[1100] Thomas omständighetslära finns också analyserad av Thomas Nisters i en modern avhandling, ”Akzidentien der Praxis. Thomas von Aquins Lehre von den Umständen menschlichen Handelns”.[1101]

Enligt Aristoteles finns det handlingar som är förkastliga i sig (t ex äktenskapsbrott, stöld och mord), medan övriga handlingar måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Dessa omständigheter delar han in i olika kategorier (se vidare nedan). Förmågan att kunna vikta omständigheterna erövrar man genom den klokhet som livserfarenheten ger, varför det inte är möjligt att i förväg ange exakt hur avvägningen skall gå till.[1102]

Thomas av Aquinos omständighetslära syftar till att hjälpa rättstillämparen att undvika två saker, dels stelbent tillämpning av abstrakta normer i enskilda fall

---

[1099] Jfr Lehrberg, a a, s 285: *”I kapitlen 8-13 undersöks i vad mån mer preciserade rättsregler kan utläsas ur de avvägningar mellan de under 7.3 angivna ändamålsprinciperna, som kommit till uttryck i lagstiftning och rättspraxis”*.
[1100] Gründel, Johannes, Die Lehre von den Umständen der menschlichen Handlung im Mittelalter, Aschendorff 1963.
[1101] München 1992.
[1102] Nisters, a a, s 183 f. Jfr delavsnitt 3.4.7 ovan angående avvägningar.

(vilket riskerar att leda till orättfärdiga slut)[1103], dels godtycklig rättstillämpning (känslojustis), som undandrar sig rationell argumentation.[1104]

Beträffande dessa historiska omständighetsdiskussioner räcker det för denna avhandlings vidkommande att något studera den systematik, som Aristoteles utarbetade och som analyserades och vidareutvecklades av Thomas av Aquino.[1105] Det har också gjorts moderna försök att formulera omständighetslistor. I detta sammanhang kommer den lista, som presenteras av Nicholas Rescher i ”The Logic of Decision and Action”, att uppmärksammas.[1106]

Enligt Thomas uppställde Aristoteles följande lista över de kategorier, i vilka de för bedömandet av en handling relevanta omständigheterna kan indelas.[1107]
(Omständigheterna besvarar de frågor som ställs i ”kategorirubrikerna”.)
Vem?
Vad?
Beträffande vad?
I vad (vari)? med underkategorierna När? och Var?
Med vad?
Till vad (varför)?
Hur?

Listan kan jämföras med den lista som Rescher utarbetat och som uppenbarligen har inspirerats av Aristoteles kategorisering.[1108]

1. Agent (Who did it?)
2. Act-type (What did he do?)
3. Modality of Action (How did he do it?)
   a. *Modality of manner (In what manner did he do it?)*
   b. *Modality of means (By what means did he do it?)*
4. Setting of Action (In what context did he do it?)
   a. *Temporal aspect (When did he do it?)*
   b. *Spatial aspect (Where did he do it?)*
   c. *Circumstantial aspect (Under what circumstances did he do it?)*

[1103] Jfr Aristoteles, Nikomachiska etiken (s 153): *”Men då lagen sålunda är generellt avfattad och ett avvikande fall inträffar inom dess gebit, är det riktigt att korrigera bristen, i den mån lagstiftaren har övergivit oss och felat genom att förenkla saken. /…/ Det skäliga är mao av samma art som det rätta, fast det representerar en korrigering av lagen i den mån denna är bristfällig på grund av sin generella avfattning”*.

[1104] Nisters, a a, s 187. Jfr Holm (a a, s 67 ff) angående svensk 1900-talsdoktrins avvisande hållning mot en princip om ”bona fides”/”good faith”, bland annat med hänvisning till risken för godtycke eller känslojustis.

[1105] Aristoteles formulerade aldrig någon heltäckande handlingsteori, vilket däremot Thomas av Aquino gjorde. Nisters, a a, s 183 ff.

[1106] Hertford 1966. Listan kommenteras även av Nisters i a a, s 160 f.

[1107] Nisters, a a, s 163. Se även Nisters, a a, s 183 f. Jfr Gründel, a a, s 515.

[1108] Rescher, a a, s 215. Listan återges på originalspråket, engelska. Aristoteles lista återgavs i Nisters bok på tyska och på klassisk grekiska (Aristoteles modersmål), men eftersom jag inte behärskar det sistnämnda språket och det förstnämnda innebär att texten redan har översatts, synes det inte finnas någon poäng med att återge listan på något annat språk än svenska.

5. Rationale of Action (Why did he do it?)
    a. *Causality (What caused him to do it?)*
    b. *Finality (With what aim did he do it?)*
    c. *Intentionality (In what state of mind did he do it?)*

Aristoteles Vem? och Reschers Agent (1) motsvarar varandra fullständigt, liksom Vad? och Act-type (2). Innebörden av begreppen torde också vara uppenbara. Rescher påpekar att en handlingstyp kan ges olika grad av konkretion.[1109]

Vari? motsvaras av Setting of Action (4), om man tolkar Vari? såsom innebärande ”I vilket sammanhang?”, vilket förefaller vara en rimlig tolkning, med tanke på att underkategorierna När? och Var? helt sammanfaller med Reschers underkategorier. Rescher lägger dock till en tredje underkategori, som gäller under vilka omständigheter handlingen utfördes. Med tanke på att hela listan gäller de omständigheter som omger en handling, förefaller det som om det Rescher här kallar omständigheter (circumstances) snarast är en restpost, under vilken sådana omständigheter som inte passar in i någon av de övriga kategorierna kan sorteras in. Han menar att det handlar om att ge handlingen *”…a circumstantial setting fitting it among other things going on within its relevant environment”*.[1110] Det exempel han ger är att någon öppnade en burk soppa med en konservöppnare i köket igår eftermiddag medan radion spelade. I det fallet skulle det faktum att radion var påslagen betraktas som en ”circumstantial aspect”.

Med vad? i Aristoteles lista motsvaras av underkategorin Modality of means (3 b) i Reschers schema, medan Aristoteles Hur? motsvaras av huvudkategorin Modality of Action (3), där Rescher dock även introducerar underkategorin Modality of manner (3 a). Den sistnämnda gruppen omständigheter avser det sätt på vilket en handling utförs. Jones skakar hand med Smith – sker det snabbt eller långsamt, energiskt eller lojt, mjukt eller hårt?[1111] Underkategorin 3 b gäller vilka hjälpmedel som används för att utföra en handling. Hjälpmedlen kan för övrigt vara ”genus” (Han dödade mannen med *en* revolver) eller ”species” (Han dödade mannen med *den här* revolvern).[1112]

Aristoteles Varför? finner sin motsvarighet i Reschers Rationale of Action (5). Den sistnämnda har lagt till tre underkategorier, Causality (5 a), Finality (5 b) och Intentionality (5 c). Den första underkategorin besvarar ”varför-frågan” med hänvisning till omständigheter som ligger mer eller mindre utanför den

[1109] Rescher, a a, s 216. Han exemplifierar med att handlingstypen kan vara helt generell, t ex ”att öppna ett fönster”, eller mer preciserad ”att öppna det här fönstret”.
[1110] Rescher, a a, s 217.
[1111] Rescher, a a, s 216.
[1112] Rescher, a a, s 216.

handlandes kontroll, till exempel ”på grund av berusning”[1113] eller ”under inflytande av post-hypnotisk suggestion”.[1114] Det handlar således om orsak-verkan-samband av närmast naturvetenskaplig karaktär. Finality, däremot, handlar om vilka medvetna överväganden som låg bakom en handling, med vilket syfte den utfördes. Beroende på om vi uppfattar att en handling utfördes reflexmässigt eller medvetet, frivilligt eller ofrivilligt söker vi förklaringen till handlingen i (naturvetenskapliga) orsaker eller i medvetna överväganden.[1115] Intentionality, slutligen, behandlar Rescher inte närmare, men kategorin förefaller – att döma av hänvisningen till ”state of mind” – omfatta omständigheter som rör den handlandes sinnesbeskaffenhet vid tidpunkten för handlingen. Var han lugn eller panikslagen, glad eller rasande, pressad eller inte pressad?

Den viktigaste skillnaden mellan den aristotelisk-thomistiska och den rescherska listan har närmast att göra med anledningen till att listorna formulerats, det vill säga handlingens rationalitet, om man vill använda den analysmodell listorna själva erbjuder. Rescher vill med sin lista ge ett verktyg för att man skall kunna *beskriva* en handling och säger uttryckligen att han inte arbetar med *utvärdering* av handlingar.[1116] Thomas av Aquinos handlingsteori syftar däremot till att ge underlag för en bedömning av handlingar – är de goda eller onda, rätt eller fel?[1117] Denna skillnad i syfte mellan listornas upphovsmän torde dock inte påverka listornas användbarhet för denna avhandlings vidkommande. Båda listorna erbjuder en kategorisering av handlingsomständigheter och är till sin utformning mycket snarlika varandra. De är därför båda användbara i det följande. Det torde vara användaren som avgör om listorna skall brukas för normativa eller deskriptiva ändamål. Poängen med att göra den här typen av listor är, enligt Nisters, att få ett *”…Analyseraster, die helfen, Beobachtungsparzellen zu umgrenzen, innerhalb derer die Suche nach entscheidungsrelevanten Handlungsmomenten … geordnet vor sich gehen kann”* [1118] – således det som efterlystes i inledningen till detta delavsnitt.

[1113] Att en person försätter sig i berusningstillstånd ligger i många fall förvisso inte utanför hans kontroll, men det han gör under berusningen behöver inte vara kontrollerbart.
[1114] Rescher, a a, s 217.
[1115] Rescher, a a, s 217 f.
[1116] *”…I shall approach this question of What is an action? obliquely, from the angle of the question How is an action to be described*” (a a, s 215). *”Such issues relate to the evaluation of the action, not to its actual depiction. They are thus not a proper part of our survey of the descriptive elements of an action*” (a a, s 219). Det samlingsverk, där hans omständighetslista ingår, består i hög grad av filosofiska texter, som präglas av renodlad logisk analys, inte normativa överväganden.
[1117] Nisters, a a, s 161. Jfr även följande uttalande: *”Handlungsumstände sind dann relevant, wenn … ein Richter sie heranziehen muß, um seine Aufgabe gut zu erfüllen”* (a a, s 164). (*”Handlingsomständigheter är relevanta, när en domare måste använda dem, för att fullgöra sin uppgift på ett bra sätt.”*)
[1118] Nisters, a a, s 179 (*”…ett analysraster, som hjälper till att avgränsa beaktansvärda områden, inom vilka sökandet efter handlingsmoment, som är relevanta för ett avgörande, kan försiggå under ordnade former”*).

I den fortsatta framställningen kommer Reschers lista att användas som ”analysraster”, eftersom den, i vart fall på ytan, ger utrymme för något fler nyanseringar än dess antika/medeltida motsvarighet.

Gränsdragningen mellan de olika omständighetskategorierna är självfallet inte i varje detalj självklar. För omständighetslistans användbarhet spelar dock gränsdragningar ”på marginalen” mindre roll. I den mån det behövs, kommer gränsdragningsfrågor att nämnas i det följande.

6.2.1.2 En induktiv komplettering?

När detta är sagt, måste observeras att Aristoteles och Reschers listor syftar till att klassificera *handlings*omständigheter. Jag vill hävda att de därutöver fungerar väl för att klassificera omständigheter med anknytning till *händelser*. Om man granskar rekvisiten i 36 § 1 st avtalslagen (bortsett från oskälighetsrekvisitet), finner man att det endast är rekvisitet ”omständigheterna vid avtalets tillkomst”, som är tydligt inriktat på handlingar (parternas agerande i samband med avtalsslutet, till exempel förtigande av viktiga uppgifter och aggressivt uppträdande).

Rekvisitet ”senare inträffade förhållanden” kan enligt sin lydelse täcka parternas handlingar efter avtalsslutet, och typsituationen, då rekvisitet skall anses vara uppfyllt, är, såvitt framgår av förarbetena, att mer eller mindre oförutsedda händelser lett till att balansen mellan parternas prestationer har rubbats.[1119] Omständigheter med anknytning till parterna och deras handlingar kan härtill komma att beaktas vid bedömningen av en händelses betydelse (t ex om en av en negativ händelseutveckling drabbad part borde ha kunnat förutse händelseutvecklingen; frågan har att göra med omständighetsklassen ”Vem/är den handlande/?”). Det finns dock andra betydelsefulla omständigheter, som Reschers lista inte fångar in, exempelvis själva ekvivalensrubbningen (och den har rättslig relevans, som redan har konstaterats[1120]).

Den rescherska listans otillräcklighet blir än tydligare, när rekvisitet ”avtalets innehåll” skall studeras. Rekvisitet berör varken mänskligt handlande eller händelser, utan de villkor som återfinns i ett avtal. Betraktar man avtalet som en isolerad, språklig företeelse, har det ingen betydelse vem som ingick det eller varför det ingicks. Rekvisitet ”omständigheterna i övrigt” kan delvis gälla handlingar, men, enligt förarbetena, också omständigheter som parts egen praxis och relationen mellan olika avtal. Inte heller sådana omständigheter passar in i någon av Reschers kategorier.

Av detta följer att Reschers omständighetslista inte fångar in alla de slag av omständigheter som kan vara relevanta för tillämpningen av 36 § avtalslagen. Att

[1119] Se t ex Generalklausulutredningen, s 156 f.
[1120] Se delavsnitt 5.5.1.

försöka komplettera listan medför dock vissa principiella problem. Att introducera den rescherska listan i diskussionen om 36 § avtalslagen innebär ett deduktivt grepp. Listan innebär att en person har funderat över vilka omständigheter som, utifrån ett filosofiskt (inte minst logiskt) perspektiv, typiskt sett är av betydelse för att klassificera en handling. Jag introducerar listan för att få hjälp att strukturera diskussionen om enskilda fall, en diskussion som bland annat gäller vilka typer av omständigheter som är rättsligt relevanta vid prövningen av avtalsvillkor enligt 36 § avtalslagen. Det deduktiva introducerandet av listan måste följas av en induktiv prövning av om det finns rättsligt stöd för att tillmäta respektive omständighetstyp rättslig relevans vid en prövning enligt generalklausulen. (Ett annat syfte med att introducera listan är att testa om en sådan lista är ett bra hjälpmedel vid en sådan strukturering.)

Dock har jag inte funnit någon motsvarande lista, som kan introduceras på motsvarande deduktiva vis för att strukturera diskussionen om vilka omständigheter, som är relevanta för att bedöma om ett avtalsvillkor till följd av sitt innehåll är skäligt eller oskäligt. Om jag ändå vill arbeta med en omständighetslista även i det sammanhanget, ser jag ingen annan möjlighet än att utarbeta den själv. Den metod som är användbar för ett sådant arbete och som jag behärskar är induktionen. Jag skulle i så fall inventera rättskällorna, för att se vilka omständigheter som typiskt sett tillmäts betydelse vid klassificeringen av ett avtals innehåll. Det vore uppenbarligen en helt annan sak än att introducera Reschers lista. Redan i utarbetandet av listan skulle jag vara tvungen att strukturera de förekommande omständigheterna i grupper och genom att föra upp en omständighetstyp på en genom induktion sammansatt lista, skulle jag ha slagit fast att omständigheten är rättsligt relevant. Det, som den rescherska listan skall leda fram till, vore en induktiv lista i stället en slutprodukt av.

Jag har valt att inte utarbeta någon omständighetslista, som tar upp omständigheter med anknytning till exempelvis rekvisitet avtalets innehåll. I stället har jag nöjt mig med att redan nu identifiera två omständighetstyper, som Reschers lista inte tar upp, men som uppenbarligen – på induktiv grund – kan konstateras vara av betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen. Jag har valt att kalla dem avtalsbalansen respektive systematiska hänsyn. Avtalsbalansen gäller relationen mellan parternas prestationer samt relationen mellan deras rättigheter och skyldigheter i övrigt enligt avtalet. Det finns tydligt stöd i både förarbeten, praxis och den normativa etiken för att tillmäta sådana omständigheter relevans i detta sammanhang. Systematiska hänsyn gäller i synnerhet sådana omständigheter, som nämns i förarbetena och som närmast blir att hänföra till rekvisitet omständigheterna i övrigt, till exempel partspraxis, relationen mellan avtal och relationen mellan generalklausulen och annan lagstiftning.[1121]

[1121] Se t ex prop 1975/76:81, s 119 ff, 129 ff.

6.2.2 De enskilda omständigheternas innebörd och rättsliga relevans

6.2.2.1 Inledning

Den rescherska omständighetslistan med mina kompletteringar kommer som sagt att användas för att strukturera den följande diskussionen om olika enskilda fall. Innan den kan komma till användning måste dock de enskilda omständigheternas innebörd närmare definieras och omständigheternas rättsliga relevans för tillämpningen av 36 § avtalslagen något diskuteras. (Rescher anser att vissa omständigheter typiskt sett är relevanta, när handlingar skall klassificeras. Är dessa omständigheter även rättsligt relevanta, när man skall klassificera avtalsvillkor som oskäliga respektive icke oskäliga med stöd av 36 § avtalslagen?) Behandlingen av de olika fallen kommer att leda till en fördjupning av diskussionen om omständigheternas innebörd och relevans, men det torde vara av värde att ge några ingångsvärden redan här.

Diskussionen om de rescherska omständigheternas innebörd och relevans kommer att föras mot bakgrund av förarbeten, praxis och doktrin, men även etiska resonemang utan direkt stöd i sagda rättskällor kommer att förekomma.

I svensk översättning ser Reschers omständighetslista med mina kompletteringar ut på följande sätt.[1122] Dessa omständigheter kommer att behandlas nedan i tur och ordning.

1. Handlande (Vem gjorde det?)
2. Handlingstyp (Vad gjorde han?)
3. Handlingssätt (Hur gjorde han det?)

a. Handlingssätt (På vilket sätt gjorde han det?)
b. Hjälpmedel (Med vilka hjälpmedel gjorde han det?)

4. Handlingens omgivning (I vilket sammanhang gjorde han det?)
    a. Tidsaspekt (När gjorde han det?)
    b. Rumsaspekt (Var gjorde han det?)
    c. Omständighetsaspekt (Under vilka omständigheter gjorde han det?)
5. Handlingens rationalitet (Varför gjorde han det?)

a. *Kausalitet (Vad förorsakade att han gjorde det?)*
b. Syfte (Med vilket syfte gjorde han det?)
c. Intentionalitet (I vilken sinnesstämning gjorde han det?)

6.2.2.2 Vem gjorde det?

Att det typiskt sett har betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen vilka parterna är kan sägas vara helt uppenbart. Det framgår redan av lagtexten (2 st) att man ska ta särskild hänsyn till den som *”…i egenskap av konsument eller*

[1122] Jag har valt att här översätta listan till svenska. Eftersom översättningen är tämligen okomplicerad, fyller det inget värde att använda den engelska originalversionen mer än i det avsnitt där listan introduceras.

eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet".[1123] I förarbetena betonas dock att paragrafen är tillämplig även på avtal mellan näringsidkare respektive på avtal mellan privatpersoner. I båda dessa situationer kan det vara så att en part har ett övertag över medkontrahenten, vilken därmed omfattas av formuleringen "eller eljest…" i andra stycket.[1124] Det finns i och för sig argument mot att låta "vem-frågan" ha betydelse för avgörandet av enskilda fall. Man kan, med hänvisning till exempelvis vigilansprincipen, hävda att var och en har ansvar för att inte ge sig in i situationer han inte klarar av att hantera och att den som ändå gör det inte är skyddsvärd, men med tanke på lagtextens i detta avseende tydliga utformning, finns det inte utrymme för sådana invändningar. Lagen säger att det har betydelse vilka parterna är och då får man rätta sig efter det.

I detta sammanhang kan det vara av värde att något närmare diskutera vilka kännetecken hos en person, som är relevanta när man tar ställning till personens relativa förmåga att hävda sig i en viss avtalsförhandling och det därpå följande avtalsförhållandet. (Det bör framhållas att det är just den relativa förmågan som är aktuell[1125]; jämför lagtextens utformning (min markering): "*…en underlägsen ställning* ***i avtalsförhållandet***". En person eller ett företag, som allmänt eller objektivt sett skulle beskrivas som "starkt", kan i en viss situation komma i underläge. Självfallet kan det bero på att medkontrahenten allmänt sett är ännu "starkare", men det kan också ha sin grund i exempelvis att medkontrahenten har ett informationsövertag i en viss fråga.)

När det gäller enskilda personers respektive företags förmåga att hävda sig i en avtalsförhandling, kan man, anser jag, urskilja ett antal egenskaper eller faktorer som skulle kunna vara av betydelse. De återges i en lista strax nedan. En del av dem nämns i förarbetena, en del nämns i praxis, en del har, såvitt jag kunnat finna, inte tidigare nämnts i detta sammanhang. I avsaknad av uttryckligt rättskällestöd för vissa egenskapers eller faktorers relevans, kan denna självfallet ifrågasättas. Frågan blir då med vilka argument relevansen kan motiveras. Relevansen diskuteras för var och en av faktorerna omedelbart efter listan nedan.

[1123] Se även von Post, som i kapitel 6 (a a, s 109 ff) behandlar begreppet "underlägsen ställning", särskilt med avseende på skydd för småföretagare.
[1124] Se prop 1975/76:81, s 105.
[1125] Jfr von Post, a a, s 110; Bernitz, Ulf, Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 119. Bernitz använder begreppet *"småföretagarförhållande"* för att beskriva situationen att ett företag befinner sig i underlägsen ställning i ett avtalsförhållande *"…till följd av en påtaglig diskrepans mellan parternas ekonomiska storlek och styrka"*.

En enskilds personliga egenskaper[1126]
- Ålder
- Kön
- Hälsotillstånd
- Tillgång till ekonomiska resurser
- Kompetens (utbildning, livserfarenhet, intellektuell förmåga, kunskaper i övrigt)
- Beroende (av medkontrahenten)
- Social position

Ett företags "egenskaper" (behandlas nedan tillsammans med personliga egenskaper)[1127]
- Kompetens (hos personalen)
- Tillgång till ekonomiska resurser
- Beroende (av medkontrahenten)
- Marknadsposition

Situationsberoende omständigheter (som kan avse både privatpersoner och företag)
- Tillgång till relevant information
- Erfarenhet av den aktuella situationen
- Tillgång till av motparten oberoende rådgivning

Ålder

Frågan om betydelsen av ålder gäller väl i första hand om hög respektive låg ålder skall anses vara en egenskap, som kan tala för att en person bör anses befinna sig i underlägsen ställning.

[1126] Jfr uppräkningen av omständigheter som kan betinga skillnader i olika personers civilrättsliga ställning i Wilhelmsson, Thomas, Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Helsingfors 1987, s 54 (Wilhelmsson citerar där Kivimäki-Ylöstalo): egenskapen att vara utlänning, kön, stånd eller börd (inom barnrätten), religion och ras (vilka dock sägs numera inte ha civilrättslig betydelse), god frejd (min kommentar: god frejd torde i detta sammanhang betyda officiellt vitsordad – i s k frejdbetyg – medborgerlig aktning; i Sverige borttogs god frejd som förutsättning för vissa rättigheters eller förmåners åtnjutande år 1918, men i Kivimäkis-Ylöstalos hemland, Finland, lär sådana bestämmelser fortfarande finnas kvar; se Svenska akademiens ordbok, www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad 2004-05-06), hälsa, förmögenhetsställning, skyldskapsförhållande (dvs släktskap genom härkomst eller börd, ej genom giftermål eller svågerlag; min kommentar), yrke och hemvist. Jfr även Wilhelmsson, Thomas, Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law, Dordrecht 1992, s 93, där han nämner *"technical knowledge, trade or profession, property status, social class, sex"* som variabler som gäller personliga karaktäristika hos de personer, vilkas relationer skall bedömas. Jfr vidare Hillman, Robert A, The Richness of Contract Law. An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law, Dordrecht 1997, s 142.

[1127] För tydlighetens skull bör anmärkas att Wilhelmsson inte diskuterar företags "egenskaper" (jfr föregående not).

Beträffande låg ålder innebär bestämmelsen i FB 9 kap 1 § att den som inte har fyllt 18 år inte får ingå avtal (annat än i vissa särskilt angivna undantagsfall). Detta är en regel som får anses vara uppställd för att skydda unga människor, vilket torde innebära att lagstiftaren typiskt sett anser att unga människor har begränsad förmåga att tillvarata sina egna intressen.[1128] Med tanke på att människor utvecklas gradvis och att en person som är 17 år och 11 månader sannolikt inte hinner förändras på något genomgripande sätt tills personen blivit 18 år och 1 dag, förefaller det rimligt att tänka sig att även personer som är 18 år eller strax däröver bör kunna åberopa sin låga ålder som en omständighet som tyder på att de befunnit sig i underlägsen ställning i en avtalsförhandling.

När det handlar om just egenskapen ålder, bör det vara så att den underlägsna ställningen beror på bristande *mognad*, när det gäller omdöme och andra intellektuella förmågor, samt bristande allmän *livserfarenhet*. Den som är mogen i ett visst hänseende är i detta hänseende fullt eller väl utvecklad och det är något som kräver tid, på samma sätt som det kräver tid att skaffa sig erfarenhet.[1129] Talar vi om egenskaper som omdöme, mognar de inte enbart genom biologisk utveckling, utan också – och kanske i än högre grad – genom att individen nödgas hantera de olika situationer som livet placerar honom i.[1130]

Man kan härutöver möjligen presumera att unga människor i vissa fall har bristande kunskaper, men det är inte givet, vilket motiverar att kunskap behandlas som en särskild egenskap vid sidan av ålder i uppräkningen ovan. Det kan vara så att unga människor har aktuell kunskap på områden, där äldre personer inte ”följt med i utvecklingen”. Man kan eventuellt också presumera att ungdomar vanligen inte har hunnit skaffa sig ”situationsrelevant” erfarenhet (se listan ovan), men det kan också vara så att en viss ung person har betydande erfarenhet av just det som avtalsförhandlingen gäller.

Det just sagda illustrerar det uppenbara faktum att människor – även unga människor – i hög grad är olika och att en egenskap som ålder i vissa fall kan säga ganska lite om en viss persons förmåga att tillvarata sina intressen i en förhandlingssituation. Faktisk kunskap och intellektuell förmåga hänger bara delvis ihop med ålder. Grad av mognad och livserfarenhet har dock en tydlig koppling till ålder, varför egenskapen ålder trots allt bör beaktas, låt vara med den reservationen att också graden av mognad uppenbarligen varierar kraftigt mellan olika individer av samma ålder.

[1128] Jfr diskussionen om den mogna viljan i delavsnitt 4.3.2.4.
[1129] Jfr Svenska Akademiens ordbok, www.svenskaakademien.se, senast kontrollerad avseende detta uppslagsord 2004-05-05.
[1130] Jfr Aristoteles i Nikomachiska etiken (s 49): *”…den intellektuella dugligheten [har] huvudsakligast undervisningen att tacka för sin uppkomst och utveckling, varför den förutsätter erfarenhet och tid, medan den moraliska dygden uppstår på grund av vana…”* (vilket också förutsätter tid, min kommentar).

Vad beträffar hög ålder, åberopades det i NJA 1981 C122 som en egenskap som skulle tala för att underlägsen ställning förelåg – dock utan framgång. På samma sätt som beträffande låg ålder är hög ålder en egenskap som kan säga ganska lite om en persons faktiska förmåga att tillvarata sina intressen. Vad man vill fånga in med att lyfta fram egenskapen hög ålder är rimligen sådana åldersförändringar som gör att intellektet fungerar sämre än det gör för yngre människor och som därför kan påverka förhandlingsskicklighet och liknande.[1131] Det man kan säga är väl att hög ålder innebär en viss presumtion för att sådana åldersförändringar föreligger, men man måste rimligen i varje enskilt fall bedöma om den presumtionen stämmer eller inte. Mot den bakgrunden förefaller det vara mera korrekt att säga att det är egenskapen intellektuell förmåga som är intressant än att det är den höga åldern i sig som är avgörande. I motsats till vad som gäller sambandet mellan låg ålder och bristande mognad, kan man knappast säga att avsaknaden av någon egenskap med nödvändighet är sammankopplad med hög ålder.[1132]

Detta sistnämnda kan illustreras av ett engelskt rättsfall från 1978. En aristokratisk godsägare hade på ålderns höst givit generösa gåvor till vänner och hjälpare. Bland annat hade han upplåtit jakträttigheterna på godset på 99 år till en bilverkstadsägare som blivit hans vän. Hans arvingar ville få avtalet om jakträttigheterna ogiltigförklarat med hänvisning till den läran om undue influence (”otillbörligt inflytande”)[1133], men domstolen sade: *”…the donor was even in old age a strong-minded and independent person. /…/ Eccentric as he may have been, the donor was in the habit of making his own decisions. Neither*

[1131] Avtalslagskommittén (a a, s 134) nämner att 33 § AvtL kan bli tillämplig, om en person till följd av *”ålderdomssvaghet”* har varit ur stånd att bedöma en rättshandlings innebörd och följder. Därmed åsyftas rimligen det jag ovan söker beskriva. Jfr Grönfors, a a, s 208 f.

[1132] Ett äldre rättsfall med brokigt persongalleri, där hög ålder hos den rättshandlande inte medförde att rättshandlingen (ett borgensåtagande) ansågs ogiltig, är NJA 1889 s 429. En 87-årig änka, Andersdotter, hade år 1885 ingått en borgensförbindelse för en redovisningsfordran som en Johansdotter hade på Andersdotters gode man, Bengtsson (vilken tillika var Johansdotters förmyndare). Efter att Bengtsson avlidit och hans dödsbo försatts i konkurs, bestred Andersdotters förmyndare, Larsson (som utsågs 1887), att änkan var skyldig att infria sitt borgensåtagande, eftersom hon när hon åtog sig det *”vore på grund af sin höga ålder svag”*. När Bengtsson redogjorde för borgensåtagandets innebörd för de två som bevittnade borgenshandlingen, vände han sig, enligt Larsson, inte till änkan, *”…hvilken ’barnslig och underlåten’ varit längre ned i stugan och icke lyssnat till Bengtssons framställning”*. Häradsrätten fann att den som åberopade borgensåtagandet, Johansdotters nye förmyndare Andersson, inte förmått styrka att änkan varit vid *”…fullt förstånd och redig sinnesförfattning…”*, när hon undertecknade handlingen, och fann den därför ogiltig, medan hovrätten, vars dom fastställdes av HD, menade att Larsson inte förmått styrka att Andersdotter *”…skulle hafva i följd av ålderdomssvaghet saknat förståndets bruk…”*, varför borgensåtagandet upprätthölls. Larssons sak synes således ha fallit på en bevisfråga, inte på en rättsfråga. Domstolarna ansåg i princip att den som till följd av ålderdomssvaghet – eller, får man väl anta, något annat skäl – inte har förmågan att förstå innebörden av en rättshandling inte heller skall vara bunden av rättshandlingen. Däremot tycks domstolarna inte presumera att ens en person som är närmare 90 år gammal är ålderdomssvag, utan kräver att det skall styrkas i det enskilda fallet. Man kan också fundera över i hur hög grad ålderdomssvagheten skall ha påverkat omdömet, för att befrielse från en förpliktelse skall medges. I detta äldre rättsfall synes kravet ha ställts tämligen högt.

[1133] Jfr Krüger om ”utilbørlig utnyttelse” (a a, s 618 f).

his age nor his relationship with the defendant impaired his capacity to make his own choices or to manage his own affairs".[1134]

Kön

Utan att ge mig in i en djupgående genusdiskussion, noterar jag att många hävdar att det finns skillnader mellan hur män typiskt sett beter sig och hur kvinnor typiskt sett beter sig, till exempel i en förhandlingssituation. Män sägs vara mer aggressiva och inriktade på konfrontation och tävling, medan kvinnor sägs vara mer samarbets- och samförståndsinriktade.[1135] Det skulle kunna tala för att mannen, vid en förhandling mellan en ”typisk man” och en ”typisk kvinna”, kan få ett övertag, om han utnyttjar dels sitt aggressiva förhandlingssätt, dels kvinnans strävan efter samförstånd.

Å andra sidan är det i detta sammanhang, måhända i än högre grad än när det gäller ålder, befogat att betona vikten av att göra en bedömning av parternas agerande i det enskilda fallet. Det finns många kvinnor och många män som inte agerar i enlighet med de gjorda beskrivningarna, varför det förefaller vara väl långtgående att hävda att egenskapen att vara kvinna i en förhandling med en man innebär att kvinnan skall presumeras inta en underlägsen ställning i förhandlingen.

Hälsotillstånd

Att hävda att en person med försvagad fysisk eller psykisk hälsa kan ha svårare än en frisk person att tillvarata sina intressen är knappast kontroversiellt.[1136] När det gäller psykiska störningar finns som bekant särskild lagstiftning till skydd för den störde[1137] och i Avtalslagskommitténs betänkande nämns att 33 § avtalslagen kan bli tillämplig om någon till följd av kroppslig sjukdom inte kunnat bedöma en rättshandlings innebörd och följder.[1138]

I bland annat engelsk rätt finns exempel på att försvagat hälsotillstånd hos en rättshandlande ansetts tala mot att rättshandlingen är bindande för vederbörande.

[1134] Birks/Nyuk Yin, a a, s 70 f.
[1135] I avsnittet Feminist contract law i Hillman, a a, s 156 ff, diskuteras bl a skillnader mellan män och kvinnor när det gäller synen på hur avtalsrättsliga problem bör lösas. Enligt en uppfattning (a a, s 157) är män mer inriktade på abstraktion och objektivitet (”hårda normer”), medan kvinnor snarare söker anpassning till det enskilda fallets omständigheter (”mjuka normer”). Denna skillnad mellan ”hårda” och ”mjuka” normer skulle, om den är korrekt, kunna ses som ett utflöde av skillnaden mellan konfrontationsinriktning och samarbetsinriktning som nämns ovan. Med tanke på att kvinnan Trine-Lise Wilhelmsens skrift om 36 § avtalslagen främst innehåller en plädering för abstrakta och objektiva normer av rättsekonomiskt slag, medan mannen Thomas Wilhelmsson i Social avtalsrätt och andra verk efterlyser anpassning till omständigheterna i enskilda fall, ser man dock att skillnaderna i synsätt långt ifrån alltid följer ”könsgränserna”.
[1136] Jfr Wilhemsson, Social avtalsrätt, bl a s 185, där han refererar till Taxell och Hellner, och s 194.
[1137] I första hand lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning. Jfr Adlercreutz, a a, s 242 f.
[1138] Avtalslagskommittén, s 134. Jfr Grönfors, a a, s 208 f.

En professor i rättsmedicin led av en elakartad hjärntumör och överförde betydande egendom till sin tredje hustru under de sista månaderna av sitt liv. I ett fall rörande ”undue influence” konstaterade rätten att sådant inflytande kunde presumeras, med hänvisning till *”…the professor’s diminishing mental capacity due to the progress of the tumour, his intense anxiety to be cared for at home and not in hospital, and his absolute dependence on his wife for all his needs*”.[1139]

Liksom när det gäller faktorn ålder, torde en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet vara nödvändig även när det gäller att bedöma betydelsen för avtalsbundenheten av faktorn hälsotillstånd. (Faktorn hög ålder och faktorn hälsotillstånd är för övrigt uppenbarligen nära sammankopplade.) Det förefaller dock inte orimligt att presumera att en persons omdömesförmåga är nedsatt, om han lider av en sjukdom som medför kraftigt nedsatt allmäntillstånd, svåra smärtor, dödsångest eller liknande effekter.

Till faktorn hälsotillstånd kan man möjligen hänföra även tillfälliga, av biologiska faktorer orsakade, nedsättningar i omdömesförmågan, till exempel påverkan av alkohol, andra droger eller läkemedel. Rättshandling, företagen i berusat tillstånd kan, enligt Avtalslagskommittén, angripas med stöd av 33 § AvtL.[1140]

Tillgång till ekonomiska resurser

Avsaknad av eller riklig tillgång till ekonomiska resurser kan utgöra ett annat exempel på en egenskap hos en person eller ett företag som gör att vederbörande anses befinna sig i underläge respektive överläge i en avtalsförhandling. Wilhelmsson nämner ringa ekonomisk styrka som ett exempel på vad som kan göra att parts förmåga att tillvarata sina intressen i en avtalsförhandling är svag.[1141]

Själv lutar jag snarare åt att det inte är tillgången till ekonomiska resurser i sig som är av betydelse, utan hur man valt att använda dem. Visserligen kan man tänka sig att en förhandlingsparts blotta vetskap om att medkontrahenten har mycket mer pengar än han själv kan verka avskräckande. Den mindre bemedlade parten kan ha velat kräva mer i förhandlingen, men avstått exempelvis för att

---

[1139] Birks/Nyuk Yin, a a, s 71.
[1140] Avtalslagskommittén, s 134. Jfr Grönfors, a a, s 208 f. Från äldre rättspraxis kan nämnas två rättsfall, där personer velat frånträda avtal om försäljning av fast egendom med hänvisning till att de var berusade, när köpeavtalen ingicks. I NJA 1887 s 65 ogiltigförklarades avtalet *(”…det vore utredt och styrkt, att Brodin och Persson … vid afslutandet af försäljning till Westman … icke varit nyktra…”*), medan utgången blev den motsatta i NJA 1910 s 133 *(”…genom den i saken förebragta bevisning måste anses utredt, att Pettersson vid det tillfälle, då ifrågavarande afhandling … upprättades, varit vid sådan sinnesbeskaffenhet, att han kunnat ingå bindande aftal…”*). I båda fallen var således bevisfrågan avgörande, medan rättsfrågan synes klar – påverkas omdömet vid ett avtals ingående kraftigt av berusning är avtalet inte gällande. Vad som kan diskuteras är i hur hög grad omdömet måste vara nedsatt.
[1141] Wilhelmsson, Social avtalsrätt, s 131.

medkontrahenten har större ekonomisk uthållighet eller resurser nog att skada vederbörande, t ex genom att starta konkurrerande verksamhet. Det förefaller dock rimligt att anta att det som är avgörande i själva förhandlingssituationen snarare är kompetens och beroende än mängden pengar (se vidare nedan).[1142]

Dock kan i vissa fall ett ekonomiskt övertag respektive underläge i sig vara av betydelse. HD har i flera fall angående skiljeklausuler anfört att sådana kan göra att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin sak opartiskt prövad, eftersom skiljeförfaranden kan vara kostsamma, och bland annat därför funnit skiljeklausulerna oskäliga.[1143]

Kompetens

Egenskaper som utbildning, erfarenhet, intellektuell förmåga och kunskaper i övrigt skulle, oavsett om egenskaperna innehas av människor i deras egenskap av privatpersoner eller i deras egenskap av företrädare för en organisation (ett företag, en myndighet etc), kunna sammanfattas med hjälp av begreppet kompetens.[1144] När HD i NJA 1983 s 332, som gällde tillämpningen av 36 § avtalslagen på ett borgensåtagande[1145], säger att banken i fallet intog en överlägsen ställning i förhållande till en klädimportör, preciserar HD inte närmare varför så anses vara fallet, men rimligen måste en viktig del vara bankens relativt importören större kompetens när det gäller rättsliga och ekonomiska frågor. I NJA 1979 s 666 säger HD uttryckligen att den ena parten var *”…oerfaren i fråga om handelsavtal av denna art”*, medan medkontrahenten var ett företag *”…med stor erfarenhet i affärsförhållanden…”*.[1146]

I en del sammanhang anförs att man bör ställa större krav på näringsidkare än på privatpersoner, men det avgörande bör, enligt min mening, inte vara om en person är näringsidkare eller inte, utan hur mycket en person kan om affärer. På samma sätt kan det avgörande knappast vara om en person eller ett företag har gott om pengar, utan om vederbörande använt dessa pengar till att skaffa sig

---

[1142] NJA 1986 s 388 skulle kunna ses som ett stöd för denna ståndpunkt. I en tvist mellan Södra skogsägarna och en tidigare anställd, anförde den sistnämnde att han hade intagit en ekonomiskt underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Det är uppenbart att Södra hade betydligt större ekonomiska resurser än den anställde, men HD ansåg inte att detta i sig gjorde att den sistnämnde befann sig i en relevant underlägsen ställning, varvid HD bl a anförde att han hade företrätts av advokat i avtalsförhandlingarna. Det tyder klart på att HD har tillmätt den anställdes juridiska kompetens (inklusive ”inhyrd” kompetens i form av advokathjälp) väsentligt större betydelse än hans ekonomiska resurser. Fallet berörs även nedan. Jfr även NJA 1979 s 483, där det faktum att det ena inblandade företaget var väsentligt större än det andra inte, enligt HD, i sig innebar *”…något belägg för att parten* (dvs det mindre företaget, min kommentar) *intar en underlägsen ställning”*.

[1143] Se t ex NJA 1979 s 666, där det framhålls att köparen *”…hade begränsade ekonomiska möjligheter…”*. Dock anförde HD även andra omständigheter som gjorde klausulen i fallet oskälig. Se vidare nedan. Se angående fallet även von Post, a a, s 310 f med vidare hänvisningar. Jfr även angående skiljeklausuler SOU 1974:81 s 188 ff.

[1144] Hultmark (a a, s 71) påpekar att inte bara en parts förmåga att inhämta information, utan också hans förmåga att sammanställa och värdera densamma kan vara av betydelse.

[1145] Fallet diskuteras i delavsnitt 3.5.5.4. Se även von Post, a a, s 312 f med vidare hänvisningar.

[1146] Se angående fallet von Post, a a, s 310 f med vidare hänvisningar.

överlägsen kompetens på för den ifrågavarande avtalsrelationen relevanta områden. Vårdslöst uttryckt: vid en förhandling mellan en obegåvad miljonär och ett fattigt affärsgeni är det inte lätt att se varför miljonären självklart skulle anses vara den överlägsna parten.[1147]

Å andra sidan säger HD i NJA 1999 s 408, som gällde om två personer skulle tvingas infria ett borgensåtagande de gjort beträffande tämligen stora lån till sitt eget företag, att *"…de båda var småföretagare med begränsade tillgångar och i den egenskapen intog en i förhållande till banken underlägsen ställning när borgensavtalen slöts"*, vilket skulle kunna tyda på att HD anser att redan det faktum att personerna i fråga hade begränsade tillgångar gjorde att de befann sig i underlägsen ställning. Ytligt sett är det också lätt att betrakta saken på det sättet, men jag vill nog ändå hävda att det är en lite ovarsam användning av begreppen. Snarare bör man, menar jag, se det som att en person eller ett företag med begränsade tillgångar kan *presumeras* befinna sig i ett kompetensmässigt underläge – eventuellt också i en beroende ställning; se vidare nedan – och därmed *presumeras* vara i underlägsen ställning gentemot en medkontrahent med större ekonomiska resurser. Denna presumtion måste dock kunna brytas med hänvisning till omständigheterna i det enskilda fallet.[1148] [1149]

Beroende och marknadsposition

Ett annat viktigt faktum, när det gäller om någon befinner sig i en underlägsen respektive överlägsen ställning i ett avtalsförhållande, har att göra med beroendeförhållanden. Är någon part beroende av medkontrahenten ekonomiskt, affärsmässigt eller varför inte känslomässigt?

Man kan dock diskutera om beroende är en egenskap hos den handlande, och därför bör behandlas som en del av svaret på ”vem-frågan”, eller om det är en del av handlingens rationalitet och bör behandlas när man besvarar ”varför-frågan”. Det ligger nog sanningen ganska nära att hävda att båda synsätten är lika rimliga. Jag har valt att behandla beroende här.

Att beroendeförhållanden bör beaktas i avtalsrättsliga sammanhang framgår redan av lagtexten i 31 § avtalslagen, där ocker definieras som bl a utnyttjande av någons beroende ställning. Avtalslagskommittén nämner som exempel på en

---

[1147] Jag inser att mitt exempel möjligen kan uppfattas som orealistiskt. Om nu den fattige är ett affärsgeni, varför är han då fattig? Och hur kan en obegåvad person ha blivit miljonär? Låt oss därför säga att miljonären har ärvt sina pengar eller vunnit dem på Lotto, medan affärsgeniet befinner sig alldeles i början av en lysande karriär.

[1148] Det finns för övrigt ett exempel på att avtal har jämkats i en skiljedom, trots att båda parter hade *"…tillgång till ypperstа resurser av såväl juridisk-teknisk som ekonomisk natur"*. Parterna var en bank och en kreditförsäkringsgivare. Fallet kommenteras av Kleineman i Skäliga och oskäliga villkor i avtal mellan näringsidkare – en skiljedom om kreditgivares rätt till riskfördelning, JT 1993-94, s 56 8 ff.

[1149] Se Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, s 239, angående jämkning när parterna är jämbördiga (jfr not 1143).

ockersituation att den som har ansvar för uppfostran och utbildning av en person missbrukar detta förtroendeförhållande.[1150]

När det gäller missbruk av personliga beroendeförhållanden kan även nämnas ett australiensiskt rättsfall om en advokat som under sju år hyste en stark men obesvarad kärlek till en kvinna. Hon utnyttjade hans känslor i syfte att tillskansa sig betydande ekonomiska förmåner, varför domstolen fann överlåtelseavtalet avseende ett hus hon fick av mannen vara en oskälig affär.[1151]

I det här sammanhanget skall vidare nämnas den engelska läran om undue influence. Läran innehåller en presumtionsregel, som innebär att om en person kan visas vara på visst sätt beroende av någon annan och ett avtal ingås mellan dessa personer, så presumeras otillbörligt inflytande ha förekommit vid avtalsslutet, om avtalet är till nackdel för den beroende parten.[1152] Det har även i engelsk doktrin formulerats förteckningar över olika relationstyper, där sådant beroende presumeras föreligga. Svensk rätt har knappast något behov av läran av undue influence i sig – 36 § avtalslagen ger möjlighet till jämkning vid mindre allvarliga beroendeförhållanden än läran gör – men de engelska tankarna om relationer, som typiskt sett innebär beroende och därmed risk för missbruk av detta beroende, förtjänar att noteras.

En i engelsk doktrin presenterad lista upptar följande relationer, där man bör presumera att otillbörligt inflytande föreligger[1153] (utan rangordning):
- Förälder/minderårigt barn
- Förälder/svårt sjukt vuxet barn
- Advokat/klient
- Läkare/patient
- Andlig rådgivare (religiös ledare)/”lärjungar”
- Förvaltare (av viss egendom)/förmånstagare (den för vars räkning förvaltningen sker)
- Förmyndare/myndling
- Styvförälder/styvbarn
- Manager/ung artist

Listan är inte avsedd att vara uttömmande. Det har i praxis utpekats ytterligare ”riskrelationer”, till exempel den mellan ekonomisk rådgivare och klient och (möjligen) make/maka och svårt sjuk make/maka.[1154]

[1150] Avtalslagskommittén, a a, s 130 f.
[1151] Birks/Nyuk Yin, a a, s 96.
[1152] För att sådan presumtion skall föreligga förutsätts att den ena parten litar på råd eller vägledning från den andre, vilken är medveten om detta förtroende. Vidare förutsätts att den sistnämnde har ett eget intresse i att avtalet i fråga ingås samt att relationen mellan parterna är sådan att inflytande typiskt sett växer fram till följd av den. Se Cooke/Oughton, a a, s 390.
[1153] Birks/Nyuk Yin, a a, s 68 not 44 återger en lista ur Goff & Jones, The Law of Restitution, 4 uppl, 1993, s 278 f. Se även Whincup, a a, s 250 som talar om juridiska, medicinska, finansiella och religiösa rådgivare. Cooke/Oughton nämner förälder/barn, religiös rådgivare/”lärjunge”, doktor/patient samt advokat/klient (a a, s 389 f).

Enligt min uppfattning förefaller samtliga de relationer, som här räknas upp, vara exempel på förhållanden där beroende och förtroende kan uppkomma och vid transaktioner mellan parter av dessa slag föreligger därför en risk för utnyttjande av den nära relationen. Å andra sidan är jag tveksam till att uppställa en presumtionsregel motsvarande den engelska. Relationen mellan en advokat och en klient kan förvisso vara förtrolig, men kan också vara rent affärsmässig. Relationen mellan styvförälder och styvbarn kan förvisso vara nära, men kan också vara fylld av konflikter och allt annat än förtroende. Det förefaller därför rimligt att beakta den enskilda relationens kännetecken och inte formulera en presumtionsregel.

För att återknyta till diskussionen strax ovan om ekonomiska resurser och kompetens, anförs där att kompetens och beroende rimligen bör anses mer avgörande för förekomsten av under- respektive överlägsen ställning än mängden pengar hos parterna, låt vara att det torde föreligga ett nära samband mellan brist på ekonomiska resurser och uppkomsten av beroendeförhållanden. Med beroenderelationer i affärssammanhang kan till exempel avses avtalsförhandlingar av ”take it or leave it-karaktär”, där den ena parten uppställer vissa krav, som medkontrahenten måste godtaga för att avtalet skall bli av. Det står visserligen medkontrahenten fritt att inte ingå avtalet, men om vederbörande vill ha det avtalet gäller har han inget val.

Utan att ha gjort någon empirisk studie, vågar jag påstå att vid avtal med stora företag, som har många kunder/leverantörer och tillämpar standardavtal, är förhandlingsutrymmet för en enskild kund/leverantör vanligen högst begränsat. För att anknyta till det ovan använda begreppet marknadsposition, vågar jag också påstå att även övriga företag i branschen – i den mån det finns sådana – ofta tillämpar liknande standardavtal, varför det ofta inte är något alternativ att vända sig till någon annan. Därmed blir kundens/leverantörens marknadsposition svag. I sådana situationer får man anse att det ”stora företagets” kunder/leverantörer till följd av beroendeförhållandet kan presumeras inta en underlägsen ställning i förhållande till sin medkontrahent.[1155] Om speciella omständigheter föreligger bör man väl inte helt utesluta möjligheten att presumtionen kan brytas i ett enskilt fall, men det är sannolikt mycket svårt.

När detta är sagt, bör dock framhållas att enbart det faktum att en viss aktör är ett stort företag, som förelägger potentiella avtalsparter ett standardavtal och säger ”take it or leave it”, inte ensamt kan anses konstituera en överlägsen ställning i avtalsförhållandet, enligt min mening. Man bör också beakta marknadsförutsättningarna. Borgensförbindelsen, som dikterades av banken i NJA 1983 s 332, användes, enligt Svenska Bankföreningens yttrande i målet,

---

[1154] Se delavsnitt 5.2.3 med hänvisning till Birks/Nyuk Yin, a a, s 69 f resp s 71 f.

[1155] Jfr NJA 1979 s 666, där HD, som argument för att en näringsidkare i egenskap av köpare ansågs inta en underlägsen ställning i avtalsförhållandet, anförde att *”G var vidare angelägen om att erhålla de beställda varorna och hade inte något annat svenskt företag att vända sig till”*.

inte av någon annan medlemsbank än den i målet aktuella. Alltså hade klädimportören kunnat få ett bättre villkor, om han vänt sig till någon annan bank. Att han inte gjorde det får gissningsvis anses bero på bristande kompetens (affärsvana, förmåga att bedöma villkorets innebörd och verkningar, kännedom om borgensvillkor hos övriga banker etc), varför det i målet bör anses vara bankens överlägsna kompetens som gav banken ett överläge i avtalsrelationen. När det gäller bankens krav på personlig proprieborgen från bolagets ägare för lånet till bolaget i NJA 1999 s 408, stred det, enligt vad som upplystes i målet, mot Finansinspektionens allmänna råd om borgensförbindelser. Det innebär att det borde ha varit möjligt att hos någon annan bank få för bolagsmännen generösare villkor, varför också detta mål, som jag ser det, snarare handlar om kompetens än om beroende, trots att hovrätten – säkert med rätta – säger att det bör *"…beaktas att en småföretagare lätt nog kan känna sig pressad att ingå klart övermäktiga borgensförbindelser för att erhålla en eftersträvad kredit till sitt företag"*.[1156]

Social position

Med denna egenskap vill jag fånga in det faktum att en person skulle kunna tänkas komma i över- respektive underläge i en avtalsrelation till följd av han (eller medkontrahenten) har en betydelsefull formell position, t ex en chefsbefattning[1157] eller ett betydelsefullt politiskt förtroendeuppdrag, som medför prestige, eller en på annan grund stark social position (väletablerad på orten, "kändis", förmögen etc).

Jag har hört en anekdot om en fiskare i mina hemtrakter, som plötsligt fick besök av en nu avliden "TV-kändis", och som blev så förvånad över och tagen av detta besök att han sålde en försvarlig mängd kräftor till vederbörande för ett mycket lågt pris som vederbörande föreslog. Den historien kan man självfallet le åt, men man skulle kunna tänka sig att personer med en stark ställning i samhället använder denna position till att i en avtalsförhandling dominera medkontrahenten och därigenom tillskansa sig mer omfattande förmåner. Risken för detta kan öka, om medkontrahenten har en svag social ställning.

I brist på uttryckligt rättskällestöd för att hävda att aktörernas sociala position bör kunna tillmätas betydelse i det diskuterade sammanhanget[1158], blir det nödvändigt att beakta vilka andra argument som kan åberopas för respektive mot detta.

[1156] Huruvida det faktiskt hade varit möjligt att få bättre villkor hos någon annan bank vågar jag inte ha någon uppfattning om. När jag säger att det borde ha varit möjligt är det ett normativt, inte ett empiriskt, uttalande.

[1157] En chef, som använder sin formella position för att framtvinga ett förmånligt avtal med en underlydande, utnyttjar den underlydandes beroende ställning. Det fallet hör alltså inte hemma under rubriken social position.

[1158] Jfr dock ur doktrinen Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law, s 93, där han nämner *"social class"* som en eventuellt rättsligt relevant variabel.

Man skulle kunna hävda att viljeprincipen och dess skydd för den fria viljan borde tala för att tillmäta dominans i kraft av social position relevans. Den som blir dominerad av någon annan har berövats möjligheten att forma sin vilja i frihet. Tänker man på idealbilden av den goda avtalsrelationen och avtalsrelationens dygder, kan man hävda att dygden rättrådighet, i synnerhet ”underdygden” objektivitet, också talar för relevans. I delavsnitt 3.5.6.3 framhålls att rättrådighetens dygd innebär att vi får tillvarata våra egna intressen, t ex i en avtalsrelation, men inte i sådan utsträckning och på ett sådant sätt att vårt agerande blir orätt, t ex genom att vi hindrar andra människor från att tillvarata sina intressen. För att trots allt åberopa något rättskällestöd ges i förarbetena, som tidigare nämnts, exempel på vilka omständigheter vid avtalets tillkomst som kan göra ett avtal oskäligt och då framhålls bl a aggressivt uppträdande, överraskningstaktik, tvång och annat missbruk av förhandlingsläget.[1159] Utnyttjande av social position skulle då vara ett exempel på annat missbruk av förhandlingsläget.

Mot detta kan man anföra att det föreligger en viktig skillnad mellan egenskaper, vilkas betydelse för avtalsförhandlingen den potentiellt underlägsne inte kan påverka vid själva förhandlingen och sådana, vilkas genomslag beror på den potentiellt underlägsnes sätt att förhålla sig under förhandlingen. Till den förstnämnda kategorin kan hänföras egenskaper som ålder, hälsotillstånd och kompetens. Är man försvagad på grund av sjukdom kan man inte göra så mycket åt det, när man sitter vid förhandlingsbordet. Har man inte vissa kunskaper, som hade varit betydelsefulla, kan man förmodligen inte skaffa sig dem under pågående förhandling. Till den andra kategorin kan man hänföra egenskaper hos medkontrahenten, som man själv påverkar vilken vikt man vill lägga vid. Främst handlar det om just social ställning. Om medkontrahenten har en på yrke, släkt, utstrålning, anseende eller annan orsak grundad stark position i samhället, ligger det delvis hos den enskilde i vilken utsträckning han låter sig ”bländas” av detta. Detta skulle kunna tala för att underlägsenhet som beror på skillnader i social ställning – med hänvisning till vigilansprincipens och omsorgsdygdens krav på var och en att agera med omsorg om sina egna intressen – är mindre skyddsvärd än sådan som har andra orsaker.

I delavsnittet om den fria viljan[1160] påpekas att man måste man ta ställning till vilka slags påverkan som är acceptabla respektive oacceptabla, för att viljan skall kunna beskrivas som fri. Hur skall man till exempel se på socialt tryck, till vilken kategori man väl – med en viss tänjning av begreppet – skulle kunna räkna även påverkan grundad på medkontrahentens sociala position? Jag skulle nog vilja hävda att det i avvägningen mellan viljeprincipen och rättrådigheten å ena sidan och vigilansprincipen och omsorgsdygden å den andra finns skäl att nämna den gamla sentensen ”noblesse oblige”. Den betyder väl ungefär att den som har fått en upphöjd position också har ett särskilt ansvar för att använda denna position

[1159] Se t ex prop 1975/76:81, s 52.
[1160] Delavsnitt 4.3.2.2.

på ett ansvarsfullt sätt. Utnyttjar man medvetet sin sociala position till att i en avtalsrelation tillskansa sig förmåner som man annars inte hade fått, vill jag hävda att det bör tillerkännas rättslig relevans, förslagsvis som ”annat missbruk av förhandlingsläget”. Å andra sidan kan man knappast presumera varken att personer med stark social position medvetet utnyttjar denna position i avtalsrelationer eller att sådana personers medkontrahenter alltid är undfallande och därmed särskilt skyddsvärda. Många människor bör rimligen kunna tillvarata sina intressen, även om de har en känd, rik eller inflytelserik medkontrahent.[1161] Om ens välkände etc medkontrahent inte missbrukat sin position, utan en avtalspart av hans blotta uppenbarelse låtit sig ”bländas” till att göra en mindre bra affär, förefaller det som om parten i fråga inte visat tillräcklig omsorg om sina egna intressen och därmed inte är särskilt skyddsvärd.

Situationsberoende omständigheter

En fysisk person eller ett företag, som typiskt sett bör anses befinna sig i en underlägsen ställning gentemot en viss medkontrahent, bör i vissa situationer tvärtom anses vara den överlägsna parten. Generellt skulle man väl kunna uttrycka saken så att detta kan inträffa, om den typiskt underlägsne parten i en speciell situation till följd av omständigheterna har ett övertag beträffande någon av de tidigare behandlade faktorerna. Det kan till exempel inträffa om personen/företaget har tillgång till för bedömning av situationen relevant information, som motparten inte har tillgång till och inte heller enkelt kan skaffa, eller om vederbörande har erfarenhet av det avtalet rör, medan motparten inte besitter sådan erfarenhet eller enkelt kan få del därav. I dessa fall skulle man kunna säga att den underlägsne parten har situationsberoende överlägsen kompetens.

Bör detta tillmätas relevans vid tillämpningen av 36 § avtalslagen? I förarbetena utesluts inte jämkning till fördel för en starkare part, varmed nog får förstås *typiskt sett* starkare part.[1162] Även om den diskussionen rör jämkning till följd av senare inträffade förhållanden, är den intressant att referera till i detta sammanhang. Jämkning utesluts inte i sådana fall, bland annat med hänvisning till att det då vanligen inte gäller att kompensera den ena partens *”övermakt”* vid avtalets ingående, och att det därmed inte spelar någon roll vem som då hade sådan övermakt. Ett resonemang a fortiori skulle kunna innebära att om man kan jämka till förmån för en typiskt sett starkare part, när ingen av parterna är skuld till den uppkomna obalansen, så borde det finnas än större skäl att jämka, om en obalans uppkommit på grund av att den typiskt sett svagare parten till exempel missbrukat exklusiv information och därmed är klandervärd.

[1161] Jfr vad Birks/Nyuk Yin säger (a a, s 96) angående förälskelses påverkan på omdömet: *”Common … lovesickness is a source of misery, but does not disable its victims’ capacity to judge their own interests, manage their own affairs and make their own decisions”*.
[1162] Se t ex prop 1975/76:81, s 127.

Samma resultat torde man få, om man hänvisar till dygderna ärlighet och lojalitet respektive lojalitetsprincipen och viljeprincipen. Exakt hur mycket man är skyldig att upplysa motparten om i samband med ett avtalsförhandling kan diskuteras, och kommer att diskuteras i anslutning till ett rättsfall senare i detta kapitel, men om man exempelvis har åsidosatt en upplysningsplikt, har medkontrahenten inte format sin vilja på grundval av tillräcklig information och då har man stöd i dygden ärlighet och viljeprincipen för att hävda att avtalet skall vara oförbindande. Man kan också hävda att dolöst förtigande av viktiga upplysningar innebär ett lojalitetsbrott och att därmed avtalets bindande kraft kan ifrågasättas även med hänvisning till lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen.

När det gäller den situationsberoende omständigheten att en part haft tillgång till oberoende rådgivning i det aktuella ärendet, blir frågan om detta faktum ”förvandlar” honom från en part med underlägsen kompetens till en part som är jämbördig i kompetenshänseende med medkontrahenten. Rättspraxis tyder på att det kan vara så.

I NJA 1986 s 388 gällde tvisten en skiljeklausul i ett förlikningsavtal mellan Södra Skogsägarna och en tidigare anställd angående rätten till vissa patent m m. Den anställde gjorde gällande att klausulen var oskälig, men HD fann att så inte var fallet, varvid HD bland annat anförde att *”…avtalet har tillkommit efter ingående förhandlingar vid vilka parterna har varit företrädda av advokat”*. I NJA 1992 s 782, som gällde skäligheten i ett avtal om företagsförsäkring, framhöll HD att försäkringstagaren (Södertälje stadshotell) hade företrätts av en försäkringsmäklare vid förhandlingarna med försäkringsbolaget och att detta hade *”stor betydelse”* för bedömningen av om försäkringsbolaget hade lämnat bristfällig information beträffande villkorets innebörd eller inte. HD anförde: *”Att Brandkontorets information om villkoret synes ha varit bristfällig har alltså varit utan betydelse i just detta fall, eftersom hotellbolagens ombud likväl haft klart för sig vad villkoret innebär”*.[1163]

Man bör dock, menar jag, skilja mellan olika situationer, med hänvisning till vilken av de faktorer, som enligt ovan kan ge upphov till underlägsen ställning, som berörs i respektive fall.

De två strax ovan refererade fallen berör båda i första hand kompetensfaktorn. Fallet med Södertälje stadshotell gällde medkontrahentens (försäkringsbolagets) eventuellt överlägsna kompetens och därav följande upplysnings- och informationsplikt. Då tillräknades försäkringstagaren de insikter som vederbörandes ombud i kraft av sin specialistkompetens besatt. Det får anses vara föga anmärkningsvärt. Anlitar man någon, för att få del av kompetens man inte själv innehar, är det rimligt att betrakta uppdragsgivaren och uppdragstagaren som en ”enhet” i kompetenshänseende. I fallet med Södra skogsägarna anförde den anställde att han befann sig i ekonomiskt underlägsen

[1163] Fallen kommenteras av von Post i a a, bl a på s 161.

ställning, vilket HD inte fann relevant, bland annat mot bakgrund av att vederbörande tydligen inte ansågs kompetensmässigt underlägsen i kraft av sin advokathjälp. Inte heller detta är anmärkningsvärt.

Låt oss istället tänka oss ett fall, i vilket någon anför att medkontrahenten utnyttjat hans beroende – låt oss säga att det bara finns en tänkbar leverantör av det gods vederbörande behöver köpa – till att påtvinga honom oförmånliga villkor av ”take it or leave it-karaktär”. Då kan man fråga sig om det bör tillmätas betydelse att köparen haft sakkunnig hjälp, t ex av en affärsjurist, vid avtalsförhandlingen. Det är inte köparens och hans eventuella ombuds kompetensbrist som är problemet – köparen inser redan från början klart vad (de oförmånliga) villkoren innebär. Problemet är att köparen, med eller utan juristhjälp, inte har någon alternativ leverantör att vända sig till, utan är beroende av sin avtalspart. Man skulle även kunna vända på resonemanget – om en köpare till följd av kompetensbrist ingått ett oförmånligt avtal, kan medkontrahenten knappast ursäkta sig med att köparen hade många andra potentiella säljare att vända sig till. Det som försatte köparen i en underlägsen ställning var inte beroende utan bristande kompetens. Således bör man, enligt min uppfattning, överväga vari eventuell underlägsenhet består, innan man säger att den har ”botats” genom sakkunnig rådgivning.

Här kan refereras till den engelska doktrinen om avtals ogiltighet vid ekonomiskt tvång. Avgörande, för bedömningen om ekonomiskt tvång föreligger eller inte, är om offret protesterade, om det fanns någon alternativ handlingsmöjlighet för offret, om offret erhöll oberoende rådgivning och om offret, efter kontraktets undertecknande, vidtog åtgärder för att komma ifrån kontraktet.[1164] Jag är dock tveksam till kriteriet angående oberoende rådgivning.
Har man inget val så har man inget val, oavsett om någon expert upplyser om detta eller om man konstaterar det på egen hand. Motsvarande kan sägas om avtal som ingås till följd av den ena partens beroende ställning (vilken kan sägas ge upphov till en begränsning av den fria viljan av liknande karaktär som tvång).[1165]

6.2.2.3 Vad gjorde han?

Det är uppenbart att det har betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen vilka handlingar parterna företar, varför det likaledes är uppenbart att omständigheter som bidrar till att besvara frågan ”Vad gjorde han?” ofta är rättsligt relevanta.

Här bör framhållas att även en underlåtenhet[1166] kan vara en omständighet som besvarar ”vad-frågan”. Vad gjorde han? Ingenting. Eller kanske mera träffande: inte det han borde ha gjort, vilket var… Det blir relevant att tala om

---

[1164] Cooke/Oughton, a a, s 384 ff, Whincup, a a, s 249.
[1165] Se vidare ang Fallet med det tvingade rederiet nedan.
[1166] Se angående underlåtenhet allmänt Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, Stockholm 1995, s 55 ff.

underlåtenhet, endast när det finns goda skäl att förvänta – antingen typiskt sett eller beträffande en viss person – att en viss handling skall utföras, eller, om man vill uttrycka det så, när det finns en norm som föreskriver att en viss handling skall företas.[1167] Man har således inte gjort sig skyldig till en underlåtenhet så snart man inte företar en viss handling.

En typisk situation, när underlåtenhet skulle kunna bli relevant för tillämpningen av 36 § avtalslagen, är, menar jag, fall då part inte uppfyllt sin upplysningsplikt.[1168]

För att utveckla förståelsen av handlingarnas betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen, skulle man kunna formulera rättsligt relevanta ”underkategorier” till ”omständighetsklassen” handlingar, på motsvarande sätt som ovan gjordes beträffande omständigheter med anknytning till ”vem-frågan”. För att besvara frågan, om detta är meningsfullt, skall några vanliga sätt att klassificera handlingar beaktas.

Dolösa och culpösa handlingar

Inom juridiken, till exempel inom skadeståndsrätten och straffrätten, är det som bekant vanligt att indela handlingar i dolösa respektive culpösa handlingar respektive handlingar som varken är dolösa eller culpösa. För tillämpningen av de äldre ogiltighetsreglerna i 29-31 samt 33 § avtalslagen krävs att den ena parten själv framkallade eller var medveten om eller borde ha varit medveten om det ”viljefel” eller annat fel med vilket medkontrahentens rättshandling var beskaffad. Endast när det gäller råntvång (28 §) skyddas medkontrahenten även om parten var i god tro om förekomsten av tvång (dock med en reklamationsregel till skydd för godtroende part i 28 § 2 st). För tillämpning av de äldre ogiltighetsreglerna krävs således i princip att den part, mot vilken ogiltighet görs gällande, medvetet utnyttjat att medkontrahentens rättshandling kommit till under klandervärda omständigheter.

Beträffande dessa paragrafers tillämpning hade det således varit rättsligt relevant att skilja mellan dolösa handlingar å ena sidan och alla andra handlingar å andra sidan. När det gäller 36 § avtalslagen är emellertid skillnaden mellan dolösa och andra handlingar av mindre betydelse. I propositionen framhålls att *”[v]id tillämpningen av den nya generalklausulen bör bedömningen av i vilka fall en avtalspart har blivit utsatt för otillbörligt förfarande i mindre grad än f n påverkas av motpartens uppsåt”*.[1169] Om motparten av misstag lämnat felaktiga uppgifter kan således avtalet angripas med stöd av 36 §[1170] (”culpös handling”,

[1167] Jareborg, a a, s 56.
[1168] Jfr Hultmark, a a, s 69.
[1169] Prop 1975/76:81, s 125 f.
[1170] I prop 1975/76:81 formuleras detta på följande sätt (s 126):*”Jämkning e d bör sålunda kunna komma i fråga även när en part har lämnat oriktiga uppgifter i god tro eller när oriktiga uppgifter har lämnats av ett ombud utan huvudmannens kännedom”*.

låt vara att man inom skadeståndsrätten någon gång skulle kunna finna att det i ett visst fall inte var vårdslöst att lämna en felaktig uppgift) och om part befinner sig i underlägsen ställning i avtalsrelationen kan detta användas som ett relevant argument för jämkning, även om motparten inte medvetet har utnyttjat sitt överläge[1171] (”handling som varken är dolös eller culpös”; ett icke-utnyttjande är strängt taget inte ens en handling och kan knappast vara en klandervärd underlåtenhet, eftersom rättssystemet förväntar sig att man inte utnyttjar överlägen).

Kan det ändå vara relevant att skilja mellan dolösa, culpösa och varken dolösa eller culpösa handlingar? Som ovan utvecklades[1172] tenderar vi människor att anse det mer förkastligt att medvetet begå en handling, som är ond i sig och/eller får onda konsekvenser, än att av misstag begå en sådan handling. Jag anförde där: *”Det beror nog bland annat på att en viktig sak som skiljer människan från (de andra) djuren är att människan har förmågan att göra etiska val och då verkar det rimligt att bedöma en mänsklig handlings förkastlighet inte enbart utifrån dess resultat utan också utifrån i vilken grad handlingen är följden av ett medvetet val. Att inte väga in hur en människa har använt sina unika förståndsgåvor i en valsituation blir, kan man hävda, att inte fullt ut respektera den handlandes mänsklighet”* . Det finns således beaktansvärda skäl – om än inte uttryckligt stöd i förarbeten eller rättspraxis – för att hävda följande. Om en avtalspart medvetet begår en klandervärd handling under en avtalsförhandling (t ex utnyttjar medkontrahentens underlägsna ställning), så bör det vid den helhetsbedömning av avtalet och avtalssituationen, som en tillämpning av 36 § avtalslagen skall bygga på, ”krävas mindre” av de övriga omständigheterna för att jämkning skall anses vara motiverad, jämfört med om en medvetet begången klandervärd handling inte har företagits. Man kan till exempel tänka sig att det för tillämpning av generalklausulen räcker med en mindre ekvivalensrubbning i det förstnämnda fallet jämfört med det sistnämnda. Hur stor vikt, som förekomsten av uppsåt bör tillmätas, måste bedömas utifrån övriga omständigheter i det enskilda fallet.

Andra sätt att klassificera handlingar

En annan distinktion kan göras mellan handlingar i strikt mening och handlingar i vid mening.[1173] Handlingar i vid mening inkluderar ofrivilliga handlingar (handlingar som äger rum under sömn eller annan medvetslöshet, reflexrörelser, spasmer, konvulsioner eller handlingar som orsakas genom fysiskt-mekaniskt tvång). Han påpekar också att man bör skilja mellan ofrivilliga handlingar, oavsiktliga handlingar (handlingar som den handlande inte tror att han utför) samt ej frivilliga handlingar (handlingar som utförts till följd av psykiskt tryck). Man kan möjligen tycka att terminologin blir väl subtil, när man gör en

[1171] Prop 1975/76:81, s 126.
[1172] Delavsnitt 3.5.5.2 om utilitarismen och dess svagheter.
[1173] Jareborg, a a, s 54 f.

distinktion mellan ofrivilliga och ej frivilliga handlingar. Rent språkligt skulle nog de flesta av oss uppfatta dessa båda begrepp som synonymer.

Ur ett avtalsrättsligt perspektiv kan man, om man använder Jareborgs terminologi, notera att såväl ofrivilliga som ej frivilliga handlingar kan vara ett resultat av rättsstridigt tvång och därmed inte är ett resultat av den handlandes fria vilja. Handlingar som orsakas av spasmer etc respektive oavsiktliga handlingar är alls inte viljehandlingar. Olika slags förklaringsmisstag torde vara exempel på oavsiktliga handlingar.

Det är dock svårt att se på vilket sätt distinktionen mellan handlingar i strikt mening och handlingar i vid mening respektive mellan olika typer av handlingar i vid mening skulle ha något att tillföra diskussionen om tillämpningen av 36 § avtalslagen.[1174]

Den jareborgska klassindelningen fångar inte in de för tillämpningen av 36 § avtalslagen relevanta skillnaderna mellan handlingarna. De två grundläggande klasserna av handlingar är, för den paragrafens vidkommande, handlingar som kan göra avtal oskäliga respektive handlingar som inte kan göra avtal oskäliga.[1175] Till den förstnämnda kategorin hör handlingar som rättsstridiga tvångsåtgärder inklusive uttalande av hotelser[1176], annat aggressivt uppträdande i samband med en förhandling, svikligt förledande, annat spridande av felaktiga uppgifter, underlåtande att uppfylla upplysningsplikt, missbruk av överläge (jfr ovan för definition) i förhandlingar, löftesbrott m m, medan alla andra handlingar ingår i den sistnämnda kategorin. En sådan kategoriindelning är dock så självklar att den inte tillför något.

Ur ett viljeteoretiskt perspektiv förefaller det rimligt att skilja mellan handlingar som är viljehandlingar och handlingar som inte är viljehandlingar. Viljehandlingarna kan sedan delas in i sådana som är ”felfria” respektive sådana som är behäftade med ”viljefel”. Den sistnämnda kategorin kan i sin tur delas in i underavdelningar utifrån vilken typ av ”viljefel” som föreligger (angrepp på den fria viljan, den fullt informerade viljan etc). Man kan beträffande tillämpningen av 36 § avtalslagen, för att anknyta till rekvisiten omständigheterna vid avtalets tillkomst respektive senare inträffade förhållanden, även tänka sig att skilja

---

[1174] Dock kan nämnas att avtalsrätten hyser olika regler angående betydelsen av fysiskt-mekaniskt tvång respektive psykiskt tvång. En namnteckning under ett avtal, vilken tillkommit exempelvis genom att någon placerat en penna i en persons hand och fört personens hand över pappret, anses inte utgöra resultatet av en viljehandling och ”avtalet” är oförbindande, utan att detta anges i avtalslagen. Verkan av psykiskt tvång vid avtals ingående regleras däremot i 28-29 §§ avtalslagen.

[1175] I båda klasserna finns handlingar som vidtas av den part som åberopar 36 § avtalslagen och handlingar som medkontrahenten företar. Exempel på handlingar, som kan göra ett avtal oskäligt, är att en person uppträder aggressivt vid avtalsförhandlingen och därigenom förorsakar att medkontrahenten av rädsla avger en viljeförklaring som inte är produkten av vederbörandes fria vilja. Det aggressiva uppträdandet är en handling (eller möjligen flera) och avgivandet av viljeförklaringen en annan handling.

[1176] Jareborg påpekar (a a, s 55) att språkhandlingar är handlingar i strikt mening.

mellan handlingar som företas i samband med avtalets ingående och handlingar som företas därefter.

För att en kategorisering av handlingar skall vara rättsligt meningsfull, torde dock krävas att det finns argument för att göra en rättslig åtskillnad mellan olika typer av handlingar enligt de skiljelinjer som kategoriseringen bygger på. Handlingar i samband med avtalets ingående och handlingar som företas därefter är båda relevanta för tillämpningen av 36 § avtalslagen och det är svårt att se någon rättsligt relevant skillnad dem emellan. När det gäller den viljeteoretiskt inspirerade indelningen, är den mer meningsfull, men inte självklart relevant. Det finns, med beaktande av viljeprincipen, goda skäl att bedöma viljehandlingar och andra handlingar på olika sätt. Dock bör observeras att även handlingar som inte är viljehandlingar enligt avtalslagen kan ge upphov till rättslig bundenhet, till exempel vid förklaringsmisstag eller utebliven reklamation efter råntvång förövat av annan person än medkontrahenten. Där har en avvägning gjorts mellan viljeprincipen och tillitsprincipen. Ur viljeprincipens synvinkel finns det också goda skäl att skilja mellan avtal med ”viljefel” och avtal som är ”felfria”. Den sistnämnda kategorin avtal kan knappast angripas med stöd av viljeprincipen. Det är å andra sidan möjligt att angripa avtal utan ”viljefel” med stöd av 36 § avtalslagen (t ex om parterna inte tänkt på att reglera vad som ska ske om en viss händelse inträffar och det finns skäl att tillämpa generalklausulen med hänvisning till senare inträffade förhållanden). Således är det tveksamt om man kan hävda att den viljeteoretiskt motiverade klassindelningen skiljer mellan olika handlingar på ett ändamålsenligt sätt.

6.2.2.4 Hur gjorde han det?

Rescher delar som nämnts in ”hur-frågan” i två underfrågor:
Handlingssätt (På vilket sätt gjorde han det?)
Hjälpmedel (Med vilka hjälpmedel gjorde han det?)

Med handlingssätt avses det sätt på vilket en handling utförs. Jones skakar hand med Smith – sker det snabbt eller långsamt, energiskt eller lojt, mjukt eller hårt?[1177] Den andra underkategorin gäller som synes vilka hjälpmedel som används för att utföra handlingen. Är svaret på ”hur-frågan” relevant för tillämpningen av 36 § avtalslagen? Frågan skulle också kunna formuleras så här: om en viss handling utförs, spelar det någon roll för dess relevans för tillämpningen av 36 § *hur* den utförs, eller kan man bedöma relevansen enbart på grundval av *att* den utförs?

För att börja med delfrågan om ***handlingssätt***, kan man nog konstatera att det i många fall bör beaktas. En handling, som i och för sig är legitim, kan bli illegitim om den utförs på fel sätt. Ett exempel är handlingen att avtalsförhandla. Det är självfallet legitimt att förhandla, men om man uppträder aggressivt,

[1177] Rescher, a a, s 216.

tvingande, svekfullt etc, kan avtalet, som blir resultatet av förhandlingarna, eventuellt angripas med stöd av 36 § avtalslagen.[1178] Hänför man sådant som tvång och svek och mildare varianter därav till gruppen omständigheter som besvarar ”hur-frågan”, kan man uppenbarligen anföra flera lagrum som styrker att detta är relevant.

Kategorin ”handlingssätt” torde kunna inrymma både huvudsakligen deskriptiva och huvudsakligen normativa sätt, på vilka en handling kan karaktäriseras. Säger man att en handling är illojal, förutsätter en prövning av utsagans korrekthet att man först ställer upp en norm, som anger vad som kännetecknar en illojal handling. (Man kan t ex säga att det är illojalt att vara aggressiv.[1179]) Anför man däremot att en handling är långsam, är det en rent deskriptiv utsaga.[1180]

Beträffande frågan om ***hjälpmedel***, är det mera tveksamt om den är relevant för tillämpningen av 36 § avtalslagen. Man skulle förvisso kunna hävda att en sakkunnig rådgivare är ett slags ”hjälpmedel” i exempelvis en förhandling, men betydelsen av sådan hjälp behandlades ovan i samband med att ”vem-frågan” diskuterades. Man skulle också kunna hävda att den som har tillgång till allehanda teknisk utrustning (datorer, mätinstrument etc) har bättre möjligheter att skaffa sig information om bland annat avtalsföremålets beskaffenhet, prisläget på marknaden för aktuella föremål etc än den som saknar utrustning, men också denna problematik berördes ovan i samband med diskussionen om ”vem-frågan” (betydelsen av ekonomisk överlägsenhet). ”Hjälpmedelsaspekten” förefaller därför inte vara omedelbart relevant.

6.2.2.5 I vilket sammanhang gjorde han det?

Handlingens omgivning delas av Rescher in i tre delområden enligt följande.
Tidsaspekt (När gjorde han det?)
Rumsaspekt (Var gjorde han det?)
Omständighetsaspekt (Under vilka omständigheter gjorde han det?)

Det som här benämns omständighetsaspekt är, som ovan sades, en kategori där sådana omständigheter som inte passar in i någon av de övriga kategorierna kan sorteras in.[1181]

[1178] Jfr prop 1975/76:81, s 125.
[1179] Redan begreppet ”aggressiv” har dock en pejorativ klang och bör betraktas som normativt.
[1180] Att döma av Reschers exempel på handlingssätt (a a, s 216), tänkte han i första hand på att karaktärisera handlingar på ett deskriptivt vis: snabbt eller långsamt, energiskt eller lojt, mjukt eller hårt.
[1181] Rescher menar, som sagt, att det handlar om att ge handlingen *”…a circumstantial setting fitting it among other things going on within its relevant environment”* (a a, s 217). Hans exempel var att någon öppnade en burk soppa med en konservöppnare i köket igår eftermiddag medan radion spelade. I det fallet skulle det faktum att radion var påslagen betraktas som en ”circumstantial aspect”.

Tidsaspekten har betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen, om man däri inkluderar när en handling utförs i förhållande till andra handlingar, och inte enbart fokuserar på ”absoluta tal”. Det har självfallet ingen rättslig betydelse i sig om en viss handling utförs den 1 juni eller den 2 juni, medan det däremot kan vara av vikt om en handling utförs t ex före eller efter ett avtals ingående. Visserligen kan både omständigheter vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden tillmätas relevans vid generalklausulens tillämpning, men vilka omständigheter i ett enskilt fall som är rättsligt relevanta inom ramen för respektive rekvisit torde påverkas av när de inträffar. Om en person agerar aggressivt under avtalsförhandlingen, för att pressa fram eftergifter från medkontrahenten, bör det rimligen tillmätas större rättslig relevans än om han, när avtalet väl är träffat, börjar bete sig aggressivt. I sistnämnda fall påverkas inte avtalets innehåll av hans agerande (även om möjligheten att fullfölja avtalet i en förtroendefull atmosfär förvisso kan påverkas av efterföljande aggressivitet).

Går man utöver begreppet handling och talar om händelser och skeenden, kan man exempelvis tänka sig att det kan ha betydelse om en händelse eller ett skeende inträffar kort eller lång tid efter avtalsslutet.[1182]

Rumsaspekten skulle kunna tänkas få viss, begränsad betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen, även bortsett från det självklara konstaterandet att platsen för ett avtals ingående eller fullgörande, enligt den internationella privaträttens regler, kan få betydelse för frågan om svensk rätt alls är tillämplig på tvister med anledning av avtalet.

Platsen kan tänkas påverka såväl hur medveten en blivande avtalspart är om att han befinner sig i en situation, i vilken han måste bevaka sina intressen, som hans förmåga att tillvarata dessa intressen. Genom lagstiftningen om hemförsäljning, som nu återfinns i Lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal, har lagstiftaren visat att det anses finnas behov av vissa särskilda skyddsregler (främst angående näringsidkarens informationsskyldighet och konsumentens ångerrätt), när avtal ingås i samband med att näringsidkaren besöker en konsument i dennes hem eller kontaktar denne i hemmet t ex per telefon.[1183] Man kan hävda att en person, som får besök eller en telefonpåringning av en försäljare i sitt hem, typiskt sett inte är lika förberedd på att han måste tillvarata sina ekonomiska intressen, som om personen själv exempelvis beger sig till en butik för att göra inköp.

Detta skulle kunna tala för att man även bör kunna beakta frågan om var ett avtal ingåtts, när man överväger tillämpning av 36 § avtalslagen. Det skulle därmed

---

[1182] Denna diskussion fördjupas i delavsnitt 6.3.5.2.4 i anslutning till en diskussion om rättsfallet NJA 1994 s 359.

[1183] Lagstiftningens fokus är avtal som ingås på distans via exempelvis internet eller per telefon, oavsett om telefon-/internetkontakten äger rum i konsumentens bostad eller inte. Det finns också vissa undantag från lagen, som bygger på ett EU-direktiv. Se vidare lagtexten samt prop 1999/2000:89.

kunna vara en omständighet, som talar för att ett avtal bör anses oskäligt, att avtalet ingåtts i den eventuellt förfördelade partens bostad eller på annan plats, där vederbörande typiskt sett inte skall behöva vara beredd på en avtalsförhandling. Närmast kan detta motiveras med hänvisning till viljeprincipen – avtalet blir inte en produkt av den fria och fullt ut informerade viljan, eftersom parten inte tänker över avtalets innebörd tillräckligt och inte skaffar sig tillräckligt med fakta innan beslutet att ingå avtalet fattas.[1184]

Man kan dock problematisera diskussionen något. Man bör notera att det nog egentligen inte är platsen för avtalets ingående som är avgörande för att köparen kan befinna sig i en underlägsen position. När det gäller besök av säljare i bostaden eller telefonförsäljning är det väl snarare överraskningsmomentet som kan försätta köparen i ett underläge, dvs att köparen är helt oförberedd på att plötsligt få ett köpavtalsförslag presenterat och ingår avtalet utan att tänka efter tillräckligt. Denna situation skulle kunna inträffa även i t ex en butik, om kunden plötsligt ”överfalls” av en mycket övertygande butikssäljare. Hemförsäljningsregleringen kan sägas bygga på att personer typiskt sett är oförberedda på att få köpavtalsförslag i sin bostad, men frågan är om det numera är korrekt. Telefonförsäljning är nu så vanligt förekommande att var och en närmast bör förvänta sig att bli uppringd tämligen ofta av telefonförsäljare.

Omständighetsaspekten fångar in omständigheter som inte inryms i någon av de övriga kategorierna. I det följande kommer dock denna kategori inte att användas, eftersom det inte är praktiskt möjligt att sortera in varenda tänkbar övrig omständighet i denna kategori och pröva deras rättsliga relevans, och ett föregående urval av endast rättsligt relevanta omständigheter skulle ge samma ”induktionsproblem” som beskrivs i delavsnitt 6.2.1.2.

6.2.2.6 Varför gjorde han det?

Rescher delar in omständigheter med anknytning till handlingens rationalitet i tre underkategorier.
Kausalitet (Vad förorsakade att han gjorde det?)
Syfte (Med vilket syfte gjorde han det?)
Intentionalitet (I vilken sinnesstämning gjorde han det?)

[1184] I propositionen angående införande av 1981 års numera upphävda hemförsäljningslag anförde föredragande statsrådet: *”Försäljningsformen som sådan kan otvivelaktigt göra det svårt att fatta riktigt avvägda köpbeslut. Vid hemförsäljning har konsumenten i allmänhet sämre möjligheter än vid butiksköp att jämföra pris, kvalitet och service i fråga om konkurrerande produkter* (jfr den fullt ut informerade viljan; min kommentar). *Vidare befinner sig konsumenten vid hemförsäljning ofta i ett underläge gentemot säljaren, eftersom han eller hon kanske inte har planerat något köp och därför kan ha svårt att stå emot en säljare när denne börjar redovisa alla försäljningsargument* (jfr den fria viljan; min kommentar) (prop 1981/82:40 om hemförsäljningslag, s 8). Lagrådet talar i samma anda om att konsumenterna behöver ett skydd mot *”obetänksamt ingångna avtal”* (a prop, s 41) och Hemförsäljningskommittén nämner *”…den speciella psykologiska situation som konsumenten försätts i när han oförberedd uppsöks av en försäljare i sitt hem”* (a prop, s 48).

Kausalitet handlar, som tidigare nämndes, närmast om orsak-verkan-kedjor som kan förklaras naturvetenskapligt och inte om händelser, som beror på någons medvetna ställningstaganden.

För att börja med att säga något om kausalitet när det gäller händelser i samband med avtalets tillkomst, kan man konstatera att om en person framför vad som förefaller att vara en viljeförklaring – ett skolboksliknande exempel är att han gör en armrörelse på en auktion och detta uppfattas som ett inslag i budgivningen – men hans handling beror på att han lider av exempelvis sjukliga muskelryckningar, uppkommer inget avtal. Total avsaknad av avtalsvilja medför att inget avtal kan komma till stånd. Således kan man säga att det har avtalsrättslig betydelse, om vad som förefaller vara en viljehandling i själva verket inte är det, men det är svårt att se att det skulle ha betydelse exakt vilken naturvetenskaplig förklaring som kan ges till ”handlingen”.

Om man diskuterar rekvisitet senare inträffade förhållanden och vidgar Reschers fråga till ”Vad förorsakade att en viss händelse inträffade?”, kan man nog konstatera att till exempel händelser av force majeure-karaktär kan göra ett avtal oskäligt och sådana händelser är i vart fall delvis av sådan art att de förorsakas av ”moder natur” snarare än av människors viljehandlingar. Naturkatastrofer är ett typexempel. Andra force majeure-händelser orsakas förvisso av människor, men inte nödvändigtvis av avtalsparterna, t ex krig, strejk och upplopp. Inom ramen för både förutsättningsläran och omöjlighetsläran har det diskuterats flitigt vilken påverkan på avtalsbundenheten som händelser av denna typ bör få.[1185]

Det är en omfattande diskussion, men i detta delavsnitt räcker det att konstatera att det kan ha betydelse för oskälighetsbedömningen, om det inträffar händelser som ligger bortom parternas kontroll (rimligen oavsett om det är naturhändelser eller händelser som förorsakats av andra människor; det är svårt att se varför man skulle reglera dessa typer av händelser på sinsemellan olika sätt), dvs händelser som ger upphov till ”orsak-verkan-kedjor” av *för parterna* okontrollerbar karaktär.[1186] Huruvida det har betydelse vilken typ av händelse som inträffar är mera diskutabelt, så länge händelsen ligger utanför parternas kontroll. Händelsens typ kan dock få betydelse i de fall parterna har avtalat om vem av dem som skall bära risken för vissa händelsers inträffande.[1187] Då är det självfallet av vikt huruvida den inträffade händelsen kan hänföras till de händelsetyper som regleras av avtalet eller inte.

[1185] Se t ex Lehrbergs typindelning av förutsättningsfallen i Förutsättningsläran, s 286 ff, i synnerhet typerna 7 (förutsättningen att åtagandet inte är eller blir oväntat betungande), 8 (förutsättningen att uppfyllelsen inte blir omöjlig eller försvårad) och 9 (förutsättningen att uppfyllelsen inte blir farlig).
[1186] Jfr prop 1975/76:81, s 127: *”Frågan huruvida jämkning bör ske på grund av ändrade förhållanden hänger givetvis nära samman med parternas möjligheter att överblicka ett avtals konsekvenser vid avtalets ingående”*.
[1187] Jfr prop 1975/76:81, s 127: *”Har parterna räknat med möjligheten att förhållandena ändras och kommit överens om vem av dem som skall stå risken för oförutsedda händelser, är det som regel inte påkallat att jämka avtalet när sådana händelser inträffar, särskilt om den part som har tagit på sig ansvaret har kompenserats härför genom andra avtalsvillkor som är till hans fördel”*.

Syftet handlar, i motsats till kausaliteten i ovan angiven betydelse, om vilket medvetet motiv en person har för sitt handlande. Som tidigare nämnts, framgår det av förarbetena att det för tillämpning av 36 § avtalslagen inte anses krävas att en part uppsåtligen försöker vilseföra sin medkontrahent, exempelvis genom att lämna felaktiga uppgifter: *"Vid tillämpningen av den nya generalklausulen bör bedömningen i vilka fall en avtalspart har blivit utsatt för otillbörligt förfarande i mindre grad än f n påverkas av motpartens uppsåt. Jämkning e d bör sålunda kunna komma i fråga även när en part har lämnat oriktiga uppgifter i god tro…"*.[1188] Detta uttalande visar att lagstiftaren inte heller anser att det bör föreligga något krav på att de oriktiga uppgifterna lämnades av oaktsamhet, utan man skulle kunna säga att generalklausulen ålägger en uppgiftslämnande avtalspart ett slags "strikt ansvar" för uppgifternas korrekthet.[1189]

Ett sådant synsätt har konsekvensetiska förtecken – det är resultatet som räknas. Ur ett deontologiskt perspektiv har, som tidigare anfördes, uppsåtsfrågan däremot betydelse. Även om dess betydelse tonas ner i generalklausulens förarbeten, måste man rimligen kunna hävda att det är mer klandervärt att uppsåtligen företa en handling, som leder till negativa konsekvenser för medkontrahenten, än att företa en sådan handling av oaktsamhet eller av misstag. Att inte tillmäta uppsåtsfrågan någon betydelse alls, skulle, enligt min uppfattning, innebära att man reducerar människans ansvar att använda sina unika förnuftsgåvor på ett godtagbart sätt.[1190] Skälen för jämkning av ett avtal bör således förstärkas, om en part uppsåtligen gör något som får negativa konsekvenser för medkontrahenten.

[1188] Prop 1975/76:81, s 126.

[1189] Jfr NJA 1989 s 346. Fallet gällde om en pälshandlare, som blivit bestulen, sannolikt till följd av att någon kopierat nycklar till butiken som förvarats hos ett bevakningsföretag. Enligt försäkringsvillkoren omfattades inte stöld med hjälp av falska nycklar av försäkringen. Pälsbolaget stämde försäkringsbolaget och hävdade bl a, under åberopande av 36 § AvtL, att den ansvarsbegränsningen i försäkringsvillkoren var oskälig. HD delade inte den uppfattningen, men att det i fallet förelåg speciella omständigheter som innebar att det ansågs oskäligt att åberopa begränsningen mot pälsbolaget. Härvid anförde HD bl a: *"Det är ostridigt att det var på Hansas direkta föranstaltande som Päls-bolaget anlitade det aktuella bevakningsföretaget. Det kan visserligen inte läggas Hansa till last som försummelse att Hansa inte i anslutning härtill klargjorde de risker i fråga om försäkringsskyddet som kunde vara förenade med att Päls-bolaget i enlighet med vad som är brukligt lämnade ut nycklarna till företaget. Förhållandet måste dock få betydelse vid en skälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen"*. Det faktum att försäkringsbolaget uppmanade försäkringstagaren att anlita bevakningsföretaget i fråga bidrog alltså till att det ansågs oskäligt att åberopa ansvarsbegränsningen. Därmed har HD tagit ett steg mot att man som avtalspart har ett strikt ansvar inte bara för lämnade faktauppgifter, utan också för vad som händer, om medkontrahenten agerar i enlighet med råd som man lämnat med avseende på förhållanden, vilka ryms inom ramen för avtalsförhållandet. Försäkringsbolaget gav inte sitt råd för att skada försäkringstagaren och det var heller inte oaktsamt att ge rådet, men det gavs och det medförde allvarliga konsekvenser för försäkringstagaren, när han följde det. Rättsfallet minskar rimligen betydelsen av uppsåt ytterligare, vid tillämpningen av 36 § AvtL.
Se även Kleinemans kommentar till fallet i Jämkning av försäkringsavtal med stöd av 36 § avtalslagen, JT 1989-90, nr 1, s 103 ff.

[1190] Jfr delavsnitt 6.2.2.3 ovan.

En annan aspekt, på frågan om den rättsliga relevansen hos en avtalsparts motiv att företa en viss handling, gäller vilka krav man bör och rättsligt kan ställa på att uttryckliga, rationella motiv att företa en viss rättshandling skall föreligga, för att rättshandlingen skall åtnjuta rättsordningens stöd. Om ett oförmånligt avtal föreligger, bör avsaknad av ett rationellt motiv hos den förfördelade parten att ingå ett avtal på dåliga villkor anses vara en omständighet, som talar för jämkning av avtalet? Den här frågan diskuteras närmare i avsnittet om fallet med den prisvärda skärgårdstomten. Här skall endast noteras att HD i NJA 1982 s 230 säger att det *”[i] målet inte förebragts något förhållande som föranleder till antagande, att Sigrid R haft rimlig anledning att godtaga en för henne så oförmånlig delning av boet”*. Detta får anses tala för att frågeställningen är relevant.

Intentionaliteten, sinnesstämningen, hos den rättshandlande kan ha betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen. I rättsfallet NJA 1982 s 613[1191] prövades skäligheten hos ett avtalsvillkor om förverkande av erlagd handpenning, för den händelse en fastighetsaffär inte blev av. HD nedsatte det förverkade beloppet med hänvisning till att säljaren hade haft mycket bråttom med att få ett avtal till stånd: *”Det får antagas, att det var denna brådska som föranledde Marianne R att underteckna kontraktet, innan hon fått veta om hon skulle erhålla erforderligt banklån”*. Säljaren stressade alltså köparen, som därigenom förhastade sig, när hon ingick avtalet. Viljeprincipens skydd för den fria och fullt ut informerade viljan kan anföras till stöd för utgången. Befinner man sig under stark stress, kan förmågan till rationellt tänkande minska.[1192]

Det sagda kan även illustreras med NJA 1982 s 230[1193], som gällde ogiltigförklaring eller jämkning av ett preliminärt bodelningsavtal. HD tillämpade visserligen 11 kap 16 § giftermålsbalken, men angav att också grunderna för 36 § avtalslagen hade kunnat tillämpas. Avtalet jämkades med hänvisning till att makans undertecknande av det för henne oförmånliga bodelningsavtalet varit ett *”…mindre välbetänkt handlande i en pressande situation inför förestående skilsmässa”*.

Det är svårt att se att det skulle finnas skäl att rättsligt skilja mellan olika kategorier av ”omdömesnedsättande” sinnesstämningar. Den rättsliga relevansen bör rimligen vara densamma, oavsett om det handlar om rättsfallens stress respektive press inför en skilsmässa eller om ilska, oro, sorg eller annan upprördhet. Så länge sinnesstämningen gör att förmågan att göra ett välövervägt ställningstagande är reducerad, bör den tillmätas relevans.

[1191] Se angående fallet även von Post, a a, s 312 med vidare hänvisningar.
[1192] Jfr RH 2001:44, där en jordbrukare övertalades att leasa ett dokumentskåp. Säljaren påstod sig oriktigt komma direkt från en mässa och kunna erbjuda skåpet till ”mässpris” vid en snabb affär. 36 § tillämpades så att jordbrukaren kunde frånträda avtalet utan att betala skadestånd.
[1193] Se angående fallet även von Post, a a, s 312 med vidare hänvisningar.

Det man kan fundera över är vilken betydelse sinnesstämningen skall tillmätas, om medkontrahenten inte på något sätt bidragit till att försätta parten i densamma. I båda de nämnda rättsfallen var medkontrahenten medskyldig till att parten var stressad respektive pressad och man kan anföra att det är ett brott mot lojalitetsplikten/-dygden att försätta part i ett ”omdömesnedsättande” sinnestillstånd och sedan ingå ett avtal med vederbörande, i vetskap om att parten har reducerad förmåga att göra en korrekt värdering av avtalet. Ur viljeprincipens synvinkel är orsaken till sinnesstämningen irrelevant – det är att omdömesförmågan är nedsatt som är relevant. Ur tillitsprincipens perspektiv skulle man kunna hävda att det avgörande bör vara, om det märks eller inte att personen befinner sig i en på något sätt upprörd sinnesstämning. Om medkontrahenten befinner sig i ”ond tro” om partens sinnestillstånd, minskar skälen att skydda hans tillit till avtalet. Man bör således, menar jag, inte utesluta relevans, om medkontrahenten inte har påverkat partens sinnestillstånd, men samtidigt måste behovet av skydd för medkontrahentens befogade tillit vägas in i bedömningen.

6.3 Tillämpningen av 36 § avtalslagen – falldiskussioner med utvikningar

6.3.1 Inledning

I följande avsnitt kommer att diskuteras några olika fall, där 36 § avtalslagen skulle kunna bli tillämplig. Syftet är att undersöka och diskutera vilken tillämpning av paragrafen som är lämpligast. Diskussionen kommer att ske i ljuset av innehållet i förarbeten, rättspraxis och doktrin, avtalsrättsliga dygder och principer, utländska regler om förhållandet mellan avtalsbundenhet och möjligheten att undgå en avtalsförpliktelse samt med beaktande av olika omständigheter som aktualiseras i fallen i fråga och den struktur för klassificering av omständigheter som ovan introducerades.

Det konkreta fallet blir i vissa avsnitt snarare en startpunkt för diskussionen än diskussionens medelpunkt. Avsikten är i sådana fall att fallet skall illustrera en typisk problemsituation, som sedan kan problematiseras ytterligare med hjälp av till exempel andra fall.

6.3.2 Fallet med den oinformerade tobakshandlaren

6.3.2.1 Fallet

Organ gjorde ett inköp av tobak hos Laidlaw i New Orleans på morgonen samma dag som fredsfördraget, som blev resultatet av freden i Gent den 24 december 1814 mellan USA och Storbritannien, offentliggjordes.[1194] *Under*

[1194] Det amerikanska rättsfallet Laidlaw v Organ, 15 US (2 Wheat) 178 (1817), beskrivs av Runesson i a a, s 121 f. Se även hans vidare hänvisningar.

kriget hade New Orleans varit blockerat av den brittiska flottan och det antogs att tobakspriserna skulle stiga, när blockaden upphörde. På kvällen innan fredsfördraget offentliggjordes anlände tre personer till New Orleans med ett brev, där information om fördraget lämnades. Organ fick höra nyheten av en bror till en av kurirerna och begav sig tidigt nästa morgon till Laidlaw och köpte en större mängd tobak. Laidlaw frågade Organ om han kände till några nyheter som skulle kunna påverka tobakspriset, men frågan besvarades inte. Köpeavtalet ingicks mellan klockan åtta och nio på morgonen, medan fredsfördraget formellt offentliggjordes klockan åtta. Tobakspriserna steg med 30 – 50 procent. Laidlaw försökte få avtalet ogiltigförklarat, men misslyckades. Organ ansågs inte ha haft någon upplysningsplikt avseende fredsfördragets innehåll.

Laidlaw hävdade att Organ gjort sig skyldig till svikligt förledande, men domstolen ansåg att informationen hade varit tillgänglig för båda parter och att det skulle vara svårt att på ett lämpligt sätt avgränsa i vilka situationer, som en part är skyldig att upplysa om förhållanden som även medkontrahenten kan skaffa sig information om.[1195]

6.3.2.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter

6.3.2.2.1 Inledning

Fallet med den oinformerade tobakshandlaren syftar främst till att ge utrymme för en diskussion om omfattningen av upplysningsplikten vid avtals ingående, sedd i ljuset av 36 § avtalslagen. Om en part har upplysningsplikt beträffande vissa omständigheter eller inte beror på omständigheterna vid avtalets tillkomst.

Man kan identifiera ett antal omständigheter, som skulle kunna vara av betydelse för att bedöma om en part bör anses ha upplysningsplikt eller inte.[1196] Runesson nämner främst uppsåtsfrågan[1197] (om förtigandet var dolöst eller culpöst eller ingetdera; jfr syftet), om informationen rör förhållanden inom löftesgivarens eller löftesmottagarens sfär eller ligger utanför bådas sfärer[1198] (jfr ”vad-frågan”), om informationen rör destruktiva, redistributiva eller produktiva fakta[1199] (jfr ”vad-frågan”), hur säker informationen är[1200] (jfr ”vad-frågan”), hur lättillgänglig

---

[1195] Runesson (a a, s 122) återger följande citat:*”It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties”*.
[1196] Se Runesson, a a, kapitel 3, s 111 ff. Hultmark diskuterar en liknande omständighetslista (a a, s 12 ff).
[1197] Ang dolöst förtigande, se Runesson, a a, s 115 ff, ang culpöst förtigande, se a a, s 132 ff.
[1198] Runesson, a a, s 138 ff.
[1199] A a, s 116 ff. Med destruktiva fakta avses information som, om den inte sprids, kan skada någons person eller egendom (s 116 f). Med redistributiva (omfördelande) fakta avses information som ger en förhandlingsfördel åt den part som innehar den, men inte leder till att värde skapas (s 117). Med produktiva fakta avses information som kan användas till att skapa värde, t ex information om hur man botar en viss sjukdom (s 117).
[1200] A a, s 127 ff.

informationen är[1201] (jfr ”när-frågan” och ”vem-frågan”; hade informationen hunnit bli allmänt tillgänglig och var den tillgänglig för just parten i fråga?) samt hur informationen har åtkommits av den part som innehar den[1202] (t ex av en slump eller genom arbete, lagligt eller olagligt; jfr ”sätt-frågan”).

De omständigheter, som, i ljuset av bland annat det just anförda, förefaller att vara av särskilt intresse för bedömningen av om 36 § avtalslagen kan tillämpas i fallet med den oinformerade tobakshandlaren, är *vilka* som agerade (”vem-frågan”), *vad* som skedde/gjordes, *sättet* på vilket det gjordes, *när* det gjordes, *syftet* bakom agerandet samt *balansen* mellan värdet av parternas prestationer.

När det gäller *vilka* som agerade, har vi, såvitt kan bedömas, att göra med två näringsidkare, varav båda får antas ha allmän kompetens att bedriva handel, men varav den ena har situationsrelevant information som den andra inte besitter. Vi vet däremot inget mer om parternas kompetens, sociala ställning eller något annat. *Vad* som skedde i form av yttre händelser har inte avgörande betydelse för den rättsliga värderingen av fallet – att köpa ett parti tobak är i sig inte klandervärt. Däremot kan frågan om *vad* för slags information Organ hade vara av betydelse, dvs hur informationen skall klassificeras. Var den hänförlig till Organs eller Laidlaws sfär? Var den säker eller osäker? Var den destruktiv, redistributiv eller produktiv? Rättsligt relevant är även *sättet*, på vilket Organ agerade inför avtalsslutet. Kan det karaktäriseras som oärligt och/eller illojalt, eftersom Organ inte upplyste om fredsavtalet? Även *sättet*, på vilket han åtkom informationen (utan ansträngning, närmast av en tillfällighet), skulle kunna vara av betydelse. *När-frågan* är av betydelse, eftersom tidpunkten för avtalets ingående i förhållande till fredsavtalets kungörande kan påverka bedömningen av om Organ hade upplysningsplikt eller inte. *Syftet* bakom agerandet, närmare bestämt Organs agerande, kan vara av betydelse, eftersom det kan påverka karaktäristiken av det sätt, på vilket han agerade. Om han köpte tobaken för att utnyttja ett informationsövertag eller enbart för att han för sin rörelse hade behov av ett parti tobak just då kan anses påverka den eventuella ohederligheten i hans handlande. Vad gäller *avtalsbalansen* kan noteras att priset enligt avtalet förefaller att ha varit marknadspriset vid tidpunkten för avtalets ingående. Däremot steg marknadspriset kraftigt kort efter avtalets ingående, vilket medförde att relationen mellan pris och naturaprestation blev obalanserad.

Däremot verkar *platsen*, parternas *sinnestillstånd, systematiska förhållanden* samt *omständigheterna i övrigt* inte vara rättsligt relevanta.

Platsen för händelserna framgår inte, mer än att de ägde rum i New Orleans, men det finns inget som tyder på att platsen exempelvis skulle ha gett någon av parterna ett över- eller underläge och tycks därför inte vara av rättslig betydelse (utöver det självklara faktum att ett avtal som ingåtts av amerikanska parter i

[1201] A a, s 121 ff.
[1202] A a, s 119 f.

USA inte regleras av svensk rätt, men från detta bortses i det följande; fallet kommer att bedömas som om svensk rätt vore tillämplig). Inte heller kan man se något som tyder på att någon av parternas befann sig i ett ”omdömesnedsättande” *sinnestillstånd*, varför omständigheten sinnestillstånd inte blir relevant. Det är svårt att se vilka *systematiska förhållanden*, såsom sambandet mellan olika avtal, som skulle kunna vara av betydelse i det här fallet. Några relevanta *omständigheter i övrigt* har inte heller observerats.

Den fråga, som ställs i fokus när man skall bedöma fallet, är uppenbarligen vilka krav, som bör ställas på avtalsparter, när det handlar om att lämna upplysningar till medkontrahenten. Har man uppfyllt kraven redan genom att inte säga något osant, eller krävs det därutöver att man inte undanhåller viss information? Hur långt sträcker sig skyldigheten att tillvarata även medkontrahentens intressen – innebär det att man aktivt måste lämna information, som är av betydelse för medkontrahenten, eller är det tillräckligt att inte fara med osanning? Om man aktivt måste dela med sig av information, gäller det all information eller bara viss information?

De dygder och principer, som framför allt aktualiseras i detta fall, torde vara dygderna ärlighet och lojalitet samt de därmed förknippade principerna viljeprincipen respektive lojalitetsprincipen. Också dygden rättrådighet (i synnerhet ”underdygden” att eftersträva korrekta avvägningar) och ekvivalensprincipen kan få betydelse. Rättrådigheten (i synnerhet ”underdygden” objektivitet) är även förknippad med lojalitetsprincipen, men från det bortses i det följande, eftersom dessa rättrådighetsaspekter täcks av de aspekter som ärligheten och lojaliteten tillför.[1203]

Att rikta intresset mot de förstnämnda av dessa dygder och principer kan motiveras med att den avgörande frågan i fallet enligt ovan är vilka krav på ärlighet och lojalitet man bör ställa på avtalsparter. Rättrådigheten och ekvivalensprincipen blir aktuella, i och med att det kan bli aktuellt att diskutera i vilken utsträckning det är lojalt att eftersträva ett obalanserat avtal.

Viljeprincipen säger bland annat att var och en har rätt att fatta beslut på grundval av all relevant information (”den fullt ut informerade viljan”[1204]), något som uppenbarligen inte inträffar, om medkontrahenten undanhåller vissa upplysningar.[1205] Viljeprincipen erbjuder således argument för att parterna är skyldiga att visa varandra fullständig öppenhet. Så långtgående förpliktelser åläggs dock parterna knappast av vare sig rättsordningen eller ärlighets- och lojalitetsdygderna eller lojalitetsprincipen, varför resultatet av en tillämpning av viljeprincipen måste modifieras.[1206] Med tanke på viljeprincipens entydiga besked kommer den inte att närmare diskuteras i anslutning till detta fall.

[1203] Se delavsnitt 4.8.3.
[1204] Se delavsnitt 4.3.2.3.
[1205] Jfr ang viljeprincipens relevans Lehrberg, Förutsättningsläran, s 506.
[1206] I delavsnitt 4.1 anknöts viljeprincipen till dygderna lojalitet och ärlighet.

Det finns härutöver utrymme att även beakta omsorgsdygden och vigilansprincipen, eftersom upplysningspliktens traditionella motpol är undersökningsplikten. Hur omsorgsfullt måste part undersöka avtalsförutsättningarnas korrekthet för att anses ha tillvaratagit sina intressen i tillräcklig omfattning? För att få argument mot en alltför långtgående upplysningsplikt, skulle det även vara möjligt att diskutera tillitsprincipen och dygden pålitlighet. Har parterna ingått ett avtal, bör de också kunna lita på att det blir bestående. Med tanke på att upplysningsplikten bygger på att en avtalspart inser eller bör inse att medkontrahenten agerar under inflytande av en väsentlig men felaktig förutsättning (se vidare nedan), dvs parten är i ond tro om medkontrahentens misstag och dess betydelse, blir skälen för att ta hänsyn till partens tillit till avtalets upprätthållande tämligen begränsade (om än något större i culpafallen än i dolusfallen).[1207] Inte heller tillitsprincipen kommer därför att ägnas någon uppmärksamhet i det följande.

6.3.2.2.2 36 § avtalslagen och förutsättningsläran

Frågan, i vilken utsträckning respektive part i ett avtalsförhållande har skyldighet att utan anmodan lämna upplysningar till medkontrahenten, har varit föremål för behandling i både praxis[1208] och doktrin[1209] avseende såväl allmän som speciell avtalsrätt. Också lagstiftaren har behandlat frågan, bland annat i förarbetena till den nya köplagen och konsumentköplagen.[1210] Från upplysningspliktens reglering i speciell avtalsrätt bortses i det följande.[1211]

Innan en närmare diskussion om upplysningspliktens innebörd förs, skall frågan om gränsdragningen mellan tillämpningsområdena för 36 § avtalslagen respektive förutsättningsläran[1212] diskuteras. Kan 36 § avtalslagen alls vara

---

[1207] Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran, s 506: ”*Den onda tron betar **tillitsprincipen** mycket av dess styrka som argument mot återgång…”*. (Ursprunglig kursivering markerad med fetstil.)
[1208] Se t ex rättsfallsöversikten i Hultmark, Upplysningsplikt, s 88 ff.
[1209] Det gäller doktrin avseende såväl allmän som speciell avtalsrätt. Se t ex Lehrberg, Förutsättningsläran, s 457-510, Runesson, a a, s 111-167, Hultmark, Upplysningsplikt, Holm, a a, bl a s 92-94, Kihlman, Jon, Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom, Stockholm 1999, bl a s 110 ff, 183 ff, 321 ff, Herre, Johnny, Konsumentköplagen. En kommentar, Stockholm 1999, s 216 f, Hultmark, Christina, Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kioskrörelse, JT 1991-92, nr 4, s 701-704, Martinson, Claes, Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten?, JT 1992-93, nr 3, s 436-455, Håstad, Torgny, Säljarens upplysningsplikt, JT 1992-93, nr 4, s 607-619. (I denna avhandling behandlas dock endast frågor med anknytning till den allmänna avtalsrätten.)
[1210] Prop 1988/89:76 (köplagen), prop 1989/90:89 (konsumentköplagen).
[1211] Se ang upplysningsplikt inom speciell avtalsrätt exempelvis Hultmark, Upplysningsplikt, s 28 ff.
[1212] Se ang förutsättningsläran i dansk rätt Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 220 ff respektive i norsk rätt Krüger, a a, s 670 ff. Förutsättningsläran har på senare år diskuterats i svensk doktrin av bl a Hellner, Förutsättningsläran 1997, JT 1997-98, nr 1, s 201 ff och Kleineman, Förutsättningsläran och jura novit curia, JT 1993-94, nr 4, s 881 ff, densamme Förutsättningsläran tre steg tillbaka?, JT 1996-97, nr 2, s 438 ff. Lehrberg diskuterar sin syn på förutsättningsläran även i Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt, SvJT 1990, s 187 ff. Se även densamme 36 § avtalslagen och förutsättningsläran, SvJT 1986, s 249 ff.

tillämplig på den grunden att någon inte iakttagit sin upplysningsplikt? Lehrberg synes anse att det ligger närmare till hands att tillämpa förutsättningsläran än 36 § avtalslagen på fall av denna typ. Enligt min uppfattning bör dock generalklausulen kunna tillämpas även på fall där exempelvis avtalsvillkoret angående den huvudsakliga naturaprestationen kan anses oskäligt till följd av en oriktig eller bristande förutsättning. Hultmark[1213] och Runesson[1214] tycks för övrigt ta för givet att 36 § avtalslagen kan tillämpas på fall av denna typ. Låt oss se närmare på frågan.

Vid ett avtals ingående utgår parterna ifrån att verkligheten är beskaffad på ett visst sätt. Parterna kan också ha utgångspunkter beträffande den framtida utvecklingen, det vill säga beträffande hur verkligheten kommer att vara beskaffad i framtiden. Utgångspunkter av här skisserat slag brukar som bekant i juridiska sammanhang benämnas förutsättningar. Om det visar sig att någon eller några förutsättningar är felaktiga, och någon part till följd av detta inte blir nöjd med avtalet i fråga, får vederbörande incitament att försöka frigöra sig från avtalsbundenheten. Rättsordningen har slagit fast att felaktiga förutsättningar i vissa fall kan göra det motiverat att medge part sådan frigörelse, helt eller delvis. Detta har dels skett genom lagstiftning (t ex 30 §, 31 § och 33 § AvtL[1215], bestämmelser i köplagen[1216] m m), dels genom att den så kallade förutsättningsläran godtagits i rättspraxis.

Lehrberg konstaterar att för att en felaktig förutsättning skall kunna motivera att ett avtal jämkas eller ogiltigförklaras enligt förutsättningsläran, måste förutsättningen ha varit väsentlig (för löftesgivarens vilja att avge sitt löfte), synbar (för löftesmottagaren) och relevant.[1217] Den avslutande relevansbedömningen – *”varigenom avgörs om en väsentlig och synbar förutsättning skall inverka på avtalsbundenheten”*[1218] – är vad han ägnar störst uppmärksamhet och han formulerar i anslutning till densamma ett antal ”ändamålssynpunkter”, som han menar bör ligga till grund för preciserade riktlinjer för relevansbedömningen.[1219] Dessa ”ändamålssynpunkter”

[1213] Hultmark, Upplysningsplikt, s 25 f.
[1214] Runesson, a a, s 128.
[1215] Svekbestämmelsen i 30 § AvtL innebär att någon förletts att ingå ett avtal under en felaktig förutsättning, närmare bestämt en förutsättning som medkontrahenten (eller en tredje person) visste var felaktig (jfr Lehrberg, a a, s 144 f). Ockerbestämmelsen i 31 § AvtL är bland annat tillämplig när en oriktig förutsättning beror på löftesgivarens oförstånd eller lättsinne och medkontrahenten utnyttjat detta (eller varit medveten om att någon annan gjort det) (jfr Lehrberg, a a, s 146 f). 33 § AvtL kan tillämpas om den ena parten utgår från en oriktig förutsättning, medkontrahenten inser detta och det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande med den vetskapen (jfr Lehrberg, a a, s 147 ff i synnerhet s 149).
[1216] Lehrberg (a a, s 168) hänvisar till flera paragrafer i köplagen och försäkringsavtalslagen. Man kan t ex nämna felreglerna i köplagen. Om köparen med fog *förutsatte* att godset skulle vara beskaffat på visst sätt och detta inte visar sig vara fallet, föreligger fel (jfr Lehrberg, a a, s 411).
[1217] Lehrberg, a a, s 177 ff (angående väsentlighetsrekvisitet), s 247 ff (angående synbarhetsrekvisitet) och 276 ff (angående den avslutande relevansbedömningen).
[1218] Lehrberg, a a, s 276.
[1219] Lehrberg, a a, s 277.

sammanfattar han i sju ”ändamålsprinciper”: tillitsprincipen, viljeprincipen, godtrosskyddsprincipen, vederlagsprincipen, billighetsprincipen, vinstprincipen och preventionsprincipen.[1220]

Felaktiga förutsättningar kan delas in i två kategorier: oriktiga förutsättningar och bristande förutsättningar.[1221] Den förstnämnda kategorin avser förutsättningar, som var felaktiga redan när löftet avgavs. Det är i sådana fall fråga om misstag gällande de omständigheter som motiverade löftet, det vill säga att en motivvillfarelse föreligger.[1222] En förutsättning är å andra sidan bristande, om något oförutsett inträffar (eller något man räknat med skall inträffa inte inträffar) efter löftets avgivande och detta oförutsedda innebär att förutsättningen blir felaktig.[1223]

En för denna avhandling viktig fråga är, som sagt, vilken betydelse förekomsten av felaktiga förutsättningar har vid tillämpningen av 36 § AvtL. Kan avtal, som ingåtts under inflytande av en felaktig förutsättning, angripas med stöd av sagda lagrum? Att principiellt besvara den frågan jakande torde vara tämligen okontroversiellt. Adlercreutz noterar att 36 § AvtL kan tillämpas på fall angående motivvillfarelse[1224] och den som svävar i sådan villfarelse bygger sitt agerande på en felaktig förutsättning.[1225] Även Lehrberg, som argumenterar för att en tillämpning av förutsättningsläran i många fall rörande felaktiga förutsättningar bör prövas innan man prövar om 36 § AvtL är tillämplig, synes acceptera att det finns förutsättningsfall, i vilka generalklausulen kan komma till användning.[1226] Den närmare avgränsningen av generalklausulens tillämpningsområde är dock mer problematisk.[1227]

[1220] Lehrberg, a a, s 279. Han framhåller att principerna inte skall ses som uttryck för *”begreppsjurisprudens eller metafysik”*, utan endast är *”…samlingsbeteckningar för de huvudsakliga ändamålssynpunkter som präglar gällande regler, när man ser till effekterna av deras tillämpning i klara fall”*.

[1221] Lehrberg, a a, s 79 f och Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 291. Jfr Hellner, Jan, Förutsättningsläran 1997, i JT 1997-98 (s 201-210), s 207 f.

[1222] Lehrberg, a a, s 79. Ett exempel: köparen räknar med att kunna använda det köpta till ett visst ändamål, men det visar sig inte vara möjligt, eftersom godset inte är ämnat att användas på det sätt köparen tänkt sig eller eftersom det är förbjudet att använda godset på det tilltänkta sättet.

[1223] Lehrberg, a a, s 79 f. Ett exempel: säljaren räknar med att kunna transportera godset med fartyg genom Suezkanalen, men när leverans skall ske har Suezkanalen stängts till följd av krigsutbrott.

[1224] Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 271.

[1225] Lehrberg, a a, s 79: *”Vid en oriktig förutsättning har löftesgivaren när löftet avgavs påverkats av ett misstag i fråga om de då föreliggande omständigheter som motiverade löftet (error in motivis)”*. Han påpekar dock, med Karlgren, att man inte bör betrakta motivvillfarelse och oriktiga förutsättningar som synonymer, eftersom varje förutsättning inte utgör ett motiv för löftet (Lehrberg, a a, s 79 not 19).

[1226] Lehrberg, a a, s 153 ff. Han sammanfattar sitt resonemang på s 166 f och säger bland annat: ”*Ett syfte med denna framställning är att försöka precisera innebörden av förutsättningslärans relevansregler på sådant sätt, att 36 § avtalslagen i framtiden mer sällan behöver tillgripas vid felaktiga förutsättningar”(*s 167).

[1227] von Post noterar, efter en genomgång av viss doktrin, att *”det kan finnas situationer då man skulle kunna tillämpa förutsättningsläran alternativt generalklausulen”* (a a, s 285).

För att kort nämna hur rekvisiten i 36 § AvtL har koppling till felaktiga förutsättningar, kan främst rekvisitet omständigheterna vid avtalets ingående samt rekvisitet senare inträffade förhållanden nämnas. Om en part oriktigt tror att verkligheten är beskaffad på ett visst sätt – det vill säga utgår ifrån en oriktig förutsättning – är detta onekligen en omständighet vid avtalets ingående. Om verkligheten förändrar sig på ett sätt som en part inte hade förväntat sig vid avtalets tillkomst och detta leder till att en av hans förutsättningar för att ingå avtalet brister, är förändringen av verkligheten obestridligen att beskriva som ett senare inträffat förhållande.[1228] Kopplingen mellan förutsättningarna för avtalet och bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt, med hänsyn till rekvisitet avtalets innehåll, är däremot endast indirekt. Eftersom varje avtalsvillkor lite förenklat kan sägas vara en avtalsförutsättning, som parterna ”satt på pränt” eller på annat sätt gjort uttrycklig sig emellan[1229], tillför inte förutsättningsbegreppet något till analysen av om ett visst villkor är oskäligt i sig.[1230]

Som Lehrberg noterar innebär felaktiga förutsättningar hos någon avtalspart *”…i regel att åtminstone något villkor i ett avtal kan sägas vara ’oskäligt’ i en mer allmän betydelse”* [1231] och att förutsättningsläran alltid har *”uppfattats som ett sätt att komma till rätta med avtal som framstår som orättfärdiga, otillbörliga eller eljest obilliga”*.[1232] Med tanke på att 36 § AvtL tar sikte på oskäliga avtalsvillkor – och att begreppet oskälig allmänt uppfattas som mycket vitt – ligger det nära till hands att tänka sig att generalklausulen omfattar alla de fall, som före dess tillkomst var att bedöma enligt förutsättningsläran. Lehrberg argumenterar för att så inte bör anses vara fallet och han har visst stöd av förarbetena samt några rättsfall för sin ståndpunkt. Samtidigt förefaller det som om han vill inskränka tillämpningsområdet för 36 § AvtL mer än vad som, enligt min uppfattning, är lämpligt.

Generalklausulutredningen säger att 36 § AvtL inte skall träda i stället för förutsättningsläran vid bedömningen av fall rörande bristande förutsättningar, eftersom förutsättningsläran *”…bygger på andra rättsliga överväganden…”* än generalklausulen.[1233] I propositionen modifieras denna ståndpunkt genom att föredraganden i och för sig instämmer med utredningens uttalande, men samtidigt framhåller att förutsättningsläran torde få *”…en mer begränsad betydelse…”* efter införandet av generalklausulen, eftersom det vid bristande förutsättningar i vissa fall torde framstå som ett bättre alternativ att åberopa 36 §

[1228] Generalklausulutredningen använder begreppet bristande förutsättningar i diskussionen om senare inträffade förhållanden (a a, s 157).
[1229] Förutsättningen att det är just A och B som avtalar materialiseras genom att avtalet anger vilka parterna är, förutsättningen att avtalet avser ett visst objekt materialiseras genom avtalsvillkoren angående avtalsföremålet, förutsättningen att tvister till följd av avtalet skall avgöras genom skiljeförfarande materialiseras genom en skiljeklausul osv.
[1230] Jfr Lehrberg, a a, s 156.
[1231] Lehrberg, a a, s 156.
[1232] Lehrberg, a a, s 153.
[1233] SOU 1974:83, s 157.

avtalslagen.[1234] Någon närmare analys av vad som avses med dessa uttalanden ges inte i utredningen eller propositionen, även om propositionens uttalande nog får ses som mer substanslöst än utredningens. Utredningen kan trots allt sägas hänvisa till den utformning förutsättningsläran fått i tidigare doktrin och praxis och de rättsliga överväganden som där har utkristalliserats. I brist på argument till stöd för dessa uttalanden kan de dock rimligen inte tillmätas någon större betydelse för bedömningen av gränsdragningen mellan 36 § AvtL och förutsättningsläran, om man bortser från det rena auktoritetsargumentet att uttalandena finns med i förarbetena.

Angående förarbetena bör man också observera att såväl utredningen som propositionen talar om förutsättningslärans tillämpning på bristande förutsättningar, alltså i anslutning till generalklausulens rekvisit senare inträffade förhållanden. Hur man skall se på relationen mellan förutsättningsläran och 36 § avtalslagen när det gäller oriktiga förutsättningar nämns inte alls. Lehrberg menar dock att eftersom den principiella skillnaden, mellan bedömningen enligt generalklausulen respektive förutsättningsläran, är densamma när det gäller oriktiga förutsättningar som när det gäller bristande sådana, bör man dra slutsatsen att förarbetsuttalandena kan anses täcka båda slagen av förutsättningar.[1235] Ståndpunkten framstår som plausibel, samtidigt som, såsom Lehrberg själv nämner, 36 § i praxis har använts oftare vid bristande än vid oriktiga förutsättningar.[1236] Lehrbergs ståndpunkt förtar inte heller de invändningar mot att ”luta sig alltför tungt” mot förarbetsuttalandena som framförs ovan.

Efter att ha analyserat förarbetena och viss praxis, blir Lehrbergs slutsats att 36 § AvtL i fall av felaktiga förutsättningar bör tillämpas endast om ett avtalsvillkor framstår som oskäligt även bortsett från förutsättningen. Domstolen skall först pröva om förutsättningen är relevant enligt förutsättningsläran och först om denna fråga besvaras nekande finns behov av att undersöka om det föreligger något oskäligt avtalsvillkor.[1237] Lehrberg vill på det här sättet från generalklausulens tillämpningsområde undanta fall, där ett avtalsvillkor framstår som oskäligt enbart eftersom det avviker från vad klagande part förutsatte vid avtalets ingående, *”dvs från en till en förutsättning anknuten och därmed individuell norm”*, men villkoret inte framstår som oskäligt *”vid konfrontation med de måttstockar av mer allmän natur, som generalklausulens förarbeten och rättspraxis i anslutning till denna anvisar för bedömningen av avtalsvillkors oskälighet”*.[1238] Ett par exempel kan illustrera det sagda. I ADD 1979 nr 143 prövades frågan om en kommun hade rätt att varsla en vikarierande socialassistent om uppsägning, sedan det framkommit att vederbörande dömts för medhjälp till grovt narkotikabrott. AD ansåg att kommunen agerat korrekt

[1234] Prop 1975/76:81, s 128.
[1235] Lehrberg, a a, s 154.
[1236] Lehrberg, a a, s 162 och 163 f.
[1237] Lehrberg, a a, s 160 och 163.
[1238] Lehrberg, a a, s 160.

med hänvisning till förutsättningsläran.[1239] Det välkända fallet NJA 1985 s 178 gällde ett krisdrabbat varv, som upphävde en betalningsinställelse, sedan ett rekonstruktionsförslag inkluderande bland annat statligt rederistöd hade utarbetats. I förlitan på att varvets betalningsförmåga därmed hade tryggats, levererade ett företag en större kvantitet fartygsplåt till varvet. Rekonstruktionsförslagets genomförande förutsatte emellertid godkännande av regering och riksdag och detta uteblev, varpå varvet försattes i konkurs. Avtalet mellan plåtleverantören och varvet förklarades ogiltigt med uttrycklig hänvisning till förutsättningsläran, vilket innebar att leverantören fick separationsrätt till plåten i varvets konkurs.[1240]

I dessa fall motiverades utgången av de felaktiga förutsättningarna: *”Hade samma avtal ingåtts utan några felaktiga förutsättningar, torde de inte ha framstått som oskäliga”*.[1241] Varken anställningsavtalet mellan kommunen och den vikarierande socialassistenten eller avtalet mellan plåtleverantören och varvet var oskäliga i sig och hade inte kunnat ifrågasättas om det inte hade varit för de felaktiga förutsättningarna. Lehrberg menar att 36 § avtalslagen bör innebära att man, vid felaktiga förutsättningar, på fallet applicerar *”en allmän oskälighetsnorm som har avseende på frågan vilka avtalsvillkor eller vilka konsekvenser av avtalsvillkor som kan tillåtas”*, inte att prövningen sker *”i relation till vad löftesgivaren vid avtalsslutet förutsatt”*, ty *”[s]kall generalklausulen inte ersätta eller inkludera förutsättningsläran, måste dess tillämpning begränsas till detta fall”*.[1242]

Det sistnämnda uttalandet är säkert korrekt, men frågan är om det är ett gott argument för den av Lehrberg föreslagna gränsdragningen mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran. Argumentet bygger på att det ligger ett egenvärde i att generalklausulen inte ersätter eller inkluderar förutsättningsläran och det kan diskuteras om så är fallet. Till stöd för detta kan man förvisso anföra auktoritetsargumentet att det står i förarbetena att 36 § AvtL inte skall ersätta förutsättningsläran (låt vara att departementschefens försvar för förutsättningsläran knappast kan beskrivas som helhjärtat), men föreligger det därutöver sakliga argument som stödjer samma ståndpunkt? Det viktigaste argumentet till stöd för förutsättningsläran är, som jag ser det, att det i anslutning till densamma finns tämligen omfattande doktrin och praxis, vilket ger den viss tydlighet och stadga och att det vore oklokt och ohistoriskt att döma ut en organiskt framvuxen lära enbart med hänvisning till att det finns en ny paragraf som språkligt sett skulle kunna anses täcka lärans tillämpningsområde. Man bör undvika att utan särskilda skäl bryta den kontinuitet som successiv rättsutveckling innebär.

[1239] Fallet kommenteras av Lehrberg på flera ställen i a a, bland annat på s 161 f.
[1240] Fallet kommenteras av Lehrberg på flera ställen i a a, bland annat på s 158.
[1241] Lehrberg, a a, s 163.
[1242] Lehrberg, a a, s 160.

Å andra sidan skulle man kunna tänka sig att anknyta den hittillsvarande rättsutvecklingen, gällande förutsättningsläran, till rättsutvecklingen rörande 36 § avtalslagen, för att därigenom ge tillämpningen av den sistnämnda paragrafen ökad tydlighet och stadga, i enlighet med målsättningen för föreliggande avhandling. Detta förutsätter dock att man kan finna stöd för att de av Lehrberg till förutsättningslärans domäner hänförda fallen även skulle kunna bedömas enligt 36 § AvtL. Lehrberg noterar att *"det inte går några vattentäta skott mellan de båda reglerna"* och framhåller att en del rättsfall, i vilka generalklausulen tillämpats, sannolikt hade fått samma utgång om förutsättningsläran i stället tillämpats.[1243] Hur förhåller det sig då med fall, där det enbart är den felaktiga förutsättningen, som ger grund för att ifrågasätta avtalet (t ex socialassistentfallet och varvsfallet)? Skulle man kunna tillämpa 36 § AvtL på fall av den typen?

Lehrberg betonar att 36 § AvtL är tillämplig, när parterna har avtalat om en viss fråga, det vill säga när ett uttryckligt avtalsvillkor föreligger. Villkoret kan avse betydelsen av en viss förutsättning – t ex vad som skall hända om en viss förutsättning brister (Suezkanalen stängs av och godset kan inte transporteras den vägen) – men självfallet även vilken annan fråga som helst.[1244] För att 36 § avtalslagen skall kunna tillämpas, måste i vart fall ett avtalsvillkor kunna stämplas som oskäligt.[1245] Detta kan tyckas tala emot att det skulle vara möjligt att ens diskutera en tillämpning av 36 AvtL § i t ex "socialassistentfallet". Anställningsavtalet var, såsom Lehrberg framhåller, uppenbarligen inte i sig oskäligt mot kommunen (se ovan). Det förefaller dock inte orimligt att hävda att en felaktig förutsättning kan göra avtalsvillkoret, som anger parternas huvudförpliktelse (i kommunens fall att betala personen lön), oskälig, om parten ingått avtalet under inflytande av en sådan förutsättning. I "varvsfallet" skulle man kunna hävda att den felaktiga förutsättningen gjorde plåtleverantörens huvudförpliktelse, att tillhandahålla fartygsplåt, oskälig. I fallet Laidlaw v Organ vore det möjligt att anföra att Laidlaws åtagande, att leverera tobak, var oskäligt eftersom avtalet ingicks under den felaktiga förutsättningen att något fredsavtal inte hade ingåtts och att därmed någon kraftig prisstegring på tobak inte skulle äga rum.

Frågan är också om man inte, när man diskuterar som Lehrberg gör, förringar betydelsen av rekvisitet omständigheterna vid avtalets tillkomst. Generalklausulen förutsätter som bekant inte, för att vara tillämplig, att ett avtalsvillkor är oskäligt i sig, det vill säga med beaktande enbart av avtalets innehåll.

Om detta säger Lehrberg följande: *"Genom införandet av generalklausulen ökade visserligen, enligt förarbetena, möjligheterna att angripa avtal på grund*

[1243] Lehrberg, a a, s 164 f och 162 f.
[1244] Lehrberg, a a, s 155.
[1245] von Post, a a, s 286 f. Se även HD i NJA 1989 s 614, som angående 36 § AvtL framhåller: "*Det lagrummet förutsätter för sin tillämpning att det finns ett oskäligt avtalsvillkor*".

av omständigheterna vid dess tillkomst".[1246] Noga räknat är det emellertid inte enbart förarbetsuttalanden, som kan anföras till stöd för att dessa möjligheter ökade i och med att 36 § AvtL infördes. Till skillnad från sin främsta föregångare, 8 § skuldebrevslagen, anger 36 § avtalslagen som bekant uttryckligen att omständigheterna vid avtalets tillkomst skall beaktas vid bedömningen av om ett avtal skall anses vara oskäligt eller inte och det finns i lagtexten inga begränsningar beträffande vilka slags omständigheter som kan beaktas. Lehrberg noterar dock att *"…härvid tänkte man främst på situationer, där avtalspart använt sig av otillbörliga metoder vid avtals ingående"* och hänvisar till förarbetena.[1247] Generalklausulutredningen nämner i sin exemplifiering av vilka omständigheter vid avtalets ingående, som bör kunna beaktas, bland annat missbruk av förhandlingsläget (i form av aggressivt uppträdande, överraskningstaktik, tvång etc), lämnande av missvisande uppgifter (oavsett om uppgiftslämnaren är i god eller ond tro beträffande uppgifternas bristande korrekthet) eller – vilket är betydelsefullt för just detta delavsnitt – undanhållande av betydelsefulla fakta som bort vidarebefordras.[1248] Beträffande detta framhåller Lehrberg att *"[d]essa uppgifter torde få direkt betydelse för möjligheterna att beakta oriktiga uppgifter etc som påverkat avtalets innehåll inom förutsättningslärans tillämpningsområde"*.[1249]

Man kan notera att Lehrberg här anser att rättsutvecklingen, när det gäller möjligheterna att jämka eller ogiltigförklara avtal med stöd av avtalslagen, bör få direkt genomslag i tillämpningen av förutsättningsläran. Det torde innebära att han anser att 36 § avtalslagen och förutsättningsläran vilar på samma värdegrund, en uppfattning jag delar.[1250] Man kan också notera att av de fem omständigheter, som han ägnar särskild uppmärksamhet i sin analys av förutsättningslärans avslutande relevansbedömning (riskrekvisitet), gäller fyra omständigheterna vid avtalets tillkomst och i vart fall tre av dessa har tydlig koppling till den problematik som Generalklausulutredningen diskuterar i det strax ovan refererade sammanhanget: löftesgivarens goda tro (om förutsättningens felaktighet), utfästelse och enuntiation (från löftesmottagarens sida) samt löftesmottagarens onda tro (om förutsättningens felaktighet).[1251]

Frågorna Lehrberg ställer är (något förenklat) om löftesgivaren måste vara i god tro om förutsättningens felaktighet för att förutsättningen skall vara relevant

---

[1246] Lehrberg, a a, s 164.
[1247] Lehrberg, a a, s 164.
[1248] SOU 1974:83, s 132 f.
[1249] Lehrberg, a a, s 164.
[1250] Lehrbergs induktiva metod bygger i stor utsträckning på att identifiera de värden (ändamål, som han uttrycker det) som finns i det privaträttsliga systemet och som kommer till uttryck i lagstiftning och rättspraxis och att utifrån bl a dessa värden sluta sig till vad som bör gälla i oreglerade fall på förutsättningslärans område. Hans syn förefaller utgå ifrån att rättssystemet bygger på en värdestruktur, som avspeglar sig i den positiva rätten och i praxis. Med den utgångspunkten blir det närmast självklart att 36 § AvtL och förutsättningsläran har samma värdegrund.
[1251] Lehrberg, a a, s 294 ff (jfr hänvisning i not ovan).

enligt förutsättningsläran[1252], vilken betydelse utfästelse eller enuntiation från löftesmottagaren avseende den egna prestationen eller faktiska förhållanden har för bedömningen av en felaktig förutsättnings relevans[1253] samt om löftesmottagaren måste vara i ond tro om förutsättningens felaktighet för att förutsättningen skall vara relevant enligt förutsättningsläran[1254]. När Generalklausulutredningen säger att oriktiga eller vilseledande uppgifter, som en av parterna lämnat, bör kunna göra att avtalsvillkor blir att betrakta som oskäligt, oavsett om parten var medveten om uppgifternas karaktär eller inte, tar den därvid upp frågor med koppling till såväl utfästelser och enuntiationer som löftesmottagarens onda tro. Man torde – med förutsättningsterminologi – kunna hävda att utredningen säger att om en felaktig förutsättning framkallats av medkontrahentens utfästelser eller enuntiationer, så kan den förutsättningen vara relevant för oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL. På motsvarande sätt kan man säga att medkontrahentens onda tro i förhållande till sanningshalten i framförda utfästelser eller enuntiationer inte är en nödvändig betingelse för att den felaktiga förutsättningen skall kunna vara relevant för oskälighetsbedömningen (samtidigt som förekomsten av ond tro e contrario är en omständighet som förstärker relevansen).

Lehrberg ser också dessa kopplingar mellan förutsättningsläran och generalklausulen, men framhåller ånyo att *”…förutsättningslärans relevansregler … bör tillämpas vid oriktiga uppgifter, som inte fått avtalet att framstå som oskäligt även bortsett från en förutsättning, som uppgifterna framkallat eller underbyggt”*.[1255] Den tolkningen förefaller inte vara helt självklar. Om en säljare säger att hans produkt har en viss egenskap, köparen litar på det och köper produkten just för den egenskapens skull och det senare visar sig att produkten inte har egenskapen i fråga, skall detta fall alltså – enligt Lehrberg – bedömas enligt förutsättningsläran och inte enligt 36 § AvtL – trots att detta måste anses vara ett typexempel på att part *”…lämnat missvisande uppgifter…”* som det formuleras i Generalklausulutredningen.[1256] (Fallet torde i och för sig i första hand bedömas enligt det köprättsliga regelverket, men från detta bortses för exemplifieringens skull.) Om priset på varan sätts så högt att det motsvarar marknadspriset för en vara som har den saknade egenskapen, kan man hävda att det inte bara är den felaktiga förutsättningen som gör avtalet angripbart, utan också bristande ekvivalens mellan parternas prestationer, och då skulle även Lehrberg anse att avtalet bör angripas med stöd av 36 § AvtL. Om priset däremot motsvarar marknadspriset för en vara utan den utlovade egenskapen är det enbart den felaktiga förutsättningen som gör avtalet angripbart, och då skall förutsättningsläran användas. Att uppställa regler, som bygger på så sofistikerade distinktioner, förefaller inte ägnat att öka systemets överskådlighet eller möjligheterna att förutse utgången av rättsliga tvister. Det

[1252] Lehrberg, a a, s 294 f.
[1253] Lehrberg, a a, s 329 f.
[1254] Lehrberg, a a, s 457 f.
[1255] Lehrberg i kapitel 9 om utfästelser och enuntiationer, a a, s 331.
[1256] SOU 1974:83, s 133.

förefaller svårt att se några sakargument för varför prövningen skall ske i enlighet med olika regler, beroende på om ytterligare brister vidlåter ett avtalsvillkor utöver en felaktig förutsättning eller inte – bortsett från den rättsfallsbaserade argumentation Lehrberg för och som framställningen strax återkommer till.

Distinktionen mellan de i köpexemplet presenterade varianterna (godset är marknadsmässigt respektive inte marknadsmässigt prissatt) illustrerar det man skulle kunna kalla skillnaden mellan ”subjektiv oskälighet” och ”objektiv oskälighet”. Är godset marknadsmässigt prissatt, får köparen i monetära termer det han utifrån priset har rätt att förvänta sig, nämligen en produkt som inte har den förväntade egenskapen. Säljaren har dock mer eller mindre tydligt givit sken av att produkten har egenskapen i fråga och har därigenom förorsakat att köparen ingått köpeavtalet under inflytande av en felaktig förutsättning. Om man anser att detta gör något avtalsvillkor oskäligt gentemot köparen, föreligger det man skulle kunna kalla ”subjektiv oskälighet”. Oskäligheten beror på köparens individuella förväntningar, det vill säga en ”partsberoende norm”. Om någon annan blev erbjuden att köpa varan i fråga för samma pris, utan att få den vilseledande informationen från säljaren och utan att förvänta sig att varan hade den aktuella egenskapen, skulle man inte med hänvisning till avsaknaden av egenskapen kunna hävda att något avtalsvillkor är oskäligt. Om däremot priset vida överstiger marknadspriset för varor av den aktuella typen, kan man hävda att ”objektiv oskälighet” föreligger. Då jämför man avtalsvillkoren som anger parternas respektive prestationer och konstaterar att kraftig obalans råder mellan dem, vilket enligt en ”partsoberoende norm” – ekvivalensprincipen – kan användas som argument för att avtalsvillkoren är oskäliga.

Den avgörande frågan i detta delavsnitt blir om 36 § AvtL kan tillämpas på fall av ”subjektiv oskälighet”.[1257] Frågeställningen har redan berörts, men diskussionen bör utvecklas något. Dotevall talar angående generalklausulen om *”…den objektiva karaktären hos detta stadgande”*, när han jämför lagrummet med förutsättningsläran. När man tillämpar 36 § AvtL ”*behöver därför inte avtalsparts faktiska eller hypotetiska förutsättningar klarläggas”*, fortsätter han, vilket skulle kunna anses tala emot möjligheten att tillämpa 36 § AvtL vid ”subjektiv oskälighet”.[1258] Emellertid föreligger en betydande skillnad mellan vad man ”behöver” göra och vad man rättsenligt ”får” göra. Dessutom bör

---

[1257] Kihlman anser att det som prövas enligt 36 § AvtL är avtalets innehåll snarare än omständigheterna vid dess tillkomst: ”*Även om ogiltighetsreglerna hänför sig till förhållandena vid avtalets ingående, så är den för löftesgivaren ogynnsamma effekten en nödvändig förutsättning för att de skall aktiveras. Om någon blir ’tvingad’ eller ’lurad’ att företa en rättshandling som han ändå skulle ha företagit på samma villkor, så har han i realiteten inte blivit tvingad eller lurad, eftersom motpartens agerande* ***inte har påverkat hans vilja att ingå avtal på de aktuella villkoren***”. (Se Kihlman, a a, s 354 f. Citatet återfinns på s 355. Kursiverade ord markerade med fetstil.) Han diskuterar dock inte huruvida den ”ogynnsamma effekten” måste ha objektiv karaktär eller inte. Språkligt sett torde begreppet ”ogynnsam” täcka *såväl* effekter vilka endast avtalsparten uppfattar negativt *som* objektivt negativa effekter.

[1258] Dotevall, a a, s 449.

framhållas att Dotevall diskuterar tillämpningen av generalklausulen i situationer, då balansen mellan parternas prestationer har rubbats till följd av senare inträffade förhållanden, medan han inte behandlar betydelsen av omständigheterna vid avtalets tillkomst. Han menar att man vid tillämpning av 36 § AvtL på fall av bristande förutsättningar inte ”behöver” ta ställning till vad parterna trodde om den framtida utvecklingen, utan kan lägga redan ekvivalensrubbningen till grund för jämkning av avtalet.[1259] Eftersom jag anser att ekvivalensprincipen är en av de principer som bör anses ge 36 § AvtL dess innehåll, delar jag Dotevalls uppfattning i denna del, men kan samtidigt inte se att det i princip finns något som hindrar att såväl objektiva som subjektiva ”måttstockar” läggs till grund för tillämpningen av generalklausulen.

Lehrberg tycks dock vara inne på samma linje som Dotevall, när han talar om *”…de måttstockar av mer allmän natur, som generalklausulens förarbeten och rättspraxis i anslutning till denna anvisar för bedömningen av avtalsvillkors oskälighet”*.[1260] Otvivelaktigt diskuterar Generalklausulutredningen i första hand objektiva måttstockar för oskälighetsbedömningen, till exempel vad man objektivt sett bör kräva av en avtalspart (när det gäller att avstå från aggressivt uppträdande etc), innehållet i andra rättsregler (t ex marknadsrättsliga regler), innehållet i gott affärsskick, innehållet i partspraxis, ekvivalensförskjutningar vid långvariga avtal samt ett antal omständigheter rörande avtalets innehåll såsom avgörande lagt i överlägsen parts hand, förmånerna å ömse sidor och särskilda klausuler (förfalloklausuler, generalpantklausuler m m).[1261] Parts subjektiva förväntningar ges emellertid indirekt viss relevans, i och med att lämnande av felaktiga uppgifter nämns (se ovan) och det rimligen bör kunna antas att sådant lämnande kan göra ett avtal oskäligt endast om uppgifterna faktiskt påverkade medkontrahentens förväntningar på avtalet och lämnandet därigenom medförde att medkontrahenten hade oriktiga förutsättningar vid avtalets ingående. Hellner anför visserligen följande angående tillämpningen av 36 § avtalslagen: ”*Jämkning förutsätter inte några subjektiva omständigheter (’felaktiga förutsättningar’) hos den part som yrkar ändring, även om sådana kan inverka…”*.[1262] Hans uttalande säger dock endast att felaktiga förutsättningar inte är en *nödvändig* betingelse för tillämpning av generalklausulen, inte att generalklausulen inte kan tillämpas med hänvisning till förutsättningsfel.

Även om förarbetena inte alls hade behandlat ”subjektiv oskälighet” är det för övrigt inte logiskt nödvändigt att utifrån detta faktum göra motsatsslutet att sådan oskälighet inte träffas av generalklausulen, om ”subjektiv oskälighet” rent språkligt ryms inom paragrafens tillämpningsområde. Begreppet oskälig betyder, som tidigare har noterats[1263], i förevarande sammanhang detta: *”som icke*

[1259] Dotevall, a a, s 449 f.
[1260] Lehrberg, a a, s 160.
[1261] SOU 1974:83, s 131 ff.
[1262] Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, 2 häftet, 2 uppl, Stockholm 1993, s 66. Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran, s 155.
[1263] Delavsnitt 3.5.2.

överensstämmer med en sund och naturlig uppfattning om vad som är rätt och billigt, icke skälig; särskilt (i synnerhet om krav, pris, vinst, straff och dylikt): som går för långt eller är alltför högt tilltagen".[1264] Den sistnämnda delen av definitionen (efter "särskilt") tar sikte på ekvivalensfrågan, balansen mellan till exempel parternas prestationer i ett avtalsförhållande. Ekvivalensen får betraktas som en objektiv måttstock, men vid beaktandet av vad som är "rätt och billigt", kan rimligen även parternas subjektiva förväntningar på avtalet tas med i bedömningen. I denna avhandling diskuteras flera dygder och principer som kan motivera varför det är "rätt" att ta hänsyn till sådana förväntningar, bland annat viljeprincipen (viljan att ingå avtalet baserades inte på fullständig information, eftersom en felaktig förväntning förelåg). Också språkligt sett torde det alltså finnas utrymme för tillämpning av generalklausulen vid "subjektiv oskälighet".

Mot en extensiv tillämpning av 36 § AvtL talar att HD i några fall rörande felaktiga förutsättningar har valt att tillämpa förutsättningsläran i stället för generalklausulen. Inte heller detta kan dock betraktas som en avgörande invändning mot att tillämpa 36 § AvtL även på fall, där det enda som gör avtalsvillkoret angripbart är en felaktig förutsättning, när det är möjligt att anföra visst förarbetsstöd och språkligt stöd för en sådan tillämpning. von Post konstaterar att även om HD i NJA 1985 s 178 fann det ligga närmast till hands att tillämpa förutsättningsläran, så sade domstolen inte att det inte hade varit möjligt att tillämpa 36 § AvtL.[1265] (Däremot, noterar jag, anförde HD uttryckligen att 30 och 33 §§ AvtL inte var tillämpliga på fallet.) Valet av rättsgrund kan för övrigt påverkas av vilken rättsföljd som eftersträvas. I NJA 1985 s 178 konstaterar HD att det ligger närmast till hands att först pröva om ogiltighet föreligger enligt förutsättningsläran, när det *"…görs gällande att avtalet som sådant är ogiltigt på grund av felaktiga förutsättningar vid avtalets ingående"*. Om något annat än avtalets ogiltighet hade yrkats, är det således tänkbart att prövningen hade skett på annan grund, även om orsaken till att avtalet angreps hade varit densamma.[1266] I NJA 1989 s 614 framhåller HD att inte vilka civilrättsliga rättsverkningar som helst kan åstadkommas med tillämpning av förutsättningsläran, medan domstolarna vid tillämpning av 36 § avtalslagen är friare att välja den lösning som i det enskilda fallet ter sig mest praktisk.[1267]

Det sagda innebär, menar jag, att i många fall skulle såväl 36 § avtalslagen som förutsättningsläran kunna tillämpas, i synnerhet (med tanke på det ovan nämnda förarbetesuttalandet) om den felaktiga förutsättningen förorsakats av

---

[1264] Svenska Akademiens ordbok, studerad på internet, www.svenskaakademien.se. Senast kontrollerad avseende detta ord 2003-09-25. Förkortade ord är utskrivna i sin helhet.
[1265] von Post, a a, s 286.
[1266] När Hellner diskuterar skillnaderna mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran, lägger han stor vikt vid rättsföljderna (Kontraktsrätt 2, s 66).
[1267] *"I svensk doktrin har man i allmänhet utgått från att de rättsverkningar som kan bli aktuella vid tillämpning av förutsättningsläran är total eller partiell ogiltighet eller overksamhet. /…/ Den nya generalklausulen kan tillämpas så att en avtalsförpliktelse jämkas i skärpande riktning"*, säger HD bland annat. Jfr Hellner, Kontraktsrätt 2, s 66, Holm, a a, s 107 och von Post, a a, s 286 f.

medkontrahentens agerande (eller brist på agerande, exempelvis försummad upplysningsplikt). Man skulle till exempel kunna hävda att Laidlaws huvudåtagande, att leverera en viss mängd tobak, är oskäligt, eftersom avtalet ingicks under den felaktiga förutsättningen att något fredsavtal inte hade ingåtts och att någon kraftig ökning av marknadspriset därför inte skulle äga rum. De närmare förutsättningarna för att det skall vara möjligt att komma fram till en sådan ståndpunkt skall diskuteras i det följande.

Det bör här framhållas att det dock finns situationer, då förutsättningsläran och inte 36 § avtalslagen är relevant.[1268]

Avslutningsvis kan noteras att PECL innehåller en artikel (4:103) vars innehåll i relativt hög grad liknar förutsättningsläran.[1269] Det torde allmänt sett innebära att resonemang angående tillämpningen av 36 § avtalslagen troligen skulle hamna tämligen nära vad som skulle bli resultatet av en tillämpning av PECL artikel 4:103, om resonemangen där det är möjligt utformas i nära överensstämmelse med vad som anses gälla beträffande förutsättningsläran. Att anknyta 36 § avtalslagen till förutsättningsläran, i de avseenden det kan göras, skulle således kunna vara ett sätt att bidra till att tillämpningen av generalklausulen kommer att harmoniera med det europeiska integrationsarbetet på avtalsrättens område.

6.3.2.2.3 Närmare om upplysningspliktens omfattning

Visserligen tycks exempelvis Runesson och Hultmark ta för givet att 36 § avtalslagen kan tillämpas på fall rörande bristande uppgiftslämnande, men ingen av dem förefaller att närmare ha övervägt om upplysningspliktens omfattning har påverkats genom införandet av paragrafen i fråga och dess tillämpning på fall angående upplysningsplikt tycks inte närmare ha analyserats. [1270] Hultmark säger, utan hänvisning till något specificerat förarbetsuttalande, att införandet av generalklausulen inte syftade till *”…någon väsentlig förändring av gällande rätt”*.[1271] Det framstår inte som helt klart om uttalandet syftar på gällande

---

[1268] Se t ex NJA 1989 s 614, där HD säger: *”Anne-Marie Q har också åberopat 36 § avtalslagen. Det lagrummet förutsätter för sin tillämpning att det finns ett oskäligt avtalsvillkor. 1975 års avtal innehåller ett villkor som inte var möjligt att förverkliga. Det är alltså något annat än ett oskäligt villkor. Talan kan därför inte vinna bifall med stöd av nämnda lagrum”*. Dessförinnan hade HD prövat om talan kunde bifallas med hänvisning till förutsättningsläran (vilket befanns inte vara möjligt), eftersom ett villkor som visar sig vara omöjligt att förverkliga onekligen får anses bygga på en felaktig förutsättning.

[1269] *”(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or (iii) the other party made the same mistake, and (b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so on fundamentally different terms. (2) However a party may not avoid the contract if: (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be born, by it.”*

[1270] Hultmark konstaterar dock (Upplysningsplikt, s 25) att ett avtal kan *”…anses som oskäligt (36 §) om man vid avtalets tillkomst förtigit viktiga omständigheter”*.

[1271] Hultmark, Upplysningsplikt, s 77, not 2.

avtalsrätt i allmänhet eller gällande rätt avseende upplysningspliktens omfattning i synnerhet, men eftersom upplysningspliktens omfattning inte behandlas närmare i förarbetena till generalklausulen, torde oklarheten i syftningen vara av mindre betydelse. Vad som däremot står klart är att man kan ifrågasätta korrektheten i påståendet. Införandet av 36 § avtalslagen har av många, inte minst lagstiftaren, uppfattats leda till ett förändrat rättsläge: *”För min del anser jag att starka skäl talar för att domstolarna får ökade möjligheter att jämka eller åsidosätta avtalsvillkor”*, heter det till exempel i propositionen.[1272] Ett viktigt syftet med paragrafens införande kan sägas ha varit att skärpa kraven på ärlighet, lojalitet och hederlighet i avtalsrelationer.[1273] Sålunda finns det, anser jag, goda skäl att diskutera om 36 § avtalslagen kan läggas till grund för en något strängare syn på upplysningsplikten än den som för närvarande tycks vara gällande. Framställningen återkommer till den närmare utformningen av upplysningsplikten, med beaktande av även 36 § avtalslagen, efter en på doktrin baserad diskussion om vad upplysningsplikt närmare innebär.

Man kan, som tidigare anfördes[1274], identifiera ett antal omständigheter, som skulle kunna vara av betydelse för att bedöma om en part bör anses ha upplysningsplikt eller inte.[1275] Runesson nämner främst uppsåtsfrågan (om förtigandet var dolöst eller culpöst eller ingetdera), om informationen rör förhållanden inom löftesgivarens eller löftesmottagarens sfär eller ligger utanför bådas sfärer, om informationen rör destruktiva, redistributiva eller produktiva fakta, hur säker informationen är, hur lättillgänglig informationen är (hade informationen hunnit bli allmänt tillgänglig och var den tillgänglig för just parten i fråga?) samt hur informationen har åtkommits av den part som innehar den (t ex av en slump eller genom arbete, lagligt eller olagligt).

Enligt Runessons uppfattning torde gällande svensk rätt innehålla en huvudregel, som innebär att om part uppsåtligen inte lämnar medkontrahenten information, som han inser är relevant för medkontrahentens beslut att ingå avtalet, så bör medkontrahenten med framgång kunna rättsligt angripa avtalet.[1276] Detta innebär en tämligen långtgående upplysningsplikt. Huvudregeln kan dock, enligt Runesson, frånkännas tillämplighet, om parten kan anföra någon ”motgrund” [1277], d v s någon omständighet som talar mot att partens onda tro tillerkänns

---

[1272] Prop 1975/76:81, s 103. Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran, s 159, där han säger att införandet av generalklausulen syftade till att *”lägga ny mark under plogen”*.
[1273] Jfr delavsnitt 3.5.3 om 36 § avtalslagen och den goda avtalsrelationen.
[1274] Se delavsnitt 6.3.3.2.1.
[1275] Se Runesson, a a, kapitel 3, s 111 ff. Hultmark diskuterar en liknande omständighetslista (a a, s 12 ff). För nothänvisningar i övrigt angående informationen i detta stycke hänvisas till delavsnitt 6.3.3.2.1.
[1276] Runesson, a a, s 166. Ett annat sätt att uttrycka detta är att parten är i ond tro om att medkontrahenten ingår avtalet under inflytande av en villfarelse (felaktig förutsättning); jfr Lehrberg, Förutsättningsläran, s 457. Jfr PECL art 4:103 1:a:ii och 1:b.
[1277] Begreppet motgrund är hämtat från Karlgren (se t ex a a, s 105).

relevans.[1278] Som generell motgrund anför han att informationen gäller något annat än destruktiva fakta samt, med avseende på redistributiva fakta, att informationen var tillgänglig för medkontrahenten på annat sätt än genom upplysning från parten.[1279] Produktiva fakta skulle således i princip inte omfattas av upplysningsplikten. Han diskuterar också, delvis med hänvisning till Karlgren, bl a motgrunderna att informationen rör prisbildning eller konjunkturer, affärshemligheter och partens egen vacklande ekonomi (om inte en konkurs är omedelbart förestående).[1280]

Lehrberg formulerar en generell regel som kan sägas innebära att upplysningsplikt föreligger, om den part, som innehar informationen i fråga, inser eller bör inse att en väsentlig förutsättning föreligger för medkontrahenten och att den är felaktig samt att medkontrahentens misstag är ursäktligt (vilket innebär att vederbörande fullgjort eventuell undersökningsplikt samt inte i övrigt insett eller bort inse misstaget[1281]).[1282] Härutöver krävs, enligt Lehrberg, att det skall framstå som klandervärt att inte lämna upplysningen, ty *”…[n]ågon gång kan det nämligen vara försvarligt att löftesmottagaren inte upplyser om vad han känner till*”.[1283] Han urskiljer fyra typfall (”motgrunder”, om man vill använda Karlgrens begrepp), när det är försvarligt att tiga, enligt följande.[1284] Parten behöver inte upplysa om sina egna bevekelsegrunder vid avtalsslutet, förutsatt att de inte rör omständigheter som gör avtalet mer betungande eller mindre gynnsamt för medkontrahenten än denne förutsätter. Eftersom det i viss utsträckning är tillåtet att utnyttja *”överlägsen affärsskicklighet”* måste part inte ta medkontrahenten ur en villfarelse om avtalets allmänna förmånlighet, givet att villfarelsen bygger på *”…förhållanden som parterna inte har säker kunskap om, utan måste skönsmässigt uppskatta…”* och inte på konkreta fakta som parten förtiger trots att han inser deras betydelse för medkontrahenten. (Konkreta fakta får inte förtigas ens om de kan anses vara affärshemligheter, anser Lehrberg.) Upplysningsplikten är, menar han vidare, inskränkt av praktiska skäl vid vissa typer av rättshandlingar, t ex betalning och massavtal, dock endast vad avser individuella förutsättningar. Det finns vidare några fall, i vilka det av speciella, främst personliga, skäl inte bör råda upplysningsplikt, t ex misstag rörande privatliv eller andra rent ”*icke-ekonomiska förhållanden”* eller om ett påpekande av misstaget troligen skulle tas illa upp.

[1278] Jfr PECL art 4:103 1:a:ii, där det krävs att parten som hade information agerade *”…contrary to good faith and fair dealing…”*; om parten inte agerade i strid mot dessa normer kan avtalet inte angripas på denna grund.
[1279] Runesson, a a, s 121.
[1280] Runesson, a a, s 120 ff.
[1281] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 507. Jfr PECL art 4:103 2:a, vari stadgas att den misstagna parten inte kan undgå avtalsbundenhet, om *”in the circumstances its mistake was inexcusable…”*. Jfr illustration 8 till art 4:103 (s 234).
[1282] Jfr Håstad, Säljarens upplysningsplikt, JT 1992-93 nr 4, s 612.
[1283] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 506. Jfr Runessons delvis kritiska kommentarer till Lehrbergs ståndpunkter, a a, s 136 f.
[1284] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 508 f. Se ang den sistnämnda ”motgrunden” även Runesson, a a, s 131.

Hultmark lanserar tesen att upplysningsplikt föreligger om part har faktisk kännedom om ett visst förhållande, vet att medkontrahenten saknar sådan kännedom, inser att förhållandet är av betydelse för medkontrahenten samt medkontrahenten har en typisk förväntan om att bli upplyst om förhållandena i fråga.[1285] Sådan förväntan kan föreligga med hänvisning till bl a avtalstypen och parternas relation (en förtroendefull relation ökar förväntningarna på att få information). Däremot förväntar sig medkontrahenten inte att bli upplyst om att avtalsobjektet kan köpas billigare hos någon annan och naturagäldenären förväntar sig inte att få information om avtalsobjektets egenskaper.[1286] För att använda Runessons terminologi (se strax ovan) handlar sistnämnda diskussion om vems sfär informationen gäller. I förstnämnda fall gäller det information om marknadsförhållanden som torde anses ligga utanför båda parternas sfärer, medan det i det andra fallet rör sig om förhållanden inom partens egen sfär.

Runesson kritiserar Hultmarks tes och menar att den antingen bygger på ett cirkelresonemang – part har upplysningsplikt om medkontrahenten typiskt sett förväntar sig att bli upplyst, men förhandenvaron av en upplysningsplikt måste väl konstituera en typisk förväntan om att bli upplyst – eller är innehållslös, nämligen om den typiska förväntan inte konstitueras av förhandenvaron av en upplysningsplikt, utan (med betoning på ”typiska”) av att någon finner medkontrahenten (medkontrahenter i en sådan situation) skyddsvärd på grund av någon rättsregel, ändamålsöverväganden eller fritt skön.[1287] När det gäller ”dolösa förtiganden”, vilket är vad Hultmark diskuterar, menar Runesson, utifrån sitt rättsekonomiska perspektiv, att en lämplig analytisk utgångspunkt för att fastställa upplysningspliktens omfattning är intresset att premiera investering i information.[1288] Han anser att det därigenom vore möjligt att uppnå *”…en högre grad av förutsebarhet i rättstillämpningen genom att bedömningen i stor utsträckning lösgörs från det fria skönet och därtill knutna moraliska värderingar (som kan skifta från person till person och förändras över tiden)”*.[1289]

Om Runessons invändningar kan man säga att det förefaller en smula inkonsekvent att anse Hultmarks tes innehållslös, om den bygger på att upplysningsplikt föreligger gentemot en part som är skyddsvärd med hänvisning till ändamålsöverväganden, och sedan själv hävda att upplysningspliktens omfattning bör avgöras av strävan att förverkliga ändamålet att premiera investering i information. Möjligen är dock Runessons kritiska udd riktad mot det faktum att Hultmark inte preciserar *vilka* ändamålsöverväganden som bör påverka upplysningspliktens omfattning, vilket förefaller vara en rimlig synpunkt. När det gäller frågan om att lösgöra fastställandet av upplysningspliktens omfattning från det ”fria skönet”, delar jag i och för sig

[1285] Hultmark, Upplysningsplikt, s 19.
[1286] Hultmark, Upplysningsplikt, s 80.
[1287] Runesson, a a, s 124, not 55.
[1288] Runesson, a a, bl a s 165 f.
[1289] Runesson, a a, s 165.

uppfattningen att skönsmässiga avgöranden bör undvikas, men jag tror att jag och Runesson har olika syn på vad som är ett sådant avgörande. Enligt min uppfattning kännetecknas skönsmässiga ställningstaganden av att de inte kan – eller i vart fall inte behöver – motiveras med i diskursen accepterade argument.[1290] Ställningstagandena kan således vara helt godtyckliga. När det däremot gäller det Runesson kallar ”moraliska värderingar”, är som bekant en ståndpunkt i denna avhandling att det går att föra en vetenskaplig diskussion om sådana värderingars berättigande och att uttalat stöd för sådana värderingar kan baseras på vetenskapliga överväganden och alls inte måste baseras på godtycke. Härtill kommer att även ståndpunkten ”rättsordningen bör premiera investering i information” bygger på ett etiskt ställningstagande (eller en ”moralisk värdering”, om man vill uttrycka det så), noga räknat ett konsekvensetiskt sådant. Förvisso kan det växla ”från person till person” hur stor vikt man vill lägga vid exempelvis ståndpunkten att rättsordningen bör premiera investering i information eller ståndpunkten att rättsordningen bör eftersträva ”den goda avtalsrelationen”, men båda åsikterna kan motiveras med vetenskapliga argument. Vad beträffar förutsebarheten är det nog så att om ett komplicerat typproblem förenklas, genom att ett antal till synes relevanta faktorer per definition görs irrelevanta och lösningen görs avhängig en enda faktor, blir det mer förutsebart hur problemet kommer att lösas, i princip oavsett vilken faktor som ges ”exklusiv relevans” .[1291] Om detta leder till en materiellt lämplig lösning är däremot en annan fråga.

För att återgå till den mer konkreta diskussionen om upplysningspliktens omfattning, kan man konstatera att frågan har fått olika svar i doktrinen, men att det finns likheter mellan synsätten. Såväl Runesson som Lehrberg och Hultmark förefaller, att döma av det ovan sagda, att vara överens om att det i vissa fall föreligger upplysningsplikt, om följande omständigheter är för handen: part besitter (eller bör besitta[1292]) viss information, inser (eller bör inse[1293]) att medkontrahenten saknar informationen ifråga (en felaktig förutsättning föreligger för medkontrahenten), samt inser (eller bör inse[1294]) att informationen är av betydelse för medkontrahentens beslut att ingå det ifrågavarande avtalet (medkontrahenten agerar under inflytande av den felaktiga förutsättningen). Redan dessa rekvisit visar, menar jag, att dygden lojalitet och lojalitetsprincipen spelar en viktig roll i det avtalsrättsliga systemet. Det finns ett grundläggande krav på att man skall tillvarata medkontrahentens intressen (vara lojal), bland annat genom att lämna medkontrahenten betydelsefull information.

De tre författarna är överens om att ytterligare någon omständighet måste vara för handen för att upplysningsplikt skall föreligga, men med avseende på vilken

---

[1290] Se delavsnitt 3.4.6.
[1291] Jfr den i Hillman, a a, återgivna kritiken av rättsekonomerna Posner och Rosenfields teser (a a, s 159).
[1292] Hultmark diskuterar inte culpös okunskap, a a, s 21.
[1293] Hultmark anser att faktisk insikt krävs, a a, s 23 f.
[1294] Hultmark anser att faktisk insikt krävs, a a, s 23 f.

skiljer de sig åt. Runesson anför frånvaro av någon ”motgrund”[1295], Lehrberg anför att medkontrahentens okunskap (misstag) är ursäktlig samt (i praktiken) frånvaro av någon motgrund (det skall framstå som klandervärt att inte upplysa), medan Hultmark anför att medkontrahenten skall ha en typisk förväntan om att bli upplyst. Också Hultmarks resonemang skulle kunna formuleras i motgrundstermer , dvs man har en typisk förväntan om att bli upplyst, om inte en motgrund föreligger. Om fastställandet av vad som är en motgrund bygger på ett normativt ställningstagande utanför hennes argumentationsmodell, räddas modellen från Runessons påstående om att den skulle vara baserad på ett cirkelresonemang. En av hennes motgrunder tycks kunna vara att informationen gäller förhållanden inom parts egen sfär eller utanför båda parternas sfärer (se ovan). Lehrbergs krav att misstaget skall vara ursäktligt kan sägas anknyta till den av Runessons motgrunder ovan som säger att utebliven information om redistributiva fakta inte påverkar avtalets giltighet, om medkontrahenten hade kunnat få informationen i fråga från annat håll än sin avtalspart. Man skulle kunna hävda att okunskapen inte är ursäktlig, om informationen var tillgänglig även på annat håll än hos avtalsparten.

Med tanke på enigheten i doktrinen och det rättskällestöd som där anförs, tycks det finnas goda skäl att acceptera de tre ”grundrekvisiten” för att upplysningsplikt skall föreligga. Därmed blir en central fråga onekligen vilka motgrunder som rättsordningen accepterar för att en person inte skall ha upplysningsplikt, när de tre rekvisiten är uppfyllda, om prövningen sker enligt 36 § avtalslagen. Eftersom HD inte har avgjort den frågan, får rättsläget sägas vara osäkert. Frågan kommer att behandlas i nästa delavsnitt, med utgångspunkt i det ovan presenterade rättsfallet om tobaksköpet.[1296]

[1295] Karlgrens motgrundsbegrepp, som Runesson använt, kommer att begagnas i det följande, eftersom det, enligt min mening, bidrar till ökad tydlighet. Utgångspunkten är att part skall informera medkontrahenten om sådant parten känner till och inser är betydelsefullt för medkontrahenten, om parten vet att medkontrahenten inte känner till det, men det finns situationer då sådan plikt inte föreligger, nämligen om parten kan anföra en *motgrund*, dvs ett argument mot upplysningsplikt. Se Karlgren, Hjalmar, Avtalsrättsliga spörsmål, 2 uppl, Stockholm 1954, s 105 f.

[1296] Det är värt att notera att dansk, norsk, tysk och engelsk doktrin främst diskuterar när upplysningsplikt föreligger (se t ex Krüger, a a, s 639 ff, Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 191 f, Flume, a a, s 541, Medicus, a a, s 302, Whincup, a a, s 243, Cooke/Oughton, a a, s 485), medan den svenska diskussionen med ovanstående utgångspunkter dryftar när upplysningsplikt inte föreligger. En del av de exempel som ges och den diskussion som förs i utländsk doktrin blir därmed redan på den grunden mindre relevant för svenska förhållanden. Exempelvis säger engelsk doktrin att lämnande av ofullständiga upplysningar kan ge grund för ogiltigförklarande av avtal (Cooke/Oughton, a a, s 485; jfr ang dansk rätt ett liknande resonemang i Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 191), men har man utgångspunkten att en generell upplysningsplikt föreligger, behöver man inte mejsla ut specifika situationer då part har plikt att lämna upplysningar. PECL art 4:103 synes ligga tämligen nära den svenska inställningen att döma av följande kommentar*: "It is not necessary to lay down categories of which kind of misapprehension will give rise to a remedy for mistake and which will not"* (s 233).

6.3.2.2.3 Vad-frågan med inslag av vem-frågan, när-frågan och hur-frågan

Det framstår som tämligen uppenbart att Organ hade information, som han visste skulle vara av betydelse för Laidlaws vilja att ingå avtalet och som han måste ha insett att Laidlaw saknade. (Han fick i vart fall sådan insikt, när Laidlaw frågade om han hade hört några nyheter om det eventuella fredsslutet, en fråga som inte blev besvarad.) De tre ”grundrekvisiten” för upplysningsplikt är således täckta. En allmän och en specifik fråga inställer sig då. Vad krävs, utöver uppfyllande av de tre ”grundrekvisiten”, för att upplysningsplikt skall anses föreligga? Är detta sista rekvisit uppfyllt i föreliggande fall?
Dessa båda frågor kommer att diskuteras med utgångspunkt i de omständighetskategorier, som ovan[1297] befanns vara relevanta för bedömningen av fall av förevarande typ.

Vad-frågan, när den gäller vad för slags information som Organ innehade, kan i sin tur delas in i delfrågor.[1298] Till vilken kontrollsfär kan informationen hänföras – Organs, Laidlaws eller ingendera partens? Avser informationen destruktiva, redistributiva eller produktiva fakta?[1299] Hur säker är informationen?

Frågan om till vems kontrollsfär[1300] informationen kan hänföras kan vara av betydelse, eftersom man typiskt sett kan utgå ifrån att den, inom vars sfär något befinner sig, har större möjligheter än medkontrahenten att inhämta information om detta något.[1301] Det medför rimligen att ärlighets- och lojalitetsdygderna och de därmed sammanhängande principerna innefattar högre krav på lämnande av upplysningar avseende förhållanden inom den egna sfären än avseende andra förhållanden. Även det omvända bör förmodligen gälla som en utgångspunkt, nämligen att kravet på lämnande av upplysningar är lägre avseende förhållanden inom medkontrahentens sfär.[1302] Med hänvisning till omsorgsdygden och vigilansprincipen bör man typiskt sett kräva att varje part håller reda på viktiga förhållanden inom sin sfär och inte har anspråk på att få sådan information av medkontrahenten. Detta bör dock, enligt min mening, gälla endast som en utgångspunkt.

Hultmark för ett resonemang som anknyter till det just sagda. Hon anser att följande uttalande i ett amerikanskt rättsfall från 1942 gäller även beträffande svensk rätt: *”I can buy my neighbor’s land for a song, although I know and he*

[1297] Delavsnitt 6.3.3.2.1.
[1298] Kategoriseringen bygger vidare på Runessons distinktioner. Se Runesson, a a, kapitel 3, s 111 ff.
[1299] Jag väljer att använda Runessons ekonomiskt färgade begrepp, eftersom jag finner att de har ett pedagogiskt värde.
[1300] I en parts kontrollsfär ingår sådant som parten kontrollerar, sådant som befinner sig ”på partens sida” i förhållande till medkontrahenten. Jfr Runesson, a a, s 138 ff.
[1301] Det bör betonas att detta är en presumtion, inte en beskrivning av fakta avseende alla tänkbara fall.
[1302] Jfr Runesson, a a, s 138 f.

doesn't that it's oil bearing. That isn't dishonest, it is 'smart business'…".[1303] Hon förklarar sin ståndpunkt med att en fastighetssäljare typiskt sett inte förväntar sig att medkontrahenten har bättre kännedom om fastigheten än han själv har och därför inte förväntar sig att få upplysningar om fastigheten från medkontrahenten. Rimligen måste detta resonemang bygga på ett "sfär-tänkande", dvs att fastigheten befinner sig inom säljarens kontrollsfär och därför förväntas säljaren såväl ha störst möjligheter att informera sig om densammas beskaffenhet som visa sådan omsorg om sina egna intressen att han faktiskt skaffar sig grundlig information om sin fastighet innan han säljer den.

När jag säger att Hultmarks inställning kan gälla endast som en utgångspunkt, kan det motiveras med att det i enskilda fall kan föreligga omständigheter, vilka talar för att köparen hade avsevärt större möjligheter än säljaren att skaffa information om fastigheten. I sådana fall bryts således presumtionen om vem som enklast kan inhämta information. Sådana omständigheter kan till exempel gälla *vilka* avtalsparterna är, *när* informationen i fråga blev tillgänglig eller *hur* informationen har inhämtats.

Låt oss, när det gäller *vilka* parterna är, säga att den som köpte sin grannes mark för en sång är ett stort oljebolag, med omfattande resurser för att inhämta information om var det finns olja, medan grannen är en farmare, utan någon kunskap om oljeprospektering.[1304] Det torde vara uppenbart att oljebolaget i det fallet har bättre möjligheter att bedöma förekomsten av olja på grannens mark än vad markägaren själv har.

Beträffande frågan om *när* informationen blev tillgänglig, kan man konstatera att ju kortare tid som förflyter mellan informationens tillgängliggörande och avtalets ingående, desto mindre möjlighet har parterna att inhämta informationen. Om en rapport om oljeprospekteringsresultat släpps dag ett och en ägare till mark som omnämns i positiva ordalag i rapporten kontaktas av en potentiell köpare dag två, har markägaren uppenbarligen inte haft så stora tidsmässiga möjligheter att ta del av rapporten.[1305]

[1303] Hultmark, Upplysningsplikt, s 45. Rättsfallet är Blair v National Security Ins. Co, 126 F.2d 955, 958 (3d Cir. 1942).

[1304] Se ang betydelsen av parternas personliga egenskaper för upplysningspliktens omfattning även delavsnitt 6.3.3.2.4.

[1305] Jfr Hultmark, Upplysningsplikt, s 44. Hon menar att en fastighetsköpares anspråk på att få upplysningar från säljaren bör reduceras, om säljaren innehaft fastigheten endast under kort tid och köparen vet om detta. Tanken bakom resonemanget är väl att fastigheten kommer att ingå i säljarens sfär i högre och högre grad, i takt med att säljaren kan skaffa sig mer och mer information om fastigheten. Å andra sidan kan upplysningsplikt i första hand bli aktuell beträffande sådant en person faktiskt vet och om säljaren faktiskt vet något om fastigheten, som är väsentligt för köparen att bli informerad om, är det svårt att se varför det skulle vara mindre illojalt av säljaren att undanhålla denna information, om säljaren innehaft fastigheten en kort tid, jämfört med om innehavet varit långvarigt. "Vet man så vet man." När det gäller upplysningsplikt avseende sådant en person *bör* veta, kan det möjligen bli mer aktuellt att i bedömningen av vad man bör veta väga in vilka tidsmässiga möjligheter vederbörande haft att informera sig. Hultmark synes dock anse att det krävs faktisk vetskap för att upplysningsplikt skall föreligga (a a, s 24). Det gör att resonemanget kan bli

Vad gäller *hur* informationen har inhämtats, kan man skilja mellan information som är allmänt tillgänglig och sådan information, till vilken åtkomsten är begränsad.[1306] Om köparen av grannens mark (genom sin anställning, industrispionage eller på annat sätt) hade fått tillgång till företagsintern information från ett oljebolag om var det bedöms finnas oljefyndigheter, är det lätt att konstatera att grannen förmodligen inte hade möjlighet att få del av samma information. Man skulle även kunna skilja mellan lätt tillgänglig allmän information[1307] och information, som visserligen formellt sett är allmänt tillgänglig (i bemärkelsen inte sekretessbelagd enligt lag eller icke-offentlig till följd av att den är privat egendom), men som man endast med stor ansträngning kan få ta del av (arkivforskning etc) eller tillgodogöra sig (tolkning av komplicerade formler, översättning av text på främmande språk etc). Beträffande allmänt tillgänglig information av sistnämnda typer, kan vilka parterna är vara av stor betydelse för deras möjligheter att inhämta informationen i fråga. En professionell oljeletare kanske kan läsa en geologisk rapport, som ligger lätt åtkomlig på en hemsida på internet, och på några minuter konstatera att det med stor sannolikhet finns olja i det beskrivna området, medan en lekman inte skulle kunna tillgodogöra sig någonting av rapportens innehåll. Alternativt kanske det i en handling på ett sätt som vem som helst förstår står skrivet att det är sannolikt att det finns olja på en viss plats, men handlingen kan inte annat än av en slump påträffas av den som är ovan att leta i stora arkiv eller i arkiv av det aktuella slaget.

Mot bakgrund av det just sagda vill jag hävda att det finns goda argument för att lojaliteten och ärligheten i många fall kräver att markköparen i Hultmarks exempel delger grannen sin information om förekomsten av olja, innan något köpeavtal ingås.[1308] Sker inte detta kan det inte uteslutas att avtalet kan angripas

---

problematiskt även ur ett annat perspektiv. Om en köpares typiska förväntningar växer och växer i takt med att ägaren (den blivande säljaren) innehar fastigheten längre och längre tid, samtidigt som ägarens (säljarens) faktiska kunskaper om fastigheten inte alls ökar (ägaren är helt ointresserad av att informera sig om sin egendom), så blir köparens förväntningar helt betydelselösa, om ägaren (säljaren) kan freda sig från anklagelser om icke iakttagen upplysningsplikt genom att hänvisa till att han ingenting visste och ingenting ville ta reda på.

[1306] Jfr beträffande dansk syn på avtalslagens svekparagraf i detta hänseende Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 191. Jfr även Runesson, a a, s 165 f, som de lege ferenda menar att avtalsparts okunnighet om allmänt tillgänglig information inte kan vara ursäktlig i här relevant avseende, men påpekar att det inte är säkert att denna ståndpunkt överensstämmer med gällande rätt. Själv anser jag, som framgår strax nedan, att en nyanserad bedömning krävs, även när det gäller information som formellt är allmänt tillgänglig.

[1307] Se ang betydelsen av informationens karaktär för upplysningspliktens omfattning även delavsnitt 6.3.3.2.4.

[1308] Jfr Hultmarks kommentar till NJA 1991 s 808 om rådighetsfel: *”I princip är det ju fråga om ett illojalt beteende oberoende av vem av parterna som förtiger viktiga omständigheter för att avgöra köpobjektets värde”* (Hultmark, Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kioskrörelse, JT 1991-92, nr 4, s 704). Jfr även kommentaren till PECL art 4:103 (s 232): *”The Principles recognise a general principle that a party should not be entitled to take advantage of a serious mistake by the other as to the relevant facts or law”*.

med stöd av 36 § avtalslagen.[1309] Den motstående omsorgsdygden får mindre tyngd, ju mindre faktisk möjlighet grannen hade att själv inhämta informationen i fråga.[1310] Se vidare delavsnitt 6.3.2.2.6 om den slutliga avvägningen av argumenten i fallet.

Det man kan diskutera utifrån omsorgsdygden är vilken betydelse det skulle kunna ha, om grannen exempelvis borde inse att köpeerbjudandet kunde bero på att hans mark var värd mer än han själv kände till eller om grannen tog en medveten risk (jfr Lehrbergs tal om att löftesgivarens misstag måste vara ursäktligt; se ovan).[1311] Om ett oljebolag lägger ett bud på ett markområde, skulle nog en typisk markägare uppfatta det som en ”varningssignal” och en ”uppmaning” att skaffa mer information om sin egen mark, till exempel genom att anlita sakkunnig hjälp. Det förefaller därvidlag rimligt att skilja mellan åtminstone fyra fall.

1. Parten borde typiskt sett ha insett att han borde skaffa mer information, men parten i det enskilda fallet insåg det inte till följd av okunskap eller någon annan personlig brist. I detta fall tycks skyddsbehovet vara detsamma som om part av något skäl inte har förmågan att inhämta informationen i fråga.

2. Parten borde typiskt sett ha insett att han borde skaffa mer information, men valde att inte skaffa mer information, eftersom han litade på medkontrahenten (t ex på att det av medkontrahenten föreslagna priset för marken var rimligt). I detta fall förefaller lojalitetsdygden tala för att parten är skyddsvärd, i synnerhet om medkontrahenten fått klart för sig att parten hyste tillit till att medkontrahentens bud var rimligt. Man kan också tänka sig andra skäl till att parten valde att inte skaffa mer information, till exempel att han inte visste hur han skulle göra eller att han inte hade råd att skaffa informationen eller få hjälp att skaffa den; i sådana fall gör hans okunskap respektive bristande resurser honom i viss mån skyddsvärd.

3. Parten borde typiskt sett ha insett att han borde skaffa mer information, men insåg det inte till följd av oaktsamhet. Detta är en situation, i vilken parten inte framstår som särdeles skyddsvärd. Emellertid: en förutsättning för att denna oaktsamhetsproblematik skall kunna uppkomma är att parten (till följd av svaret på vem-frågan, när-frågan och hur-frågan) skulle ha haft svårt att inhämta

---

[1309] Jag avstår från att föra en fastighetsrättslig diskussion om fallet. Det skulle föra för långt in i den speciella avtalsrätten.

[1310] Jfr Runesson, a a, s 120 och Karlgren, a a, s 108. Runesson säger att löftesgivaren (säljaren i ”oljeexemplet) under vissa förhållanden ter sig mer *”skyddsvärd”*. Han anför dock endast faktiska omständigheter och ingen normativ grund för ”skyddsvärdheten”. (Han diskuterar hur svårt det varit för parten att skaffa information, men diskuterar inte till exempel motsättningen mellan kravet på lojalitet med medkontrahenten och kravet på visad omsorg om de egna intressena.)

[1311] Om grannen faktiskt fattar misstankar, kommer han rimligen att agera för att skaffa sig mer information och då baseras ett eventuellt försäljningsbeslut förhoppningsvis på korrekt och fullständigt underlag. (Om den potentielle köparen lämnar honom felaktiga upplysningar, kan avtalet självfallet angripas rättsligt.)

ifrågavarande information och medkontrahenten därför skulle ha upplysningsplikt, om inte oaktsamhetsdiskussionen leder till motsatt resultat, och det förefaller inte rimligt att frånkänna medkontrahenten upplysningsplikt med hänvisning till att parten borde ha insett att han borde skaffa mer information, när han ändå inte hade kunnat skaffa denna information.

4. Parten insåg att han borde skaffa mer information, men valde medvetet att ta risken att inte skaffa informationen, eftersom han tycker om att ta risker, inte ville satsa tid och pengar på att undersöka saken eller av något annat liknande skäl. I kommentaren till PECL anges två huvudsakliga undantag från upplysningsplikten.[1312] Det ena gäller produktiv information och behandlas nedan, medan det andra gäller just medvetet risktagande.[1313] Sistnämnda undantag motiveras, enligt kommentaren, av att parterna, till följd av avtalets karaktär, inte förväntar sig någon hjälp av varandra, vilket får tolkas som att PECL:s upphovsmän anser att lojalitetskravet är lägre vid sådana avtal än i andra sammanhang. Själv menar jag att det är mer näraliggande att se det som att en part, som inlåter sig på en transaktion vilken han vet är riskfylld, medvetet väljer att vara mindre aktsam om sina egna intressen än vad omsorgsdygden och vigilansprincipen egentligen kräver. Risker och okunskap, som kan sägas befinna sig inom ”utrymmet” från den omsorgsnivå parten valt upp till den nivå en omsorgsfull person skulle ha valt, blir därmed partens eget problem. Medkontrahenten är knappast skyldig att vara mer lojal mot en risktagande person än mot en omsorgsfull person. Å andra sidan har jag svårt att se varför medkontrahenten skulle ha rätt att vara mindre lojal mot en risktagare. Man måste också fråga sig vad riskbenägenheten avser. Om avtalet gäller högriskaktier (och båda parter är medvetna om att aktierna är av sådant slag), vilket är ett exempel som ges i PECL-kommentaren[1314], är det förvisso uppenbart att köparen själv i princip bär risken för hastiga och kraftiga kursfall till följd av marknadsfluktuationer och andra ”normala” händelser (sådana förluster ryms inom det ovan nämnda ”utrymmet”), men om säljaren vet något avgörande om bolaget (att bolaget riskerar att hamna på ruinens brant, eftersom dess nya produkt inte kommer att få försäljningstillstånd av myndigheterna, bolaget kommer att utsättas för stora skadeståndskrav och VD:n är dödssjuk) som inte ens en normalt omsorgsfull person hade kunnat få reda på, måste det rimligen betraktas som illojalt att inte ge köparen denna information.[1315] Lehrberg anför

---

[1312] PECL, s 232.

[1313] Se t ex PECL, kommentar J till artikel 4:103 (s 234), angående betydelsen av att part medvetet tar risken av det okända. Om risken förverkligas anses parten inte kunna undgå bundenhet. I illustration 9 (s 235) väljer en person medvetet att inte låta värdera vissa föremål innan de säljs på auktion. Om ett av föremålen visar sig vara oväntat värdefullt, men säljs på auktionen till ett lågt pris, kan säljaren inte undgå avtalsbundenhet, enligt PECL. (Med tanke på auktionssituationens karaktär är det väl tveksamt om säljaren hade kunnat undgå avtalsbundenhet även om föremålets verkliga värde hade varit känt. Exemplet är därför inte helt träffande. Det säljaren hade kunnat göra, om han hade vetat föremålets värde, hade väl varit att sätta ett lägsta försäljningspris eller själv ropa in föremålet.)

[1314] PECL, s 232.

[1315] Härtill kommer att lagstiftningen mot insiderhandel också kan bli tillämplig, men från detta bortses. Jfr Runesson, a a, s 123, och Hultmark, Upplysningsplikt, s 65.

för övrigt, angående avtal med spekulativa inslag, att upplysningsplikt i vart fall bör råda beträffande konkreta och distinkta fakta.[1316] Skillnaden mellan säkra fakta och oklara uppgifter diskuteras nedan.

I fallet Laidlaw v Organ var den avgörande informationen om fredsavtalet inte hänförlig till någon av parternas sfärer. Det som motiverar att part vanligen inte bör anses ha rätt att kräva information från medkontrahenten om förhållanden i sin egen sfär är, som nämnts, presumtionen att parten själv har lättare än medkontrahenten att skaffa information om förhållanden i sin sfär. När det gäller information om förhållanden utanför parternas sfärer, ger därför ”sfär-omständigheten” ingen vägledning beträffande om upplysningsplikt bör anses föreligga eller inte. Beträffande sådan information blir vem-frågan istället för vad-frågan mest intressant. Hade någon av parterna bättre möjligheter än medkontrahenten att få del av informationen?[1317]

För att övergå till frågan om betydelsen av informationens innehåll, nämligen om den avser **destruktiva, redistributiva eller produktiva fakta**, kan man nog tämligen entydigt konstatera att upplysning om destruktiva fakta alltid måste ges. Att inte informera om fakta som, om de förtigs, riskerar att bidra till att människor eller egendom skadas, måste anses oacceptabelt ur ett lojalitetsperspektiv. Var och en har rimligen ett ansvar för att tillvarata andras intressen i vart fall i sådan utsträckning att direkta skador motverkas. [1318]

När det gäller redistributiva fakta, kan de, enligt min uppfattning, i vissa fall ligga nära destruktiva fakta. Deras förtigande kan förvisso inte leda till värdeförstöring, men förtigandet leder till – eller riskerar leda till – omfördelning av värde på ett sådant sätt att det måste anses illojalt att förtiga dem. Jag tänker på fakta som indikerar att medkontrahenten med stor sannolikhet kommer att förlora ekonomiskt på en affär. Det tydligaste exemplet är att part förtiger att han befinner sig på ruinens brant och riskerar att gå i konkurs i en inte alltför avlägsen framtid.[1319] Karlgren anser inte att man är skyldig att upplysa om sin vacklande ekonomi, om en konkurs inte är omedelbart förestående.[1320] I fall av sistnämnt slag vill jag nog hävda att det med stöd av 36 § avtalslagen finns skäl att ställa högre krav på lojalitet än Karlgren gör. Om parten vid avtalets ingående inser eller bör inse att det finns en påtaglig risk att medkontrahenten inte kommer att få betalt, bör han informera medkontrahenten om det, så att den sistnämnde själv kan värdera risken och ta ställning till om han i alla fall vill ingå avtalet. Hur bekymmersamt det ekonomiska läget måste vara, för att en sådan ”påtaglig

---

[1316] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 508.
[1317] Jfr strax ovan fört resonemang om ”vem-aspekten” på upplysningspliktens utformning.
[1318] Runesson kommer till samma slutsats, men med hänvisning till konsekvensetiska argument (a a, s 116 f). Jfr det engelska 1800-talsfallet Ward v Hobbs, i vilket grisar sålda i befintligt skick befanns vara tyfussmittade. Köpeavtalet upprätthölls med hänvisning till caveat emptor-principen. Se kommentar av Whincup, a a, s 242.
[1319] Jfr Karlgren, a a, s 106 f och Runesson, a a, s 120.
[1320] Jfr Hov, a a, s 257 angående betydelsen enligt § 33 norska avtalslagen av att förtiga upplysningar om sin ekonomiska situation.

risk” skall anses föreligga, kan självfallet inte anges i ”absoluta tal”, men situationen skulle förslagsvis kunna beskrivas så att företagets försäljning och likviditet tyder på att företaget riskerar att komma på obestånd (dvs inte kan betala sina skulder när de förfaller till betalning) inom några månader.[1321]

I fallet med tobaksköpet (Laidlaw v Organ) har vi att göra med ett redistributivt faktum, nämligen fredsavtalet. Organ kunde använda sin kännedom om fredsfördraget till att berika sig på Laidlaws bekostnad. Runesson menar att om Laidlaw hade kunnat inhämta information om fredsslutet på annat sätt än genom Organ, vilket domstolen i målet tydligen ansåg vara möjligt, så bör avtalet, med hänvisning till intresset att premiera investeringar i information, inte kunna angripas.[1322] Lehrberg skulle förmodligen komma till motsatt slutsats. Han anser förvisso inte att löftesmottagaren behöver undanröja en villfarelse om avtalets allmänna förmånlighet, men endast *”…så länge villfarelsen inte kan återföras på konkreta fakta, som löftesmottagaren förtiger…”*.[1323] I fallet med tobaksköpet förteg Organ onekligen konkreta fakta av stor betydelse.

Om man skall betrakta informationen just utifrån att den avser ett redistributivt faktum, kan man konstatera att avtal som innebär omfördelning är raka motsatsen till avtal, beträffande vilka det råder balans mellan parternas prestationer, dvs avtal som uppfyller rättrådighetens och ekvivalensprincipens krav. Detta är ett argument för att redistributiva fakta skall omfattas av upplysningsplikten. Den som verkar för att ett avtal skall innebära att han berikas på motpartens bekostnad, i stället för att avtalet är gynnsamt för båda parter, kan knappast anses vara en lojal avtalspart, varför även lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen talar för att upplysningsplikten typiskt sett bör omfatta redistributiva fakta.[1324] Omsorgsdygden och vigilansprincipen, å andra sidan, innebär att var och en skall ta tillvara sina egna intressen, vilket talar för att respektive avtalspart har ansvar för att skaffa information om eventuella redistributiva fakta och inte kan begära att få upplysningar om detta av medkontrahenten. Avvägningen mellan dessa argument diskuteras i ett senare delavsnitt.

[1321] Runesson (a a , s 126 f, not 62) är tveksam till att medge ogiltighet och därav följande separationsrätt i en eventuell konkurs och därmed låta övriga borgenärer få stå tillbaka till förmån för en *”…okunnig och dessutom synbarligen riskbenägen löftesgivare”*. Han tycks därvid bortse ifrån att löftesgivaren kanske inte hade någon möjlighet att få information om medkontrahentens ekonomiska situation utöver från medkontrahenten själv. Det senaste registrerade bokslutet kanske inte indikerar några ekonomiska problem och några betalningsanmärkningar kanske inte finns registrerade.

[1322] Runesson, a a, s 122.

[1323] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 508.

[1324] Runessons modell tycks vara helt okänslig för den här typen av överväganden: *”Något utrymme för att beakta förhållandet att Organ gjort en vinning på Laidlaws bekostnad kan knappast finnas. Effekten av avtalet är ju bara att värde överförs från Laidlaw till Organ och någon icke-önskvärd nettoförlust har inte uppkommit. Om så är fallet ter det sig helt obefogat att tillmäta förtigandet betydelse…”* (a a, s 122). Runesson diskuterar inte närmare betydelsen av 36 § AvtL för upplysningspliktens omfattning, men man kan konstatera att i en diskussion om tillämpningen av generalklausulen är en värdeöverföring mellan parterna inte något som kan karaktäriseras som *”bara”*, utan en omständighet som tyder på att avtalet är oskäligt.

När det gäller produktiva fakta – dvs värdeskapande information, fakta som påverkar inte bara priset utan också användningsområdet för en viss vara[1325] – ligger det spontant nära till hands att undanta sådana fakta från eventuell upplysningsplikt. Den som i kraft av sin kreativitet skapar en tidigare okänd möjlighet att förädla något, skall väl inte behöva avslöja det han skapat, så att andra kan dra nytta av hans geni. Om jag utvecklar ett nytt, revolutionerande sätt att förädla en råvara, skall jag då vara tvungen att berätta om min ”skapelse” för råvaruleverantören, för att ge honom möjlighet att höja priset på sin vara, som nu har fått ett helt nytt användningsområde? Jag menar att det knappast kan hävdas att lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen sträcker sig så långt. Frukterna av sin egen produktiva kreativitet, sitt eget arbete, har upphovsmannen, menar jag, rätt att skörda, utan att behöva ”ge bort värde” i form av information till någon annan. Stöd för denna ståndpunkt återfinns även i PECL.[1326]

Lehrberg synes emellertid inte vara helt övertygad om att det förhåller sig på det sättet. Han anser att det faktum att affärshemligheter inte behöver avslöjas nog i regel inte legitimerar *”…avtalsslut, där fakta som sammanhänger med dessa menligt påverkar avtalets värde för löftesgivaren och löftesmottagaren är i ond tro – alternativet att undvika avtalsslut bör oftast föredras”*.[1327] Avgörande för tolkningen av Lehrbergs utsaga är dock dels definitionen av begreppet affärshemlighet, dels definitionen av vad det innebär att menligt påverka ett avtals värde. I begreppet affärshemlighet kan rimligen inkluderas såväl destruktiva som redistributiva och produktiva fakta. Om Lehrberg uppfattar det så – han använder inte dessa begrepp – och det kan antas att de båda förstnämnda slagen av fakta är till antalet flest, blir det mera rimligt att hävda att affärshemligheter ”i regel” (i betydelsen ”i flertalet fall”) inte får förtigas, om man vill genomföra ett visst avtal. Däremot skulle det med denna tolkning av ”affärshemlighet” och ”i regel” även enligt Lehrbergs uppfattning kunna vara tillåtet att i en minoritet fall (förslagsvis fall rörande produktiva fakta) inte röja affärshemligheter. Vad gäller frågan om menlig påverkan, är det i mitt enkla exempel angående råvaruköpet knappast rimligt att säga att någon ekvivalensbrist vidlåter avtalet, d v s att förevarande produktiva fakta *”menligt påverkar avtalets värde”* för säljaren. Möjligen kommer marknadspriset på den aktuella råvaran så småningom att stiga, när det nya användningsområdet blir känt, men det är sannolikt inte något som sker över en natt och det förutsätter att råvarans nya användningsområde mottas positivt av de tilltänkta avnämarna, vilket ingalunda är givet. Vilka värdeökningar produktiva fakta ger upphov till torde i många fall vara svårt att förutse och inte möjligt att bedöma förrän viss tid har förflutit. Om detta är fallet, måste rimligen balansen mellan parternas

---

[1325] Runesson, a a, s 117 f, Wilhelmsen, a a, s 114.
[1326] Se t ex illustration 4 av tillämpningen av PECL art 4:103 (s 233), vilken ligger väl i linje med det sagda: *”Through extensive research, A discovers that demand for a particular chemical made by X Corporation is about to rise dramatically. A buys a large number of shares in X Corporation from B without revealing his knowledge, which he knows B does not share. B has no remedy”*.
[1327] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 508.

prestationer värderas med utgångspunkt i förhållandena vid avtalets ingående. Om köparen i mitt exempel betalar det marknadspris för råvaran som gäller vid tidpunkten för köpet, kan säljaren därmed knappast hävda att avtalet är obalanserat. Med denna – möjligen något skruvade – tolkning av Lehrbergs utsaga, skulle det även enligt den vara tillåtet – åtminstone i vissa fall – att inte avslöja affärshemligheter rörande produktiva fakta.

Runessons exempel på produktiva fakta inger å andra sidan vissa betänkligheter. Han nämner köparen som upptäcker att den tavla som alla tror är en kopia i själva verket är ett original och köparen som upptäcker att den ko alla tror är steril i själva verket är fertil.[1328] Wilhelmsen bidrar med köparen som upptäcker att en bok som säljs på en loppmarknad är en värdefull förstautgåva av ett känt verk.[1329] I dessa fall är inte ”värdeskapandet” ett resultat av egen kreativitet eller eget arbete på annat sätt än att köparen besitter och använder viss kunskap som föremålets ägare inte besitter (givet att inte fastställandet av det rätta förhållandet kräver mycket omfattande undersökningar och utredningsarbete). När det gäller balansen mellan parternas prestationer, ligger det nära till hands att hävda att det blir fråga om en betydande ekvivalensrubbning, om köparen betalar priset för en kopierad tavla, en steril ko eller en ”loppmarknadsbok”, när avtalsföremålet i själva verket är värt mångdubbelt mer. Med ett annat synsätt skulle man dock kunna hävda att köparen betalar marknadspriset för avtalsföremålet – eftersom marknadsaktörerna tror att det är fråga om en kopia etc, värderas objektet därefter. Innan man hävdar att det vore illojalt att utnyttja ett informationsövertag till att åstadkomma ett avtal som innebär en betydande obalans mellan pris och naturaprestation, bör man därför fundera över följande: om tavlans (för att ta det exemplet) nuvarande ägare köpte den som en kopia och priset sattes därefter, varför skall den som upptäcker att det rör sig om ett original vara skyldig att upplysa ägaren om det? Då skulle ägaren helt oförtjänt göra den vinst som uppgiftslämnaren annars skulle ha gjort. Ägaren har varken betalat eller ansträngt sig på annat för att bli ägare till en originalmålning, utan skulle få informationen serverad ”på silverfat”. I det läget framstår det som rättfärdigt att den som inser föremålets rätta värde också får tillgodogöra sig detta värde – betalning efter förtjänst, skulle man kunna säga för att anknyta till den kommutativa rättvisan. [1330]

Från denna situation skulle man kunna skilja den att ägaren faktiskt köpte tavlan eller boken i tron att det var ett värdefullt objekt och betalade därefter, men sedan fick den felaktiga upplysningen att så inte var fallet. Kanske anlitade han efter köpet en inkompetent värderingsman, kanske är det mycket svårt att skilja

---

[1328] Runesson, a a, s 118.
[1329] Wilhelmsen, a a, s 114.
[1330] Wilhelmsen (a a, s 114 f) motiverar utifrån ett resonemang om ekonomisk effektivitet varför köparen skall ha rätt att utnyttja sitt informationsövertag. Om köpare i sådana lägen åläggs upplysningsplikt, kan det leda till att information inte används, vilket i sin tur riskerar att leda till att föremålens verkliga värde aldrig blir känt, utan att föremålen istället går till spillo, vilket skulle leda till en samhällelig värdeförlust. Detta illustrerar att det inte behöver bli olika utfall av en rättsekonomisk analys respektive en analys byggd på deontologisk etik.

mellan en kopia och ett original respektive mellan en förstautgåva och ett nytryck. När det gäller kon, kan man tänka sig att lantbrukaren födde upp den och ägnade den mycken omsorg i tron att den var fertil och sedan till följd av exempelvis en veterinärs feldiagnos felaktigt kom att tro att den var steril. Om detta är fallet, blir det mindre självklart att säga att den som inser hur det verkligen förhåller sig skall få tillgodogöra sig hela värdet av sin upptäckt. Man skulle kunna hävda att den som vet att tavlan (för att ta det exemplet) är äkta, att ägaren betalade ett högt pris för tavlan samt att ägaren nu felaktigt tror att tavlan är en kopia är illojal, om han inte upplyser ägaren om det rätta förhållandet, utan köper tavlan för ”kopiepris”. Då åstadkommer han uppsåtligen, med hjälp av ett obalanserat avtal, en värdeöverföring till sig själv från en person som däremot betalat ett skäligt pris för tavlan. I sådana fall är jag benägen att instämma med Lehrberg – sådana ”affärshemligheter” bör avslöjas. (Detsamma gäller självfallet om informationen inte innehas av en näringsidkare, och därmed inte är en affärshemlighet, utan av en privatperson.)

När detta är sagt, bör en diskussion föras om ytterligare en dimension av vad för slags information som omfattas av upplysningsplikt, nämligen **vilka krav som bör ställas på informationens tydlighet och tillförlitlighet såväl i sig som när det gäller dess relevans för avtalsrelationen i fråga**.[1331] Vad gäller tydlighet och tillförlitlighet i sig: finns det skäl att göra skillnad mellan information om konkreta, föreliggande fakta å ena sidan och information om sådant som eventuellt kan vara fallet eller som eventuellt kan inträffa i framtiden å andra sidan? Vad gäller tydlighet och tillförlitlighet beträffande avtalsrelevans: finns det skäl att göra skillnad mellan information om sådant som är direkt relevant för avtalsrelationen och sådant som kan vara indirekt relevant för avtalsrelationen?

Vad gäller tydlighet och tillförlitlighet hos uppgifterna i sig, skulle man kunna tänka sig att Organ fick höra ett rykte om att ett fredsavtal var ingånget, men inte hade möjlighet att få det bekräftat, utan chansade på att det var korrekt när han gjorde sitt tobaksinköp. Runesson menar att ryktesspridning knappast är ett samhällsintresse[1332] och Hultmark synes anföra att man kan ha upplysningsplikt endast rörande förhållanden beträffande vilka man har faktisk kännedom[1333] (se vidare ett senare delavsnitt).

Det kan möjligen finnas skäl att skilja mellan å ena sidan rykten och andra inexakta upplysningar, som part får del av, och å andra sidan information, som är otydlig eftersom part inte tagit reda på hur det verkligen förhåller sig. Eventuellt kan man i sistnämnda fall även skilja mellan fall, då part misstänkte att något förhöll sig på ett visst sätt och fall då han inte misstänkte något (men kanske borde ha gjort det). Runesson talar om både rykten (se föregående stycke) och oaktsamt underlåtande att inhämta information[1334], medan Hultmark berör det

[1331] Jfr Runesson, a a, s 127 ff, Hultmark, Upplysningsplikt, s 80.
[1332] Runesson, a a, s 129.
[1333] Hultmark, Upplysningsplikt, s 20 ff. Se även a a, s 80.
[1334] A a, s 132 ff.

sistnämnda. Karlgren å sin sida menar att upplysningar om till exempel prisbildning och konjunkturer inte behöver lämnas, eftersom sådan information är av inexakt karaktär.[1335] Lehrberg synes ansluta sig till Karlgrens uppfattning i denna del.[1336]

Beträffande en eventuell skyldighet att vidareförmedla information av inexakt karaktär, kan refereras till det engelska rättsfallet Esso Petroleum Co Ltd v Mardon[1337]. Esso sade till en blivande bensinstationsarrendator att bensinförsäljningen nog skulle bli 200 000 gallons per år, vilket visade sig vara en kraftig överskattning, varför bolaget blev skadeståndsskyldigt. Atiyah menar att fallet visar att domstolarna inte accepterar tanken att varje marknadsaktör alltid *"…makes his own judgements and estimates"*, utan att en avtalspart som i förhållande till medkontrahenten besitter överlägsen kompetens och resurser, när det gäller att göra bedömningar om t ex marknadsläget, har en skyldighet att ge medkontrahenten tillfredsställande information även när det gäller uppskattningar och bedömningar.[1338] Det bör observeras att Esso hade gjort ett uttalande (visserligen tämligen vagt och därmed inte en garanti, enligt domstolarnas uppfattning, men dock ett aktivt uttalande), varför situationen inte är helt jämförbar med den som här diskuteras, nämligen om part är skyldig att aktivt lämna information som är av inexakt karaktär. I det här sammanhanget blir det därför intressant att vända på frågeställningen och diskutera följande: om Esso hade gjort en någorlunda korrekt bedömning av den kommande bensinförsäljningen (och alltså hamnat på en nivå väsentligt under 200 000 gallons per år), men inte delgivit arrendatorn denna bedömning, hade Esso då svikit sin upplysningsplikt? En sådan bedömning är inte exakt vad Karlgren menar med en uppgift om prisbildning och konjunkturer, men å andra sidan inte helt olik uppgifter av sistnämnt slag. En konjunkturprognos, liksom en bedömning av framtida bensinförsäljning, bygger på antaganden om kommande händelser, är behäftad med viss osäkerhet och kan göras på ett mer eller mindre ändamålsenligt sätt beroende på bland annat säkerheten hos de fakta den bygger på och kompetensen hos den som gör den.

Jag vill hävda att lojalitetsaspekten talar för att Esso i min version av fallet hade varit skyldigt att delge arrendatorn sin prognos. Jag har svårt att se varför det faktum att prognosen är just en prognos och inte en säker utsaga om verkligheten i sig skulle utgöra en motgrund, som motiverar att upplysningsplikt inte föreligger. Det finns nog visst fog för att hävda att många viktiga beslut i både

---

[1335] Karlgren, a a, s 106 f. Jfr Hultmark, Upplysningsplikt, s 22, Lehrberg, Förutsättningsläran, s 465, Runesson, a a, s 120.
[1336] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 508. Han talar om förhållanden som parterna inte har säker kunskap om, utan måste skönsmässigt uppskatta. Även Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard för ett liknande resonemang, när de säger att antaganden som bygger på uppskattningar inte behöver delges medkontrahenten (a a, s 191). Deras diskussion gäller dock vad som kan anses utgöra svek enligt 30 § i de nordiska avtalslagarna, vilket innebär att deras ståndpunkt inte nödvändigtvis är överförbar till tillämpningen av 36 § i de nordiska avtalslagarna.
[1337] Se Cook/Oughton, a a, s 484 och Atiyah, a a, s 773.
[1338] Atiyah, a a, s 773.

näringsliv och offentlig förvaltning baseras på mer eller mindre säkra bedömningar av vad som kommer att ske i en tämligen oviss framtid. Alltså måste prognoser anses kunna utgöra väl så viktiga beslutsunderlag som säkra fakta – och felbedömningar på grund av att man inte har del av de bästa prognoserna kan vara väl så allvarliga, som felbedömningar i avsaknad av säkra fakta. På samma sätt som beträffande fakta, måste man dock väga samman olika omständigheter för att komma fram till om upplysningsplikt föreligger eller inte, till exempel vems sfär prognosen gäller. Man skulle i vart fall kunna säga följande: om den ena parten i en avtalsrelation har överlägsna (kanske exklusiva) möjligheter att göra en så säker prognos som det är möjligt att åstadkomma, förefaller lojalitetsaspekten tala för att han inte bör få utnyttja detta informationsövertag till att göra avtalet obalanserat – lika lite som han bör få utnyttja exklusiv information om konkreta fakta i samma syfte[1339]. Detta innebär, enligt min mening, att man inte kan hävda att information av inexakt natur generellt sett inte omfattas av upplysningsplikten. Någon sådan motgrund bör inte erkännas.[1340]

För att övergå till relevansfrågan, kan det konstateras att det i Laidlaw v Organ var fråga om ett säkert faktum – ett fredsavtal hade ingåtts – men detta faktum var knappast direkt relevant för avtalsrelationen, eftersom det inte direkt gällde någonting som var föremål för reglering i avtalet. Att fredsavtalet skulle komma att påverka marknadspriset på tobak var en av många omfattad bedömning, men det var just en bedömning – säker kunskap kunde man inte få förrän fredsavtalets ingående väl blivit allmänt känt bland aktörerna på tobaksmarknaden.[1341] Information om exempelvis det aktuella tobakspartiets kvalitet hade däremot varit direkt relevant för avtalsrelationen. Information om att ett stort tobakslastat fartyg tillhörande någon annan än Laidlaw hade gått under i en storm, hade i och för sig inte heller varit direkt relevant för Laidlaws och Organs avtalsrelation, men hade haft en påtagligare koppling till deras relation än fredsavtalet hade, i och med att förlusten av en större kvantitet tobak direkt kan påverka tobaksmängden på utbudssidan och därmed prisnivån. Allmänt sett måste väl en ”avtalsextern” händelses relevans för en viss avtalsrelation anses öka ju påtagligare den kan antas påverka något av det som är reglerat i avtalet.[1342] Att fredsavtalet i Laidlaw v Organ kunde vara indirekt relevant för avtalsrelationen, i och med att mycket talade för att det skulle komma att leda till en höjning av tobakspriset, var dock tydligt. Den indirekta relevansen bevisades sedan också av den efter fredsslutet faktiskt inträffade stegringen av tobakspriset.

[1339] Se ang utnyttjande av informationsmonopol t ex Runesson, a a, s 124 med hänvisning till Avtalslagskommitténs kommentar till 33 § AvtL.
[1340] Runesson kommer till en liknande slutsats, när han, utifrån sina rättsekonomiska utgångspunkter, hävdar att förtigande av fakta om prisbildning eller konjunkturer inte bör accepteras, om inte medkontrahenten kunnat skaffa informationen på annat sätt än genom parten (a a, s 121).
[1341] Jfr Runesson, a a, s 128.
[1342] Ett attentat mot en oljeterminal i Irak är mer relevant för ett avtal om oljeleveranser än ett attentat mot en irakisk polisstation är, för att låna exempel från en aktuell krigsskådeplats.

Ur ett lojalitetsperspektiv är det svårt att se varför man skulle göra skillnad mellan sådant som är direkt relevant för avtalsrelationen och sådant som med relativt stor säkerhet kan vara indirekt relevant. I båda fallen handlar det om information, som, om den innehas av endast en av parterna, riskerar att leda till att avtalet blir obalanserat. Det finns, som jag tidigare anfört, goda skäl att anse att eftersträvandet av ett obalanserat avtal bör anses vara illojalt. Om en avtalspart känner till ett faktum, som visar sig vara av indirekt betydelse för avtalet, men beträffande vilket det är svårt att förutse att det skall komma att få sådan betydelse och parten inte heller förutser det, föreligger däremot knappast upplysningsplikt. Den bortfaller redan på grund av ”grundkriterium” två – parten skall inse att informationen skulle vara av betydelse för medkontrahentens beslut att ingå avtalet; härtill kommer att informationen förmodligen inte skulle vara av sådan betydelse, eftersom inte heller medkontrahenten skulle kunna förutse dess betydelse.

För att avsluta diskussionen om ”vad-frågan”, skall också nämnas att det i doktrinen har anförts **vissa speciella typer av information som inte ansetts vara föremål för upplysningsplikt**. Förutom sådan information som nämnts tidigare – främst angående förhållanden som parterna inte har säker kunskap om – framhåller Lehrberg, som tidigare nämnts, att parterna inte behöver informera om sina egna bevekelsegrunder vid avtalsslutet (”jag är i desperat behov av köpeobjektet och betalar vad som helst för det”), om de inte gäller förhållanden som påverkar avtalets förmånlighet för medkontrahenten. I samband med bevekelsegrunderna nämner han även att en arbetstagare inte behöver upplysa om *”…mindre vackra antecedentia”* som inte påverkar hans möjligheter att utföra sitt arbete. Han menar också att det inte är nödvändigt att lämna information om medkontrahentens privatliv (”du kommer inte att få nytta av den här brudklänningen som du beställer av mig, för jag vet att din fästman har gått till sjöss”[1343]) eller andra rent icke-ekonomiska förhållanden och inte heller att påpeka medkontrahentens misstag, om medkontrahenten förmodligen skulle ta illa upp (”du har ingen nytta av det här bokverket som du vill köpa av mig, för du begriper inte dess innehåll”[1344]).[1345]

I detta sammanhang kan nämnas att det enligt tysk rätt att det finns situationer, då en person inte blott kan låta bli att lämna upplysningar, utan till och med har rätt att ljuga.[1346] Främst angår denna rätt frågor från en potentiell arbetsgivare i en anställningssituation. Som ovan anfördes har diskussionen i tysk rätt gällt bland annat om man får svara osant på frågor facklig tillhörighet (ja), partitillhörighet (ja), HIV-smitta (oklart), avsikt att bli gravid (ja), om man är

---

[1343] Exemplet hämtat från Runesson, a a, s 130 ff, som dock synes luta åt att man, med hänvisning till intresset av förlustminimering, borde ålägga skräddaren upplysningsplikt. Han menar att rättsläget är oklart.
[1344] Exemplet hämtat från Karlgren, a a, s 106, not 37.
[1345] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 508 f. Personligen skulle jag snarare hänföra ”personliga antecedentia” till kategorin information av personlig natur än till kategorin bevekelsegrunder. Lehrberg bygger i stor utsträckning detta resonemang på Karlgrens analys. Se Karlgren, a a, s 106 f.
[1346] Se Medicus, a a, s 300 f.

dömd för brott (ja, efter vissa tidsfrister), om man är medlem i en religiöst samfund (ja) samt om man bor i ett samboförhållande (ja, utom vid anställning till vissa ledande kyrkliga befattningar).

Ur ett allmänt avtalsrättsligt perspektiv – specifika arbetsrättsliga frågor lämnas därhän – kan man fundera över om man bör säga att en part i en avtalsförhandling generellt sett inte behöver lämna information om egna personliga förhållanden, även om de skulle påverka medkontrahentens vilja att ingå avtalet, samt, för att anknyta till den tyska diskussionen, om man rentav har rätt att svara osant på frågor från medkontrahenten avseende sådana ämnen. Lehrberg nämner endast negativa fakta om den egna personen och det endast i samband med ingående av anställningsavtal, vilket motsatsvis skulle kunna tolkas som att han anser att man i övrigt har upplysningsplikt avseende personliga förhållanden. Rimligen är situationer, då personliga förhållanden skulle vara av avgörande betydelse för parterna, tämligen sällsynta, i vart fall i kommersiella sammanhang. I fall de faktiskt har stor vikt för någon av parterna är det dock svårt att se varför rättsordningen skulle ignorera det, vilket synes tala för det sagda motsatsslutet. Diskussionen bör dock nyanseras något.

En tänkbar typsituation är att det för en part är av stor vikt att få göra affär med någon som har eller saknar en viss personlig egenskap. Sådana önskemål kan rättsordningen uppenbarligen inte beakta i de fall det skulle strida mot diskrimineringslagstiftningen att göra det. Enligt 9 § Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering[1347] är diskriminering som har samband med etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller funktionshinder förbjuden vid yrkesmässigt tillhandahållande av varor, tjänster eller bostäder. Om en näringsidkare exempelvis inte vill sälja varor till personer med viss etnisk tillhörighet alternativt enbart vill sälja varor till personer med viss etnisk tillhörighet, förefaller den rimliga avtalsrättsliga slutsatsen man kan dra av diskrimineringslagen vara att en potentiell medkontrahent inte är skyldig att informera om sin etniska tillhörighet och att han har rätt att ljuga om densamma, för den händelse näringsidkaren skulle fråga honom om den.[1348] Rimligen bör man för avtalsrättens vidkommande inte inskränka denna slutsats till att gälla enbart sådana avtal som utpekas i lagen, utan anse den gällande för avtal i allmänhet. En sådan ståndpunkt kan motiveras med att principen om icke-diskriminering är ett uttryck för tanken om alla människors lika värde, vilket i sin tur är ett grundläggande värde i vårt rättssystem och i vårt samhälle. Man kan även se ståndpunkten som ett vaktslående om rättrådighetens dygd, i synnerhet

[1347] Som bekant finns ytterligare lagstiftning mot diskriminering, i synnerhet lagar som skyddar mot diskriminering i arbetslivet. Se även 16 kap 9 § BrB.

[1348] Det kan hävdas att medkontrahenten inte skall behöva ljuga som sin etniska tillhörighet, eftersom näringsidkaren är skyldig att sälja till honom även om han talar sanning, och det är förvisso sant, men det är inte det frågeställningen gäller. Frågan är istället om näringsidkaren skulle kunna frånträda avtalet med hänvisning till att kunden brutit mot sin upplysningsplikt alternativt gjort sig skyldig till svek. Svaret är uppenbarligen nej. (Däremot kan den som blivit diskriminerad genom bestämmelse i avtal kräva att avtalsvillkoret skall jämkas eller lämnas utan avseende enligt lagens 15 §. Även 36 § avtalslagen torde kunna användas för detta ändamål; jfr SOU 1974:83, s 147 f.)

”underdygden” objektivitet.[1349] Som framhålls i anslutning till diskussionen om denna dygd får vi tillvarata våra egna intressen, men inte på ett sådant sätt att vårt agerande blir orätt.

Gäller det personliga egenskaper, som inte skyddas av diskrimineringslagstiftningen, kommer saken, menar jag, i ett annat läge. Om en potentiell avtalspart vet att medkontrahenten exempelvis endast vill göra affärer med medlemmar i en viss organisation (och organisationen inte har med religion, etnicitet etc att göra), endast vill sälja sin häst till en familj med barn etc, menar jag att lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen, liksom dygden ärlighet och viljeprincipen, talar starkt för att parten bör korrigera medkontrahenten för den händelse parten inser att medkontrahenten felaktigt tror att parten uppfyller de uppställda kriterierna. Lojalitets- och ärlighetsskäl talar också starkt för att parten bör svara sanningsenligt på medkontrahentens frågor angående kriterierna. Vill parten av personliga skäl inte svara, kan parten alltid välja att avstå från att ingå avtalet.

Så här långt har personliga förhållanden av typisk art diskuterats, d v s om part ingår eller inte i en viss kategori av människor. Man kan dock även föra en diskussion om enskilda individer, till exempel att en person av ett eller annat skäl absolut inte vill göra affärer med en viss annan identifierad person eller med den (ännu till namnet okände) person som har begått en viss enskild handling (t ex misshandlat en närstående). Alternativt kan man tänka sig att vederbörande vill göra affärer med just en viss individ eller den (ännu till namnet okände) person som har begått en viss handling (t ex räddat livet på en närstående). Om dessa preferenser är kända för en potentiell medkontrahent, menar jag att lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen, liksom dygden ärlighet och viljeprincipen, talar starkt för att parten bör informera om att han är eller inte är den person preferensen avser, även om det innebär att han avslöjar personliga förhållanden. Medkontrahenten torde också vara skyldig att svara sanningsenligt, om han får frågan om han är den person preferensen gäller.

6.3.2.2.4 Varför-frågan - syftet

Syftet bakom en handling kan som bekant påverka värderingen av densamma. I fallet Laidlaw v Organ förefaller det tämligen uppenbart att Organs syfte var att utnyttja det informationsövertag han hade till att göra en för honom gynnsam affär. Det var således fråga om ett *”dolöst förtigande”*.[1350] Det förefaller svårt för Organ att hävda att han under alla omständigheter hade tänkt köpa ett parti tobak den aktuella morgonen och således inte agerade för att utnyttja informationen om fredsfördraget. Det enda sätt han hade kunnat exculpera sig på hade varit att delge Laidlaw informationen. Så länge han behöll informationen för sig själv, måste man säga att han hade i vart fall indirekt uppsåt att utnyttja den. Det är

[1349] Se delavsnitt 3.5.6.5.
[1350] Se ang begreppet Runesson, a a, s 115 ff.

självfallet uppsåtligt förtigande av information som är det typiska brottet mot upplysningsplikten.

Man kan dock även diskutera om oaktsamt förtigande av viktig information kan utgöra brott mot upplysningsplikten. Oaktsamheten kan avse olika förhållanden: medkontrahentens okunnighet (misstag, förutsättningar) (”han borde ha förstått att medkontrahenten inte visste/hade en viss felaktig förutsättning”), hur okunnigheten påverkade medkontrahentens beslut att ingå avtalet (”han borde ha förstått att det faktum att medkontrahenten inte visste ledde till att vederbörande ingick avtalet”) samt att parten inte skaffade sig information om hur det verkligen förhöll sig med det medkontrahenten inte visste[1351] (”han visste att medkontrahenten trodde att det förhöll sig på ett visst sätt, men visste inte själv hur det var, och det borde han ha tagit reda på”).[1352]

Lehrberg menar att även oaktsamt förtigande av information innebär brott mot upplysningsplikten, om parten, *”…utifrån den information som fanns till hands då han mottog löftet, med normal uppmärksamhet och aktsamhet borde ha uppdagat misstaget, dvs bort inse att en väsentlig förutsättning förelåg och att den var felaktig”*.[1353] Han talar här om de två första förhållandena i stycket ovan, men tycks inte anse att partens oaktsamhet kan bestå i att inte skaffa ytterligare information, utöver den *”…som fanns till hands…”*. Om den befintliga informationen inte kunde ge svar på huruvida förutsättningen var felaktig eller inte, kan parten tydligen inte anses ha brutit mot upplysningsplikten. Runesson menar bland annat, i Karlgrens efterföljd, att man bör väga in vems sfär informationen berör, innan man tar ställning till om part agerat oaktsamt genom att inte inse medkontrahentens misstag.[1354] Detta ”sfärresonemang” tycks inte stå i strid med Lehrbergs analys.[1355] Vad man kan kräva att en normalt uppmärksam och aktsam person skall inse, beror rimligen bland annat på hur ”nära” vederbörande befinner sig de aktuella förhållandena.

För egen del vill jag framhålla att 36 § avtalslagen enligt förarbetena är avsedd att tillämpas tämligen strängt, när felaktig information lämnas. Tidigare har nämnts att lämnande av felaktiga uppgifter anses kunna föranleda jämkning, även om uppgifterna lämnas i god tro – ett stort steg på vägen mot strikt ansvar

---

[1351] Jfr dock följande uttalande av Avtalslagskommittén, där det framgår att 33 § AvtL inte var tänkt att tillämpas på sådana förfaringssätt. Kommittén skriver att en part kan *”…visserligen hava handlat vårdslöst genom att icke taga närmare reda på förhållandena, men ohederligt är hans handlingssätt icke”* (s 133). Det är värt att påpeka att tillämpningen av 36 § AvtL på upplysningspliktens omfattning knappast kan få begränsas av motivuttalanden avseende 33 § AvtL.

[1352] Jfr Runesson, a a, s 134 f, Karlgren, a a, s 112 f. Karlgren nämner också att culpan kan avse underlåtenheten att undanröja medkontrahentens okunnighet, men det är svårt att se hur detta skulle kunna få självständig betydelse vid sidan av uppsåtlig underlåtenhet (jfr Runesson, a a, s 134). Lehrberg tycks inte heller skilja mellan dolus och culpa i denna situation (Förutsättningsläran, s 506 ff), utan säger att man generellt bör upprätthålla ett culpakrav, vari ingår att underlåtenheten att upplysa skall framstå som klandervärd (och det gör den inte om någon motgrund föreligger).

[1353] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 506. Se vidare a a, s 509 f.

[1354] Runesson, a a, s 136 ff. Möjligen förenklar jag Runessons kritik av Lehrbergs teser.

[1355] Jfr Lehrberg, a a, s 510, där han tar upp ”sfäraspekten”.

för lämnade uppgifter.[1356] Om man skulle överföra detta resonemang fullt ut till förtigande av information, skulle konsekvensen bli att en avtalspart skulle ha ansetts bryta mot sin upplysningsplikt, om medkontrahenten ingick avtalet under inflytande av en felaktig förutsättning – oavsett om parten var i god tro eller insåg/borde ha insett förutsättningens felaktighet och betydelse för medkontrahentens beslut att ingå avtalet.

En sådan reglering skulle innebära en tämligen dramatisk förändring av rättsläget och ställa mycket höga krav på avtalsparter att efterforska medkontrahenternas bevekelsegrunder och kännedom om olika faktiska förhållanden. Det är en väsentlig skillnad mellan att se till att själv inte lämna felaktig information och att förvissa sig om att medkontrahenten inte i något relevant avseende har missuppfattat sakförhållandena. Det var säkerligen inte heller lagstiftarens avsikt att införandet av 36 § avtalslagen skulle innebära en sådan utökning av upplysningspliktens omfattning. Det finns i vart fall ingenting i förarbetena som pekar i en sådan riktning. En reglering av nu antytt slag skulle också gå utöver vad lojalitetsdygden och lojalitetsplikten torde kräva.[1357]

Hultmark ifrågasätter om man kan uppställa ett oaktsamhetsrekvisit (dvs ett objektiverande rekvisit) för att upplysningsplikt skall föreligga och menar att det *”…för att avgöra omfattningen av upplysningsplikten [är] nödvändigt att fastställa en viss grad av ’skuld’ hos den eventuellt upplysningspliktige. Om han i ett fall saknar faktisk insikt om motpartens preferenser, men borde ha haft sådan insikt … så saknar han skuld. Han är korkad men snäll!”* .[1358] Detta framstår som ett ovanligt sätt att se på relationen mellan oaktsamhet och skuld. Inom såväl skadeståndsrätten som straffrätten anses oaktsamhet som bekant i många fall vara så klandervärt att det föranleder skadeståndsskyldighet respektive straff, d v s redan att vara oaktsam innebär att man bär skuld.[1359]

Oavsett den definitionsfrågan kan man konstatera att Hultmark inte låter sig övertygas av Lehrbergs analys av upplysningsplikten betraktad i ljuset av förutsättningsläran. För egen del skulle jag vilja säga att även om man anser att Hultmark har mer fog för sin ståndpunkt än Lehrberg har (vilket jag i och för sig inte anser), så bör det i vart fall finnas utrymme för att med stöd av 36 §

[1356] Delavsnitt 6.2.2.6 med hänvisning till prop 1975/76:81, s 126.

[1357] Jfr Lehrberg som anför att en regel om upplysningsplikt (även om han inte använder det uttryckssättet) *”…bör ge incitament till att löftesmottagare handlar lojalt och inte uteslutande uppmärksammar sina egna intressen vid mottagande av löften…”*, men betonar samtidigt att en löftesmottagare har att i första hand *”…se till sina egna intressen och kan i regel inte åläggas att ägna så särdeles mycket tid och energi åt att forska i avtalets förmånlighet för löftesgivaren”* (Förutsättningsläran, s 509).

[1358] Hultmark, Upplysningsplikt, s 24. Samtidigt säger hon dock på ett annat ställe (a a, s 21) att om en part fattat misstanke om att något förhåller sig på ett visst sätt, men inte närmare undersökt saken, kan ansvar för culpös okunskap aktualiseras, men att hon inte närmare behandlar den frågan.

[1359] Härtill kommer att Hultmarks ståndpunkt att insiktsansvaret skall vara renodlat *subjektivt* inte synes harmoniera särskilt väl med hennes tes att upplysningspliktens omfattning ytterst avgörs av medkontrahentens *typiska* (objektiverade) förväntningar om att bli upplyst, vilket kommenterats i en tidigare not.

avtalslagen anse att ansvar för försummad upplysningsplikt åvilar part vid oaktsamhet. Lagstiftaren har uttryckligen sagt att generalklausulen bör *"…öka möjligheterna att ta hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst, jämfört med vad fallet är enligt 28-33 §§ avtalslagen"* [1360] och *"[r]edan 33 § avtalslagen ger ju stöd åt att dolus kan presumeras vid synnerligen grov culpa…"* [1361]. Alltså torde man av vad som närmast blir att betrakta som systematiska skäl kunna hävda att om 36 § skall utöka möjligheterna att beakta omständigheterna vid avtalets tillkomst – i vilket rekvisit försummad upplysningsplikt ingår – och culpa i vissa fall kan beaktas redan enligt 33 § avtalslagen, så bör culpöst åsidosatt upplysningsplikt kunna förekomma och böra beaktas med stöd av 36 § avtalslagen. Detta ligger även i linje med PECL artikel 4:103 1:a:ii: *"…the other party knew or* ***ought to have known*** *of the mistake…"* (min markering).

Härtill kommer att lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen rimligen måste anses kräva att en avtalspart visar viss noggrannhet och aktsamhet om även medkontrahentens intressen, när han agerar. Därmed skulle det vara att betrakta som illojalt att vara oaktsam i förhållande till sådant som är viktigt för medkontrahenten. Även om man inte behöver företa omfattande undersökningar för medkontrahentens skull, får man inte vara culpös. Således skulle man kunna hävda att 36 § avtalslagen inte bara av systematiska skäl, utan även med hänvisning till lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen, bör kunna användas för jämkning av avtalsvillkor, om medkontrahenten oaktsamt underlåtit att lämna vital information (och de tre "grundrekvisiten" för upplysningsplikts inträdande är uppfyllda).

6.3.2.2.5 Något ytterligare om hur-frågan

Har sättet, på vilket en avtalspart kommit i besittning av viss information, betydelse för om han är skyldig att delge medkontrahenten sagda information? Hultmark diskuterar betydelsen av att information åtkommits på ett olagligt sätt respektive att informationen är tillgänglig för den ena parten i kraft av t ex hans tjänsteställning men hemlig för medkontrahenten.[1362] Hon kommer fram till att det inte spelar någon roll hur en avtalspart fått del av information, utan menar att det avgörande är att vederbörande utnyttjar ett informationsövertag. Det är "så illa det kan bli", även om vederbörande utnyttjar information han lagligen fått del av, så det kan inte bli "värre" av att informationen åtkommits på olagligt vis.

Jag är benägen att instämma i detta, även om åtkomstsättet självfallet kan få betydelse för bedömningen av om medkontrahenten hade kunnat få del av

---

[1360] Prop 1975/76:81, s 126.
[1361] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 467. I not 46 preciserar han vad han menar genom att återge ett citat ur 33 § Avt: *"…måste antagas hava ägt sådan vetskap"*. Jfr Hov, som angående upplysningsplikt (eller upplysningsrisk, som han vill uttrycka saken) med stöd av § 33 i den norska avtalslagen anför: *"…som nevnt foran har en lenge lagt til grunn at avtl § 33 må tolkes slik at den også rammer uaktsomhet"* (a a, s 263).
[1362] Hultmark, Upplysningsplikt, s 13 f.

informationen på annat sätt än genom parten, vilket i sin tur kan påverka upplysningspliktens omfattning.

Man skulle också kunna tänka sig att det sätt, på vilket informationen åtkommits, kan få betydelse för bedömningen av om produktiv information bör få hemlighållas för en tilltänkt avtalspart eller inte (jfr diskussionen ovan om produktiva fakta). Det verkar rimligt att hävda att informationen är mer skyddsvärd ju mer tid och kraft som investerats i dess skapande. Den som har gjort en stor arbetsinsats förtjänar (kommutativ rättvisa, ekvivalens) att få ett större utbyte av sitt arbete än den som gjort en mindre insats.[1363] Å andra sidan kan ibland mycket viktiga upptäcker ske med liten arbetsinsats. I sådana fall kan dock deras betydelse motivera att upptäckaren får ett stort utbyte av sin insats.

6.3.2.2.6 Avvägningen

Hur bör då fallet med den oinformerade tobakshandlaren lösas, givet de ovan förda resonemangen?

När det gäller klassificeringen av den avgörande informationen (vad-frågan) – ett fredsavtal har ingåtts – kan den knappast hänföras till någon av parternas sfärer, den är redistributiv, den är säker och tydlig och med stor sannolikhet indirekt relevant för avtalet och den kan inte anses gälla personliga förhållanden. Organ valde uppsåtligen att inte informera Laidlaw och hade i vart fall indirekt uppsåt att med informationens hjälp åstadkomma ett obalanserat avtal (syftesfrågan). Organ fick del av informationen under hand och utan egen ansträngning (sätt-frågan) och Laidlaw hade vid tidpunkten för avtalets ingående sannolikt inte kunnat få del av informationen på annat sätt än genom Organ (när-frågan och vem-frågan); se vidare nedan.

Det som talar för att Organ, med hänvisning till främst lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen men även dygden ärlighet och viljeprincipen samt rättrådighetens dygd och ekvivalensprincipen, borde ha informerat Laidlaw om fredsavtalet är följande omständigheter. Informationens redistributiva karaktär – att Organ får del av informationen skapar inget mervärde, utan informationen kan endast bidra till att omfördela värden från Laidlaw till Organ, i strid mot ekvivalensprincipen. Informationen är säker, tydlig och avtalsrelevant, d v s att Organ innehar den – eller snarare att Laidlaw inte innehar den – påverkar avtalets innehåll, trots att informationen endast indirekt berör avtalet. Hade Laidlaw haft del av informationen, hade priset på tobaken blivit ett annat. (Informationens säkerhet och tydlighet är inte av avgörande betydelse, menar jag. Däremot är relevans uppenbarligen en nödvändig förutsättning för att upplysningsplikt skall föreligga; i annat fall kan man inte påvisa något

[1363] Jfr kommentaren till PECL artikel 4:103 (s 232): *"…there are many cases where … one party has at little or no cost acquired information that the other obviously does not have and which is crucial to the contract. In this case the non-mistaken party should not be allowed to take advantage of the other's misapprehension…"*.

orsakssamband mellan det ingångna avtalet och den uteblivna informationen) Organ har uppsåt att använda informationen till att åstadkomma vad som tycks vara ett i hög grad obalanserat avtal, vilket nog bör anses vara illojalt. Balans är i avtalssammanhang ingenting som kan fastställas exakt och det måste också finnas viss handlingsfrihet för parterna att var för sig göra så goda affärer som möjligt (jfr diskussionen om ”skärgårdsfallet”), varför det är först om det finns en tydlig skillnad i värde mellan parternas prestationer, som det kan bli aktuellt att diskutera bristande lojalitet.

En avgörande fråga för avvägningen mellan lojalitets- och ekvivalensargumenten å ena sidan och argumenten som utgår från omsorgsdygden och vigilansprincipen å andra sidan blir vilka möjligheter Laidlaw hade att få del av informationen om fredsavtalet innan han ingick avtalet. (Var hans misstag ursäktligt? skulle Lehrberg ha frågat.) Den bedömningen handlar både om vilka kunskaper och kontakter Laidlaw hade och hur allmän och lättillgänglig informationen var. Om Laidlaw enkelt hade kunnat ta reda på om någon fred hade slutits eller inte, men inte gjorde det, tyder det på att han inte uppfyllde omsorgsdygdens och vigilansprincipens krav på var och en att bevaka sina egna intressen med viss noggrannhet. I det här fallet kan informationen inte anses ha varit allmänt tillgänglig, med tanke på att Organ fick del av den under hand, halvtannat dygn innan den skulle formellt offentliggöras. Hur stora förutsättningar Laidlaw hade att under hand få del av informationen kan inte bedömas utifrån de omständigheter som är kända, men om Laidlaw exempelvis hade haft mycket goda kontakter inom stadens eller delstatens politiska och administrativa ledning, hade det kanske varit möjligt för också honom att få förhandsinformation om fredsavtalet. Å andra sidan måste det sägas vara i hög grad tveksamt, om rättsordningen skall mot en person anföra att han inte utnyttjade försänkningar i stads- eller delstatsledningen för att få veta något som allmänheten inte skulle informeras om förrän senare. Med tanke på den rättrådighetens ”underdygd” som benämns lojalitet med lagen och som inte minst bör omfattas av personer i ledande befattningar bör ”läckor” knappast efterlysas av domstolarna.[1364]

Mot Laidlaw kan anföras att tobaksavtalet ingicks någon gång mellan klockan åtta och nio på morgonen och fredsavtalet hade officiellt kungjorts klockan åtta, så Laidlaw hade en teoretisk möjlighet att få information om det. Det finns argument inom exempelvis förvaltningsrätten för att allt som är offentliggjort skall anses vara allmänt bekant, oavsett om en viss person verkligen tagit del av informationen eller inte, men inom avtalsrätten bör det, enligt min uppfattning, finnas större utrymme att beakta om vederbörande verkligen blivit eller kunnat bli informerad. På 1800-talet fanns varken radio eller Internet, så Laidlaw hade sannolikt små faktiska möjligheter att få del av den officiella informationen om fredsavtalet innan han ingick avtalet med Organ.

[1364] Det var måhända inte olagligt att ”läcka” informationen om fredsavtalet – det vet jag inte – men informationen hade i vart fall inte gjorts allmän på vederbörligt (lagenligt, om nu procedurerna reglerades i lag) sätt.

Mot Laidlaw kan dock även anföras att han kan sägas ha tagit en medveten risk genom att sälja tobakspartiet till Organ. Ovan diskuterades betydelsen av att en avtalspart borde ha insett att han borde ha skaffat mer information alternativt att han insåg det men valde att inte informera sig. I det här fallet tycks Laidlaw ha blivit lite misstänksam, när Organ ville köpa ett stort parti tobak, eftersom han frågade om Organ hört några nyheter om fredsförhandlingarna. Det var allmänt bekant att fredsunderhandlingar pågick och ett fredsavtal väntades. Trots att Organ inte besvarade frågan, valde Laidlaw att inte undersöka saken ytterligare, utan sålde tobaken. Man skulle kunna resonera så att om Laidlaw var så angelägen att få tillgodogöra sig vinsten av den prisstegring på tobak som allmänt väntades, så borde han ha låtit bli att sälja till Organ, alternativt skaffat aktuell information om fredsförhandlingarna innan han sålde. (Hade Organ satt press på Laidlaw, till exempel genom att säga att Laidlaw hade fem minuter på sig att bestämma sig om han ville sälja eller inte, hade styrkan i detta argument mot Laidlaw försvagats.[1365] Det finns dock inget i fallet som tyder på att någon sådan stress förekommit.) Å andra sidan kan man hävda att Organ, genom att inte besvara den ställda frågan, tagit ett steg närmare att vara aktivt illojal från att ”bara” ha varit passivt illojal. Att inte besvara en fråga måste anses vara mer graverande än att inte ta initiativ till att utan anmaning lämna en upplysning.[1366]

Vad som, enligt min uppfattning, gör att lojalitetsaspekterna bör värderas högre än vigilansaspekterna i det här fallet är Organs uppenbara uppsåt att göra en vinst på Laidlaws bekostnad. Den som sitter inne med redistributiv information, som i praktiken inte är tillgänglig för medkontrahenten, och som använder informationen för att åstadkomma ett obalanserat avtal, bör inte åtnjuta rättsordningens skydd, även om medkontrahenten hade kunnat vara mer uppmärksam och ta tillvara sina intressen på ett omsorgsfullare sätt. Ju längre tiden hade gått under dagen, och ju mer nyheten om fredsavtalet hade blivit spridd, desto mer oaktsamt hade det rimligen varit av Laidlaw att inte skaffa sig aktuell information om fredsförhandlingarna innan han ingick viktiga avtal.

6.3.2.3 Sammanfattning

Avsnittet om den oinformerade tobakshandlaren har syftat till att ge utrymme för en diskussion om omfattningen av upplysningsplikten vid ett avtals ingående, sedd i ljuset av 36 § avtalslagen. Inledningsvis konstaterades angående gränsdragningen mellan tillämpningsområdena för 36 § avtalslagen och förutsättningsläran att det inte bör anses finnas något hinder mot att tillämpa generalklausulen även på fall, där det enda som kan anses göra ett avtalsvillkor oskäligt är den felaktiga förutsättningen (”subjektiv oskälighet”). Det som i

---

[1365] Jfr den tidigare diskussionen om sinnesstämningens betydelse, t ex om part blir stressad av medkontrahenten, samt det där anförda rättsfallet NJA 1982 s 613 (handpenningavtal).
[1366] Jfr Lynge Andersen/Madsen/Nørgaard, a a, s 191, där de angående innebörden av svikligt förtigande (30 § i den danska avtalslagen) som exempel ger *”…situationer, hvor A snor sig uden om at svare (reelt) på fremsatte spørgsmål vedrørende det forhold, han helst ikke vil berøre”*.

första hand blir aktuellt i sådana situationer är att anse det avtalsvillkor, som anger avtalsföremålet, vara oskäligt med hänvisning till den felaktiga förutsättningen.

När det gäller upplysningspliktens omfattning kan sammanfattningsvis konstateras att denna plikt i svensk rätt redan tidigare ansågs vara tämligen omfattande, varför införandet av generalklausulen inte innebar någon stor förändring av rättsläget och varför det inte medför någon genomgripande skillnad att lyfta fram den som rättskälla för upplysningsplikten i högre grad än vad som tidigare gjorts i doktrinen.

Dock bör framhållas, vilket har något ifrågasatts i doktrinen, att införandet av 36 § avtalslagen var avsett att ge domstolarna ökade möjligheter att jämka och åsidosätta avtalsvillkor, inte minst med hänvisning till omständigheterna vid avtalets tillkomst, till vilka uteblivet uppgiftslämnande hör. Det framfördes också ovan att det i några avseenden bör finnas utrymme att skärpa upplysningsplikten, om man beaktar 36 § avtalslagen. Vidare fördes en fördjupad diskussion om några ytterligare aspekter på upplysningspliktens omfattning.

Utgångspunkten är att upplysningsplikt föreligger, om part besitter viss information, inser att medkontrahenten saknar informationen ifråga (en felaktig förutsättning föreligger för medkontrahenten), samt inser att informationen är av betydelse för medkontrahentens beslut att ingå det ifrågavarande avtalet (medkontrahenten agerar under inflytande av den felaktiga förutsättningen). Vad beträffar anknytningen till europeisk doktrin och PECL, kan noteras att PECL artikel 4:103 innehåller en reglering, som påminner om förutsättningsläran och i anslutning till vilken det förs diskussioner om bland annat det som i svensk doktrin kallas upplysningsplikt. Det noteras i kommentaren till artikeln att det finns rättssystem som tillåter en avtalspart att dra nytta av även allvarliga misstag som medkontrahenten gör, så länge parten inte har förorsakat misstagen, men att sådant beteende i ökande grad anses oacceptabelt.[1367] PECL accepterar inte sådant utnyttjande, utan slår fast: *”The Principles recognise a general principle that a party should not be entitled to take advantage of a serious mistake by the other as to the relevant facts or law”*.[1368] Denna grundsyn torde ligga tämligen nära vad som gäller enligt svensk rätt.

Om utgångspunkten för svensk rätts vidkommande vore enbart de tre ovan nämnda rekvisiten, skulle dock upplysningsplikten bli mycket långtgående. Det har därför i svensk doktrin – liksom för övrigt i PECL-kommentaren – utvecklats vissa motgrunder, som anger när det är legitimt att inte lämna information, även om de grundläggande rekvisiten för upplysningsplikt är uppfyllda. (Kommentaren är dock inte särskilt djupgående och lämnar många frågor obesvarade.)

[1367] PECL, s 232.
[1368] PECL, s 232 (citeras även ovan).

Den viktigaste motgrunden är, enligt min uppfattning, att medkontrahenten inte varit tillräckligt omsorgsfull i vaktslåendet om sina egna intressen (jfr omsorgsdygden och vigilansprincipen) och därför inte själv införskaffat tillräckligt mycket information (uppfyllt sin undersökningsplikt, om man vill uttrycka det så). Vid bedömningen av om medkontrahenten uppfyllt kravet på omsorgsfullhet bör bland annat beaktas vilka parterna är (deras kompetens, resurser och andra omständigheter som är av betydelse för möjligheterna att skaffa information), informationens karaktär (vilken av parternas sfärer berör den; är den allmänt tillgänglig eller är åtkomsten begränsad; om den är allmänt tillgänglig, är den lätt tillgänglig eller krävs det stora ansträngningar för att få del av den eller tillgodogöra sig den) samt när informationen fanns tillgänglig i förhållande till när avtalet ingicks.

Vid bedömningen av medkontrahentens omsorgsfullhet bör beaktas även om medkontrahenten borde ha insett behovet av att inhämta mer information, men inte gjort det, respektive insett behovet av mer information, men valt att inte inhämta den. Beroende på partens egenskaper (kompetensbrist etc) kan det vara ursäktligt att inte inse behovet av att inhämta information, liksom att välja att inte inhämta upplysningar (kompetensbrist, resursbrist etc). Att träffa ett sådant val kan dock också ses som ett uttryck för ett medvetet (affärsmässigt) risktagande och då är parten knappast skyddsvärd i den del hans omsorg underskrider den ”nivå” en normalt omsorgsfull person skulle ha valt. I PECL anförs att det faktum att ett avtal är riskfyllt och spekulativt motiverar undantag från upplysningsplikten. Det tycks motiveras av att lojalitetskravet anses vara lägre vid sådana avtal än i andra sammanhang, varvid jag ovan anförde att det snarare är den risktagande partens lägre grad av omsorgsfullhet som motiverar att han själv får bära risken för sin egen okunskap i större utsträckning än annars. Jag har däremot svårt att se varför medkontrahenten skulle ha rätt att vara mindre lojal mot en risktagare än mot någon annan. Det torde innebära att om medkontrahenten besitter avgörande information, som inte ens en normalt omsorgsfull person skulle kunna få del av på annat sätt än genom medkontrahenten, bör den sistnämnde av lojalitetsskäl anses skyldig att dela med sig av upplysningarna.

Huruvida informationens karaktär av destruktiv, redistributiv eller produktiv (för att begagna de från ekonomisk vetenskap hämtade benämningar som Runesson använder) påverkar upplysningsplikten diskuterades också. Som utgångspunkt angavs att destruktiva och redistributiva fakta vanligen bör anses omfattade av upplysningsplikt (destruktiva fakta utan undantag). Beträffade produktiva fakta angavs att sådana bör få förtigas, i synnerhet om de tillkommit som ett resultat av betydande arbetsinsatser. Särskilda omständigheter kan dock tala däremot (vetskap om att avtalet kommer att medföra en direkt förlust för medkontrahenten). (Att produktiva fakta kan få förtigas innebär eventuellt en mindre långtgående upplysningsplikt än den Lehrberg förespråkar, men det beror på hur man tolkar hans ståndpunkt.) Diskussionen om produktiva fakta anknyter

till det andra huvudsakliga undantaget från upplysningsplikt som anförs i PECL. Där sägs att information som en avtalspart lagt ner stor möda på att få del av inte behöver delges medkontrahenten, vilket innebär att PECL:s inställning är densamma som min (i den mån den information PECL talar om inte är av destruktiv eller redistributiv karaktär; man kan rimligen lägga ner stor möda på att införskaffa även sådan information). Däremot är motiveringen till undantaget i PECL-kommentaren av samma konsekvensetiska modell som Runessons och Wilhelmsens – incitamenten att investera i information minskar, om man måste dela med sig av sina upptäckter – medan jag föredrar att betona det rättvisa i att en person får en belöning för en berömvärd prestation.

Ett i svensk doktrin diskuterat undantag från upplysningsplikten rör det jag valt att kalla otydlig information, t ex fakta om prisbildning och konjunkturer. Konjunkturbedömningar kan per definition inte vara annat än mer eller mindre säkra prognoser. Min uppfattning är att det med stöd av 36 § avtalslagen och den därtill anknytande lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen inte är rimligt att generellt undanta sådan information från kravet på upplysningsplikt. Inte heller finns det anledning att skilja mellan information som är direkt relevant för avtalet och sådan som med relativt stor säkerhet är indirekt relevant.

Vidare diskuterades ovan om det bör råda undantag från upplysningsplikten för information av personlig karaktär. Det brukar anses att man inte behöver lämna information om mindre smickrande personliga förhållanden till en potentiell arbetsgivare, förutsatt att förhållandena inte påverkar möjligheterna att utföra arbetet. Enligt min uppfattning kan man inte generellt säga att det i övrigt råder upplysningsplikt avseende personliga förhållanden som man inser är relevanta för medkontrahentens beslut att ingå avtalet. Eftersom en avtalspart i vissa fall skulle göra sig skyldig till diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller funktionshinder, om hans avtalsförutsättningar avseende medkontrahentens personliga förhållanden förverkligades (”jag vill inte sälja till personer av den etniska tillhörigheten”), kan upplysningsplikt avseende förhållanden av dessa slag inte föreligga. I övrigt torde upplysningsplikt i princip föreligga avseende personliga förhållanden. Vill någon inte lämna upplysningar torde alternativet vara att avstå från att ingå avtalet.

Även frågan om part för att vara upplysningspliktig måste inse medkontrahentens förutsättningar och att de är felaktiga, eller om det räcker att oaktsamt förbise förutsättningarna och deras inkorrekthet, behandlades ovan. I motsats till en i viss doktrin framförd uppfattning anfördes att det torde räcka med oaktsamhet, i vart fall vid en tillämpning av 36 § avtalslagen. Detta ligger även i linje med PECL artikel 4:103 och med den vanligaste uppfattningen i svensk doktrin (där den dock inte anknyts till generalklausulen).

6.3.3 Fallet med den prisvärda skärgårdstomten

6.3.3.1 Fallet

B ägde en fastighet på en ö i Vaxholms kommun. Under 1996 hyrde han ut ett fritidshus på fastigheten till M. Året därpå ingick B och M ett avtal, som innebar att M köpte fritidshuset samt 1500 kvadratmeter av fastigheten för 70 000 kronor. Två ytterligare köpekontrakt undertecknades år 1999, eftersom de tidigare kontrakten blivit för gamla för att kunna läggas till grund för avstyckning. Den 28 maj 2000 undertecknades köpebrev, varpå parterna gemensamt ansökte om att den av M köpta fastighetsdelen skulle styckas av. B tog sedan tillbaka sin del av ansökan och väckte år 2001 talan vid Södra Roslags tingsrätt, varvid han yrkade att köpet skulle gå tillbaka. Han åberopade därvid 30, 31, 33 och 36 §§ avtalslagen. Enligt en värderingsman, som hördes i tingsrätten, var den omtvistade fastighetsdelen år 1997 värd minst två miljoner kronor och vid tidpunkten för rättegången i tingsrätten kunde värdet uppskattas till minst 2,5 miljoner kronor. Tingsrätten, vars dom fastställdes av Svea hovrätt, fann att köpet skulle bestå.[1369]

Till grund för sin talan anförde B, som dock inte hördes i någon av rättegångarna, att han är en gravt alkoholiserad sjukpensionär i psykisk obalans och att han inte insåg att försäljningen skedde till uppenbart underpris, vilket däremot M var medveten om. M å sin sida anförde att han visste att B var alkoholist, men att B alltid hade varit nykter när viktiga handlingar undertecknats. M sade sig inte ha de kunskaper som krävdes för att bedöma fastighetsdelens värde och att han uppfattade det avtalade priset som normalt.

Tingsrätten[1370] konstaterade att fastighetsdelen sålts för *"…ett synnerligen lågt pris"*, men framhöll att huvudregeln är att avtal skall hållas och att "*det är avtalskontrahenterna som vid avtalets ingående själva får ta tillvara sina intressen så långt de förmår"*. Rätten framhöll också att B vid flera tillfällen under flera års tid upprepat sin vilja att sälja fastighetsdelen för det avtalade priset och att det vid en *"helhetsbedömning av omständigheterna vid avtalets ingående och senare inträffade förhållanden"* inte är styrkt att något avtalsvillkor är oskäligt och att talan därför skall lämnas utan avseende.[1371]

[1369] Svea hovrätts dom i mål nr T 7242-02 meddelad 2003-10-10.
[1370] Södra Roslags tingsrätts dom i mål nr T 3384-01 meddelad 2002-06-14. Hovrättens dom tillförde ingenting i sak.
[1371] Tillämpning av 30, 31 och 33 §§ avtalslagen avfärdade domstolarna utan närmare motivering.

6.3.3.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter

6.3.3.2.1 Inledning

Som redan har konstaterats, betonar tingsrätten i sin dom regeln om avtalsbundenhet samt pekar på att säljaren vid flera tillfällen kommunicerat sin vilja att genomföra avtalet. Däremot för rätten ingen egentlig argumentation om andra omständigheter, såsom ekvivalensfrågan eller säljarens motiv för att genomföra affären. Dock anser jag att betydelsen av dessa omständigheter för tillämpningen av 36 § avtalslagen behöver belysas och kommer därför att behandla dem i det följande, dels i allmänna ordalag, dels i relation till det aktuella fallet. Avslutningsvis kommer jag att diskutera hur en slutlig avvägning av de olika argument, som aktualiseras i fallet, skulle kunna genomföras.

Med tanke på att det mest slående med det ifrågavarande avtalet är den stora diskrepansen mellan parternas prestationer, förefaller det som om den av avtalsrelationens dygder, som det ligger närmast till hands att inleda diskussionen med, är rättrådigheten, närmare bestämt ”underdygden” att eftersträva korrekta avvägningar. Den därmed korresponderande principen är ekvivalensprincipen. Både dygden och principen har den kommutativa rättvisan som utgångspunkt och bygger således på att parternas prestationer i en avtalsrelation skall motsvara varandra, vara likvärdiga.[1372]

Domstolarna fokuserar istället på omständigheterna vid avtalets tillkomst och förefaller i första hand att ta ställning till om något ”viljefel” har förelegat å säljarens sida. En annan betydelsefull fråga med anknytning till viljan är om det är relevant att beakta vilka skäl säljaren kan ha haft för sitt beslut att sälja. I och med att frågor beträffande viljan aktualiseras, blir det relevant att ta hänsyn till dygderna ärlighet och lojalitet samt de därmed sammanlänkade principerna viljeprincipen och lojalitetsprincipen. Viljeprincipen föreskriver att avtalsparts fria, mogna, friska och fullt ut informerade vilja skall respekteras, medan lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen föreskriver att avtalsparter i viss utsträckning skall tillvarata även medkontrahentens intressen. I lojalitetsnormerna kan anses ligga ett krav på att respektera medkontrahentens vilja och att i viss mån främja att den förverkligas. Ärlighetsdygden innebär både en skyldighet att den information part lämnar är korrekt och att part i vissa fall är skyldig att lämna information – så att medkontrahentens vilja kan bli fullt ut informerad.

Också vigilansprincipen och omsorgsdygden berörs, i och med att tingsrätten påpekar att parterna har en skyldighet att ta tillvara sina egna intressen (och får skylla sig själva, om de inte gör det). Tillitsprincipen och därigenom pålitlighetens dygd blir också relevant, i och med att köparens eventuellt

[1372] Se t ex delavsnitt 3.5.6.5.

befogade tillit till avtalets genomförande är skyddsvärd. Sistnämnda två dygder och två principer tillhandahåller beaktansvärda argument mot jämkning av avtalet.

De omständigheter som, bland annat mot bakgrund av ovanstående och diskussionen i delavsnitt 6.2.2, tycks kunna bli rättsligt relevanta i förevarande fall är *avtalsbalansen*, *syftet* bakom agerandet, *vilka* som agerade (vem-frågan) samt *vad* parterna gjorde.

Att *avtalsbalansen* är en omständighet av central betydelse i fallet torde stå klart, med tanke på den stora skillnaden mellan värdet av parternas prestationer. Balansens rättsliga relevans bör därför belysas. Att analysera *syftet* bakom parternas, i synnerhet säljarens, agerande är också intressant, eftersom det aktualiserar frågan om vilka krav man bör och rättsligt kan ställa på att uttryckliga, rationella motiv att företa en viss rättshandling skall föreligga, för att rättshandlingen skall åtnjuta rättsordningens stöd. Frågan om *vilka* som agerade gäller betydelsen av parternas personliga förhållanden, i första hand för att avtalet skall anses vara en återspegling av parternas fria, mogna, friska och fullt ut informerade viljor. Befann sig någon av parterna i underlägsen ställning gentemot medkontrahenten och vilken betydelse hade det i så fall i anslutning till avtalets ingående? *Vad* som gjordes eller inte gjordes kan också vara av betydelse, exempelvis för att belysa om respektive part uppfyllt sin upplysningsplikt respektive undersökningsplikt.

Däremot kan parternas *handlingssätt*, *platsen* och parternas *sinnesstämning* sannolikt inte tillmätas rättslig relevans i det här fallet, även om de typiskt sett skulle kunna vara relevanta i fall som liknar det föreliggande. *När* händelserna ägde rum och *kausalitetsaspekten* tycks inte heller vara av betydelse.

Sättet på vilket part agerar, för att förmå medkontrahenten att ingå ett visst avtal, kan typiskt sett vara av betydelse för bedömningen av om avtalets ingående är behäftat med något ”viljefel” å medkontrahentens sida. Är medkontrahenten exempelvis sjuklig, alkoholberoende eller svag på annat sätt, skulle part kunna utnyttja det genom att vara insmickrande och överdrivet vänlig eller för den delen aggressiv och domderande, för att få sin vilja igenom. I det nu aktuella fallet vet vi dock ingenting om köparens agerande och denna omständighet kan därför inte tillmätas betydelse. *Platsen* skulle kunna vara av betydelse, om avtalsförhandlingarna – vilket inte verkar osannolikt – ägde rum i säljarens bostad. Med hänvisning till vad som ovan[1373] sades om att människor kanske inte är beredda på att behöva tillvarata sina intressen, när de befinner sig i hemmiljö, kan säljarens position ha försvagats ytterligare av att han befann sig i sin bostad. Å andra sidan framhölls att det viktigaste skälet bakom hemförsäljningsregleringen sannolikt är det överraskningsmoment det innebär att bli uppsökt av en försäljare i sitt hem, vilket talar mot att förhandlingsplatsen

[1373] Delavsnitt 6.2.2.5.

skall tillmätas betydelse. Oavsett det framgår det inte var avtalet om den prisvärda skärgårdstomten ingicks, varför platsaspekten inte kan beaktas i det följande. Med tanke på vad som upplysts om säljarens eventuella psykiska problem, är det inte omöjligt att tänka sig att säljaren befann sig i ett överdrivet upprymt eller på annat sätt obalanserat *sinnestillstånd*, när avtalet ingicks. I så fall skulle det vara en omständighet som förstärker hans underlägsna ställning, eftersom den minskar hans möjligheter att göra ett genomtänkt ställningstagande. Inte heller parternas sinnestillstånd föreligger det dock någon information om, varför omständigheten inte kan beaktas.

Det är svårt att se på vilket sätt någon av parterna skulle gynnas av *tidpunkten* för avtalets ingående eller andra händelser och handlingar. Om avtalet hade ingåtts vid en tidpunkt, då säljaren var i dålig fysisk och/eller psykisk kondition, hade detta beaktats inom ramen för ”vem-frågan” eller möjligen parts sinnesstämning. Någon händelse av rättslig betydelse, vars orsak parterna inte hade kontroll över, tycks inte ha inträffat, varför *kausalitetsaspekten* saknar relevans.

6.3.3.2.2 Ekvivalensfrågan

Det mest iögonfallande i det här rättsfallet torde vara den mycket stora skillnaden mellan värdet av parternas prestationer. Köpeskillingen motsvarar omkring en trettiondedel (cirka tre procent) av egendomens uppskattade marknadsvärde. Om man uttrycker sig lite vårdslöst, innebar avtalet att säljaren gav köparen egendom för omkring två miljoner kronor. Det tycks därför, som sagt, ligga nära till hands att åberopa ekvivalensprincipen och dygden rättrådighet och pröva de argument för ett ingrepp i avtalsbundenheten som principen och dygden tillhandahåller.

En första förutsättning för att man skall kunna åberopa principen och dygden är dock att man kan göra en jämförelse av värdet av prestationerna. Typiskt sett görs den jämförelsen självfallet i pengar. Med tanke på att avtal ofta innebär att den ena parten skall betala pengar för att få något slags naturaprestation från medkontrahenten, är den ena prestationen vanligen tämligen enkel att värdera, nämligen penningprestationen (priset). Men hur skall man gå till väga för att värdera naturaprestationen, närmare bestämt för att *objektivt* värdera naturaprestationen? Att det måste bli fråga om någon typ av objektiverande bedömning är uppenbart, med tanke på att parterna redan åsatt naturaprestationen ett (”subjektivt”) värde mätt i pengar, nämligen det avtalade priset.

Historiskt sett kan man urskilja två principiellt olika sätt att se på fastställandet av iustum pretium (det rättvisa priset).[1374] Den ena synen, som utvecklades av bland andra Thomas av Aquino[1375], bygger på att det rättvisa priset är marknadspriset, fastställt i ett tillstånd av fri konkurrens, medan den andra synen bygger på att det rättvisa priset är ett pris som täcker säljarens omkostnader samt

[1374] Se delavsnitt 4.6.1.
[1375] Se Zimmermann, a a, s 265 f.

ger honom en lön som gör att han kan bibehålla sin sociala ställning. Med ett marknadsekonomiskt synsätt torde det vara främmande att vid bedömningen av ett pris rimlighet lägga avgörande vikt vid sådant som produktionskostnaden. Dynamiken i det marknadsekonomiska systemet beror bland annat på att olika marknadsaktörer tävlar om att tillverka varor och utföra tjänster så kostnadseffektivt som möjligt. Om en rimlighetsbedömning av priset på en vara eller tjänst anknyts till omkostnaderna (inklusive utrymme för skälig vinst), riskerar det att leda till minskade incitament för nytänkande och effektiviseringar i produktionen/utförandet och därmed till välfärdsförluster, eftersom resurser inte används optimalt. En näraliggande fråga, om man skulle anknyta rimlighetsbedömningen till produktionskostnad eller dylikt, är vems produktionskostnad man i så fall skulle utgå ifrån. Den tillverkare som har högst kostnader, den som har lägst eller kanske ett medelvärde? En annan fråga är i vilken utsträckning producentens behov av investeringar eller strävan efter expansion skall beaktas, när vinstmarginalens skälighet bedöms. Den typen av beräkningsproblem talar också mot att typiskt sett utgå ifrån en rimlighetsbedömning byggd på omkostnaderna.[1376]

Med tanke på att vårt ekonomiska system i grunden är marknadsekonomiskt, förefaller Thomas av Aquinos utgångspunkter rimligast (och det är intressant att notera att de formulerades för mer än 700 år sedan). Även en formulering som ”marknadspriset satt i ett tillstånd av fri konkurrens” är dock en tämligen abstrakt formel. Hur skall man veta vad marknadspriset är? Vilka omständigheter skall beaktas, när man tar ställning till det?[1377]

Man skulle kunna hämta ledning ur köplagens definition av det skäliga priset. I 45 § köplagen stadgas att om inte priset på det köpta följer av avtalet, skall köparen betala *”vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt”*.[1378] von Post noterar helt korrekt att köplagen inte innehåller någon prisjämkningsregel, utan att 45 § är tillämplig endast om priset inte framgår av avtalet.[1379] Förmodligen är

---

[1376] Jfr Dotevall, a a, s 450 f.
[1377] Jfr delavsnitt 4.6.2.
[1378] Jfr CISG art 55, där det stadgas att om priset inte framgår av avtalet, skall parterna anses ha hänvisat till *”…the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned”*. Formuleringen har uppenbara likheter med 45 § KöpL, vilket säkert inte är en tillfällighet. Vid köplagens utarbetande togs hänsyn till den internationella köprättsliga utvecklingen (se köplagspropositionen, prop 1988/89:76 om en ny köplag, t ex s 1). *”The price generally charged”* översätts i prop 1986/87:128 om internationella köp, s 135, med *”det pris som allmänt tillämpas”*. Enligt propositionen ligger uttrycket mycket nära det uttryck som används i CISG art 76, nämligen *”current price”*, vilket översätts med *”gängse pris”*. I propositionen sägs dock att uttrycken förmodligen inte skall ges exakt samma innebörd, utan att ”gängse pris” *”torde vara mer begränsat och ligga närmare vad man menar med ett marknadspris”*. Att man vid utarbetandet av CISG valt att använda olika uttryck, måste anses tala för att uttrycken inte har ansetts ha exakt samma innebörd. Å andra sidan är det svårt att se att det rent språkligt skulle föreligga någon betydelseskillnad mellan dem. En eventuell skillnad blir därför närmast av juridiskt-teknisk karaktär. För denna avhandlings vidkommande torde en eventuell betydelseskillnad sakna relevans.
[1379] A a, s 187.

det av det skälet som han inte diskuterar vilken betydelse som skulle kunna tillmätas rekvisiten i 45 § KöpL vid en skälighetsprövning av priset enligt 36 § AvtL.[1380] Jag menar dock att en bedömning av vad som är ett skäligt pris enligt 45 § KöpL och vad som är ett oskäligt pris enligt 36 § AvtL bör inrymma liknande överväganden. Förvisso torde det finnas en ”gråzon” mellan vad som utan tvekan är skäligt och vad som utan tvekan är oskäligt, men skillnaden mellan skäligt och oskäligt måste vara fråga om en gradskillnad och inte en artskillnad, varför det är svårt att se av vilket skäl man skulle använda helt olika kriterier vid respektive bedömning.

Att man, vid en bedömning av prisets skälighet, skall beakta vilken typ av vara (varans ”art”) som avtalet gäller förefaller självklart, liksom att varans kvalitet (”beskaffenhet”) är betydelsefull.[1381] Med ”gängse pris” avses *”det pris som säljare i allmänhet tillämpar för samma slags vara under motsvarande omständigheter”*.[1382] Med ”motsvarande omständigheter” förstås att man skall jämföra med prisnivån i det distributionsled i vilket köpet har ingåtts samt att man skall beakta bland annat betalningsvillkor, servicenivå och *”försäljningsställenas mer eller mindre centrala läge”*.[1383] Det påpekas att det också är vanligt med lokala variationer i den gängse prisnivån, d v s att prisnivån varierar mellan olika orter i landet.[1384] Rekvisitet ”omständigheterna i övrigt” är bland annat tänkt att täcka situationer då det mellan avtalets ingående och tidpunkten för naturaprestationens fullgörande inträffat *”en oförutsedd och påtaglig prisutveckling”* (givet att köpet inte gjorts i spekulationssyfte) samt då säljaren haft *”…särskilda kostnader eller besvär”* till följd av köpet, om köparen var medveten om detta vid avtalets ingående, eller då säljarens kostnader blivit lägre än vanligt, t ex på grund av att köparen på egen bekostnad hämtat varan.[1385]

Samtliga nämnda rekvisit i 45 § köplagen har en sak gemensamt, nämligen att de syftar till att underlätta en bedömning av vad som är marknadspriset på varan i fråga, genom att peka på ett antal omständigheter som bör påverka vilket pris ett ifrågasatt pris skall jämföras med. Man bör dock observera att det är fråga om

---

[1380] I köplagspropositionen, s 152, påpekas att 45 § inte ger *”utrymme för någon skälighetsprövning av ett avtalat pris. Om ett sådant pris är oskäligt kan dock … jämkning komma i fråga med stöd av 36 § avtalslagen”*.

[1381] Jfr prop 1988/89:76 om ny köplag, s 151.

[1382] Prop 1988/89:76, s 151. Jfr Zimmermann, a a, s 265, som apropå Thomas av Aquinos diskussion om det rättvisa priset uttrycker sig på följande sätt: *”…a price determined subjectively by all becomes objective to each”*.

[1383] Prop 1988/89:76, s 151. Här kan man se att säljarens omkostnader (jfr ovan) indirekt påverkar bedömningen av marknadspriset. Finns det exempelvis på en viss ort fördyrande omständigheter, leder det självfallet till att marknadspriset för varan i fråga i det området kan bli högre än på andra håll. Fortfarande är det dock det pris som faktiskt tas ut på marknaden som är utgångspunkten för bedömningen, inte något framkalkylerat pris med utgångspunkt i företagens faktiska kostnader.

[1384] Prop 1988/89:76, s 151. Där diskuteras också om det är priset på säljarens eller köparens ort som skall anses vara utslagsgivande. I propositionen anförs att om köparen beställt varan på säljarens ort, *”…ter det sig ofta naturligt”* att beakta det priset, men om säljaren har marknadsfört varan på köparens ort, *”ligger det närmare till hands att beakta priset på denna ort”*.

[1385] Prop 1988/89:76, s 151 f.

exemplifieringar, vilket innebär att det finns utrymme för att tillmäta någon annan omständighet än de nu nämnda betydelse i ett enskilt fall. Enligt min uppfattning förefaller dock rekvisiten i 45 § köplagen att kunna ge tämligen god vägledning vid fastställandet av ett ungefärligt marknadspris. (Bedömningar av vad som är marknadspris eller gängse pris är inte en exakt vetenskap, varför begreppet ”objektivt fastställt pris” eller ”objektivt värde” inte får uppfattas alltför bokstavligt.)

Emellertid är det inte för alla typer av gods möjligt att på detta sätt fastställa ett marknadspris. Det kan råda en monopolsituation eller stor brist på varan ifråga. En annan möjlighet är att varan har specialtillverkats eller av annat skäl är unik. I köplagspropositionen anförs att det i sistnämnda fall kan vara lämpligt att låta säljarens kostnader bilda en utgångspunkt för bedömningen[1386], d v s den metod som jag ovan fann typiskt sett borde undvikas. Hov menar att samma lösning är lämplig i monopol- eller bristsituationer.[1387] Vad som är en specialtillverkad vara kan diskuteras. I många fall torde det handla om att specialanpassa en standardprodukt i enlighet med kundens särskilda behov och då bör självfallet marknadspriset för standardprodukten utgöra utgångspunkt för bedömningen, med de tillägg som motiveras av anpassningsarbetena. Är det fråga om tillverkning av en unik vara, utan att en standardprodukt används som utgångspunkt, tycks det emellertid som om säljarens kostnader, självfallet inklusive eventuella kostnader för utveckling av varan och/eller tillverkningsmetoden, är den mest näraliggande utgångspunkten för prisbedömningen.

Särskilda svårigheter torde uppkomma om den nytillverkade, unika varan är ett konstföremål, eftersom priset på sådana även bör inrymma föremålets konstnärliga värde, vilket i en del fall kan vara svårt att bedöma. Nytillverkade konstföremål skiljer sig i detta hänseende delvis från äldre konstföremål, antikviteter etc – beträffande vilka tillverkningskostnaden naturligtvis inte kan användas som utgångspunkt för bedömningen av värdet – i och med att det beträffande sistnämnda slag av objekt som bekant finns en fungerande marknad, varför de ofta torde kunna värderas enligt huvudmetoden ovan. Skulle något äldre konstföremål etc vara så unikt – ett nyupptäckt konstverk av någon känd mästare – att det inte med rimlig träffsäkerhet kan göras en bedömning av dess marknadsvärde, återstår, liksom beträffande vissa nytillverkade konstföremål, sannolikt endast att konstatera att objektet inte kan göras till föremål för en ekvivalensbedömning, eftersom något ”objektivt” värde inte kan fastställas. Detsamma kan självfallet bli fallet beträffande andra typer av objekt beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

[1386] Prop 1988/89:76, s 152. Det påpekas att hänsyn inte bör tas till ”exceptionella kostnader” i det särskilda fallet, t ex kostnader som beror på att säljaren råkade förstöra det exemplar han skulle tillverka och nödgades göra ett nytt.

[1387] Hov, a a, s 274. Han menar dock att ju mer lyxbetonad en vara är, desto större utrymme är det att godta det avtalade priset, även om det råder brist på varan i fråga.

En annan aspekt är att säljarens egen prissättning av motsvarande objekt i andra avtalsrelationer än den, som är föremål för prövning, skulle kunna vägas in vid bedömningen av marknadspriset. Detta kan i synnerhet bli aktuellt vid köpeavtal beträffande vilka säljaren är näringsidkare och ingår många avtal rörande objekt av samma slag. Om priset i det prövade fallet är markant högre än det pris säljaren normalt begär, kan det finnas anledning att undersöka om det föreligger omständigheter som motiverar det markant högre priset eller inte (fördyrande omständigheter, kunden saknar rabattavtal, kunden är inte regelbundet återkommande kund etc). Om så inte är fallet, kan det anföras till stöd för att priset i det prövade fallet avviker från marknadspriset.[1388]

När det gäller bedömning av värdet av en tjänst, skulle ledning kunna hämtas i 36 § konsumenttjänstlagen (KtjL), där det sägs att om priset på en tjänst inte är fastställt, skall konsumenten betala vad som är skäligt med hänsyn till *"tjänstens art, omfattning och utförande, gängse pris eller prisberäkningssätt för motsvarande tjänster vid avtalstillfället samt omständigheterna i övrigt"*.[1389] Paragrafen har i sin konstruktion som synes uppenbara likheter med 45 § köplagen.

För att återgå till fallet med den prisvärda skärgårdstomten, gällde det fast och inte lös egendom, men en del av kriterierna i 45 § köplagen skulle ändå kunna anses vara relevanta. När det gäller fastighetsvärdering finns dock som bekant en tämligen omfattande sådan verksamhet med väl utvecklade metoder, varför man beträffande många fastigheter nog kan göra en relativt rättvisande värdering (låt vara att lokala förhållanden eller ett objekts unika karaktär kan påverka träffsäkerheten).[1390] Tingsrätten utgår också ifrån att den för rätten presenterade värderingen är någorlunda korrekt. I det fallet var det således inte svårigheter att på ett rimligt sätt jämföra värdet av parternas prestationer som var det avgörande.

I stället skulle man kunna se tingsrättens motvilja mot att ingripa mot avtal med hänvisning till bristande proportion mellan parternas prestationer såsom varande i linje med synen på andra håll i Europa.[1391] Wilhelmsson noterar att EU-rätten,

---

[1388] Wilhelmsson diskuterar betydelsen av att en näringsidkare tillämpar olika prissättning gentemot olika kunder och anför som sin mening: *"An undertaking which refuses to contract with a consumer, or which offers terms significantly less attractive than are offered to others, is obliged to justify why it does so"*. Se Contract and Equality i Scandinavian Studies in Law, volume 40, Legal Theory, Stockholm 2000, s 164. Jfr även prop 1975/76:81, s 120 f, där det framhålls att näringsidkare normalt bör vara bunden av sin egen praxis, när det gäller tillämpningen av olika avtalsvillkor. Prisfrågan behandlas inte specifikt, utan diskussionen gäller snarare om ett visst standardvillkor brukar göras gällande på ett för kunden mer generöst sätt än det enligt sin lydelse skulle kunna tillämpas. Att beakta parts typiska prissättning på ovan beskrivet sätt torde dock ligga i linje med dessa motivuttalanden. Se också SOU 1974:83, s 146 ff.

[1389] Jfr prop 1984/85:110, s 91 ff, s 94, s 300, s 302.

[1390] Även fastighetstaxeringen bygger som bekant på ett slags uppskattning av fastigheternas marknadsvärde.

[1391] Här bör framhållas att diskussionen gäller ingripande till följd enbart eller huvudsakligen av ekvivalensbrister. Sådana brister som uppkommit till följd av tvång, svek etc kan självfallet angripas med hänvisning till "viljefelet". Jfr von Post, a a, s 187.

inklusive direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden, intar en avvisande hållning till rättslig intervention i avtal med hänvisning till bristande ekvivalens.[1392] Direktivet om oskäliga avtalsvillkor[1393] är, enligt uttryckligt stadgande i artikel 4 (2)[1394], inte tillämpligt på villkor som gäller relationen mellan pris och prestation. Wilhelmsson framhåller att EU-rätten bygger på *"…the thought that the relationship between the price and the performance of the contract has to be determined by the market mechanism and not through regulation"*.[1395]

Dock finns det i det nämnda direktivets preambel (stycke 22) en formulering som lyder: *"Avtalets huvudföremål och förhållandet mellan kvaliteten och priset kan likväl tas i beaktande vid bedömningen av skäligheten hos andra villkor"*. Formuleringens innebörd kan inte sägas vara särskilt tydlig, men den skulle kunna uppfattas så att om priset är mycket högt i förhållande till prestationen, så kan det anses vara en omständighet som tyder på att något annat avtalsvillkor anses oskäligt. Eftersom det inte kan vara själva prisvillkoret som anses oskäligt, måste dock formuleringen (som inte heller ingår i själva direktivet) tillmätas begränsad betydelse.[1396] Vad beträffar PECL kan nämnas att artikel 4:103 reglerar verkan av "Fundamental Mistake as to Facts or Law" i ordalag som ligger förutsättningsläran tämligen nära.[1397] I kommentaren till artikeln anförs att misstag beträffande ett avtalsföremåls värde vanligen inte kan betraktas som avgörande i artikelns mening, men samtidigt påpekas att PECL inte innehåller en uttrycklig regel som utesluter befrielse från avtalsbundenhet i sådana fall.[1398] Det skulle kunna uppfattas som en liten markering mot direktivet om oskäliga avtalsvillkor och dess uttryckliga uteslutande av ekvivalensfrågan från direktivets tillämpningsområde. PECL:s upphovsmän vill inte gå så långt som att uttryckligen utesluta befrielse på grund av bristande balans mellan parternas prestationer.[1399] Om PECL anses vara en indikator på den europeiska avtalsrättens utvecklingsriktning, skulle man, mot bakgrund av det just anförda, möjligen kunna säga att det tycks finnas krafter som verkar för att ekvivalensproblematiken skall få en något större betydelse i den avtalsrättsliga

---

[1392] Se Wilhelmsson, Thomas, Social Contract Law and European Integration [cit Wilhelmsson, European Integration], Aldershot 1995, s 142 ff.
[1393] Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal.
[1394] *"Bedömningen av avtalsvillkors oskälighet skall inte avse vare sig beskrivningen av avtalets huvudföremål eller å ena sidan förhållandet mellan pris och ersättning och å andra sidan sålda varor och tjänster…"*. Se även direktivets ingress, stycke 22.
[1395] Wilhelmsson, European Integration, s 143.
[1396] Jfr Wilhelmsson, European Integration, s 144.
[1397] Artikeln återges i slutet av delavsnitt 6.3.3.2.2.
[1398] PECL, s 233. Illustrationen som ges (PECL s 233) handlar om en person som felaktigt tror att marknadsvärdet på en Chippendalebyrå är 200 000 brittiska pund, när det i själva verket är avsevärt lägre. Hon anses inte kunna undgå avtalsbundenhet på grund av sin missbedömning av marknadsläget. Liksom övriga exempel i PECL är detta mycket kortfattat och lämnar inte information om särskilt många relevanta omständigheter. Utifrån det resonemang som förs i denna del av avhandlingen, skulle jag kunna tänka mig några omständigheter som, om de vore för handen i detta fall, borde tala för att jämkning av avtalet inte helt kan uteslutas, t ex omständigheter som gör att personen befinner sig i en underlägsen ställning gentemot säljaren.
[1399] Se även PECL s 239: *"Article 4:103 does not necessarily exclude mistakes as to value…"*.

diskussionen. Något tydligt stöd för en sådan slutsats ger PECL dock uppenbarligen inte.

Också engelsk rätt är tämligen ovillig att gripa in i avtalsrelationer med hänvisning huvudsakligen till ekvivalensbrister och detta gäller även ekvivalensförskjutningar som beror på senare inträffade förhållanden.[1400]

Man bör observera att den ovanstående diskussionen rör dels frågan om det bör vara möjligt att angripa avtal med hänvisning huvudsakligen till ekvivalensbrister[1401], dels frågan om avtalsvillkor som rör pris bör kunna jämkas. Svensk (och nordisk) rätt har uttryckligen tagit ställning för att besvara båda dessa frågor med ja. Beträffande den förstnämnda frågan framhålls i generalklausulpropositionen: *"Andra typer av situationer där jämkning e d bör kunna komma i fråga på grund av avtalets innehåll är sådana där det råder ett missförhållande mellan parternas förmåner"*.[1402] I propositionen sägs också uttryckligen att prisklausuler kan jämkas med stöd av 36 § avtalslagen.[1403] Detta ställningstagande upprepades i samband med implementeringen av direktivet om oskäliga avtalsvillkor, varför artikel 4 (2) för svenskt vidkommande lämnades utan avseende.[1404]

Finns det situationer, då ekvivalensbristen *ensam* kan föranleda jämkning av ett avtal? Sannolikt inte. 36 § avtalslagen bygger på att en helhetsbedömning av de i rekvisiten utpekade omständigheterna skall göras och det kan finnas situationer, då ett avtal alldeles uppenbart är skäligt, trots att det råder kraftig obalans mellan parternas prestationer. Transaktioner som helt eller delvis har benefik karaktär kan som bekant motiveras av olika skäl, till exempel en önskan att överföra egendom till sina barn eller någon annan nära släkting. Man måste förvissa sig om att någon sådan situation inte är för handen, innan man angriper avtalet med hänvisning till ekvivalensbristen. Detta leder in på en diskussion, som även berör omständigheten "parternas motiv för att ingå avtalet" och som kommer att tas upp i nästa delavsnitt.

Det faktum att det finns uttryckligt rättskällestöd – och därtill stöd i både ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd – för att jämka avtal med hänvisning huvudsakligen till en ekvivalensbrist är något som, enligt min

---

[1400] Utrymmet för jämkning p g a oförutsedda kostnadsökningar är begränsat. Beträffande en kraftigt ökad transportkostnad p g a att Suezkanalen stängdes under Suezkrisen anförs: *"The increased expense, it seems, is an ordinary incident of commercial bargaining which the seller was expected to bear"* (Cooke/Oughton, a a, s 370).

[1401] Om ett avtal fått ett obalanserat innehåll till följd av exempelvis hot eller svek torde flertalet rättsordningar vara beredda att ingripa, men då med hänvisning huvudsakligen till hotet/sveket, inte huvudsakligen till ekvivalensstörningen.

[1402] Prop 1975/76:81, s 118. Citeras även i delavsnitt 4.6.1.

[1403] Visserligen framhålls i propositionen (s 138) också att *"[d]e fall där jämkning av priset kan komma i fråga torde framför allt vara sådana där andra omständigheter än en renodlad jämförelse mellan pris och prestation spelar in"*, men detta utesluter å andra sidan inte avgöranden som bygger på en sådan renodlad jämförelse. Citeras även i delavsnitt 4.6.1.

[1404] Se prop 1994/95:17, s 41, där det konstateras att övriga nordiska länder gör samma bedömning.

uppfattning, inte uppmärksammats tillräckligt i diskussionen om 36 § avtalslagen. Om ekvivalensrubbningen inte i sig anses vara ett beaktansvärt argument för jämkning vid försäljning av egendom till ett pris, som motsvarar tre procent av egendomens värde, är det svårt att se när svenska domstolar skulle kunna betrakta en ekvivalensrubbning som ett beaktansvärt argument i sig.

Tingsrätten noterar visserligen att priset var ”synnerligen lågt”, men fördjupar inte analysen av ekvivalensfrågan på något sätt. Rekvisitet avtalets innehåll nämns inte ens, när tingsrätten sammanfattar sitt resonemang. Tingsrätten säger att en helhetsbedömning skall göras och det är förvisso i överensstämmelse med motiven[1405], men samtidigt heter det i motiven att det torde *”…bli relativt sällsynt att jämkning sker på grundval av en renodlad jämförelse mellan pris och prestation”*.[1406] Att något är relativt sällsynt innebär som bekant inte att det är uteslutet.

6.3.3.2.3 Motivfrågan

Varför ingår människor avtal? Som ovan noterades, syftar det typiska avtalet till ett för båda parter gagneligt *utbyte av nyttigheter* (en ”win/win-situation”).[1407]

När det gäller transaktioner av benefik karaktär är motivet typiskt sett ett annat, nämligen att av *ideella skäl* hjälpa en av parterna på medkontrahentens bekostnad.[1408] Låt oss göra en ansats att formulera vad som typiskt sett medför att personer vill ge varandra betydande ekonomiska förmåner.[1409] (Här avses gåvor mellan enskilda personer. Från gåvor till välgörande ändamål etc bortses.) Jag menar att man kan identifiera fyra ”ideella faktorer”, som påverkar denna vilja.

[1405] *”Hänsyn måste alltid tas till omständigheterna i övrigt”*, heter det angående prisjämkning i prop 1975/76:81, s 138. Med ”omständigheterna i övrigt” skall nog här förstås alla omständigheter utöver priset, inte enbart de omständigheter som täcks av rekvisitet ”omständigheterna i övrigt” i 36 § 1 st AvtL.

[1406] Prop 1975/76:81, s 138.

[1407] Jfr delavsnitt 4.6.2. Jfr även Atiyah, Essays, s 334: *”…our laws and institutions are based on the assumption that man is a rational being – and a rational being with particular characteristics. One of these characteristics is that a person is presumed not to want or intend to give away his property without some good reason”*.

[1408] Till transaktioner av detta slag kan hänföras såväl transaktioner till förmån för en enskild person, vilken medkontrahenten vill hjälpa (t ex en släkting eller en vän), som transaktioner till förmån för välgörande ändamål, kulturinstitutioner, forskning eller andra allmännyttiga ändamål.

[1409] I NJA 1977 s 717 (”Porschemålet”) för HD ett resonemang, som i vart fall tangerar denna diskussion. I målet hade en direktör utfärdat ett gåvobrev avseende en ny Porschebil, värd 92 279 kronor, till en ung kvinna som han hade en tillfällig amorös förbindelse med. Frågan var om han skulle tvingas fullgöra gåvan, trots att relationen avbrutits. HD anför att den utlovade bilen framstår som *”en lyxgåva, vars värde avsevärt överstiger vad som får betraktas som normalt även för en generös present av en förmögen givare till andra parten i en förbindelse av det aktuella slaget”*. Gåvan jämkades till 20 000 kronor. Här gör HD således en objektiverande bedömning och fäster vikt vid bl a typen av förbindelse och gåvans värde. Rättsfallet kan anses ge i vart fall visst stöd för att det är möjligt och relevant att diskutera vilken grad av generositet som relationer av olika typer typiskt sett ger upphov till.

”Ideell faktor ett” är, enligt min uppfattning, vänskapens djup och styrka. Utan att försöka göra en mera djupgående psykologisk analys av vänskapens eller andra nära relationers natur, vill jag påstå att vänskapens djup vanligen växer över tid och har sin grund i någon form av gemenskap eller samhörighetskänsla (baserad på släktskap, kärlek, gemensamma intressen, gemensamma värderingar eller liknande[1410]). Däremot förekommer tydligen stark kärlek – och därmed kanske även stark vänskap eller i vart fall en stark känsla av samhörighet – ”vid första ögonkastet”, även om det förefaller rimligt att utgå ifrån att det snarare är undantag än regel.

En andra faktor, utöver vänskapens djup, som påverkar beredvilligheten att hjälpa någon, är, menar jag, behovets ”tyngd”. Om någon behöver hjälp för att finansiera en kostsam men livräddande cancerbehandling hos en specialist i USA, har det behovet större ”tyngd” än om det gäller att få råd att laga taket på sommarstugan. För att illustrera faktorernas gemensamma betydelse, skulle man kunna göra det orealistiska antagandet att båda faktorerna kan mätas på en skala från ett till tio. Det verkar då inte orimligt att tänka sig att viljan att hjälpa uppkommer, när summan av faktorerna uppnått en viss nivå, låt oss säga tolv. Det skulle innebära att en person är beredd att ekonomiskt hjälpa någon annan även om vänskapens djup bara är tre, men behovets ”tyngd” är nio. På motsvarande sätt skulle vederbörande vara beredd att hjälpa en nära vän (”en tia”) även om behovet inte är så angeläget (”en tvåa”).

”Ideell faktor tre” och ”ideell faktor fyra” är utsikten att hjälpen skall ha avsedd effekt – ju sannolikare ett positivt utfall är, desto större är sannolikt den typiska viljan att hjälpa – respektive hjälpbehovets storlek i proportion till den tilltänkte ”hjälparens” totala tillgångsmassa (ju mindre andel av tillgångarna som behöver tas i anspråk, desto större är sannolikt den typiska viljan att hjälpa).

Dessa fyra faktorer kan användas för att bedöma hur sannolikt det är att en viss transaktion typiskt sett skulle motiveras av ideella skäl och hur rimligt det typiskt sett är att medkontrahenten (d v s den som får en förmån) utgår ifrån att transaktionen motiveras av ideella skäl. I det enskilda fallet kan det dock självfallet finnas omständigheter, som gör att det framstår som uppenbart att en viss transaktion motiveras av ideella skäl, även om typfaktorerna talar däremot.

Utöver de två nämnda ”motivkategorierna” kan man behöva räkna med ytterligare en kategori, nämligen *avtal som ingås av egenintresse, men inte av ekonomiskt slag*.[1411] Avtalen har således ekonomiskt sett benefik karaktär, men

---

[1410] Lojalitet, d v s att i vissa fall sätta någon annans intressen framför sina egna (t ex att ge någon en gåva), är ett resultat av samhörighet och kan endast krävas när det föreligger relevant samhörighet. Jfr Holm, a a, s 10: *”Människor som är lojala mot sin familj, sina vänner, sina avtalsparter, sin hembygd, sin nation eller sin Gud, uppvisar typiskt sett en viktig gemenskapsbevarande egenskap. Lojalitet mellan människor har ofta ömsesidiga inslag och kännetecknas vanligen av en gemensamt upplevd historia samt i många fall ett mer eller mindre gemensamt framtida öde…”*.

[1411] Man kan som bekant diskutera om inte även transaktioner, som företas av till synes ideella skäl, i vart fall delvis motiveras av egoistiska skäl, t ex att givaren mår bra av att ge eller att givaren vill

syftet för den som får sin förmögenhet minskad är inte att hjälpa medkontrahenten, utan att uppnå något för egen del (även om det som en bieffekt också innebär att medkontrahenten tjänar ekonomiskt på affären). Det kan handla om att i någon form göra en förmögenhetsöverföring till en affärspartner i trångmål, för att därigenom försäkra sig om framtida samarbete. Det kan handla om att sälja viss egendom ”i klump” för att den skall hållas samman hos en ägare även i fortsättningen, trots att det sannolikt skulle inbringa mer pengar att sälja varje föremål för sig. Det kan handla om att sälja viss egendom till den som kan förväntas vårda den på bästa sätt, inte till den som betalar bäst. En äldre person, som äger två grannfastigheter, kan tänkas sälja den ena för ett pris understigande marknadspriset, om där bosätter sig någon som kan förväntas ta hand om säljaren när det blir nödvändigt.

När det gäller avtal, som ingås av icke-ekonomiskt egenintresse, är det svårt att göra en bedömning av sannolikheten för att ett sådant motiv typiskt sett föreligger i en viss situation utifrån ”värdet” på ett antal faktorer. Det beror på att medan det ideella syftet enligt ovan är att hjälpa någon ekonomiskt – d v s den åsyftade effekten består av själva förmögenhetsöverföringen, som är lätt att empiriskt verifiera – så kan det icke-ekonomiska egenintresset ha så skilda ändamål att man inte kan diskutera om ett sådant föreligger, med mindre än att det i det enskilda fallet finns omständigheter som tydligt indikerar det. När det gäller ideella motiv kan man säga ”här har vi en förmögenhetsöverföring, hur sannolikt är det att den görs av ideella motiv?” och sedan bedöma de fyra faktorernas vikt. Något motsvarande kan inte sägas när det gäller icke-ekonomiska egoistiska motiv. Det man däremot kan säga är att om det finns omständigheter (t ex uttalanden från den part som skulle ha haft motivet), som tyder på att ett sådant motiv kan ha förelegat, så måste det rimligen stärka sannolikheten för att ett sådant motiv fanns, om de dispositioner parten företagit typiskt sett framstår som ändamålsenliga medel för att nå målet i fråga. Det motsatta gäller rimligen också: om åtgärderna inte framstår som ändamålsenliga medel för att nå målet, försvagas sannolikheten för att ett sådant motiv förelåg.

Det förefaller rimligt att anta att majoriteten avtal är av det förstnämnda slaget, varför man nog kan säga att det finns visst ”kvantitativt fog” för att presumera att ett avtal in dubio syftar till att ge upphov till en ”win/win-situation”.[1412]

Vilken rättslig betydelse kan detta konstaterande tillmätas? Att parternas syfte (den gemensamma partsavsikten) med sitt avtal bör tillmätas stor betydelse vid avtalstolkning är självklart.[1413] Likaså kan en parts syfte, med att ingå ett avtal, i egenskap av en förutsättning tillmätas betydelse för frågan om avtalsbundenheten bör bestå, eller om avtalet kan angripas med stöd av

---

vinna andras beundran för sin generositet. Till denna tredje motivkategori hänförs dock icke-ekonomiska motiv som inte enbart har med ”givarens” känsloliv att göra, utan som innebär att ”givaren” vill uppnå ett synbart resultat.

[1412] Jfr exempelkatalogen avseende vad avtal kan gälla i Ramberg/Ramberg, a a, s 17

[1413] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt II, s 47 f.

förutsättningsläran. I båda de nämnda fallen handlar det dock om för det enskilda fallet *specifika* avtalssyften. Ovan talas om ett *allmänt* syfte, som ligger till grund för flertalet avtal – det ömsesidiga utbytet.[1414] Om ett avtal inte ger upphov till ett utbyte av prestationer, som är ungefär lika mycket värda, utan det råder obalans mellan prestationerna, förfelas uppenbarligen det allmänna avtalssyftet att avtalet skall ge upphov till en ”win/win-situation”. Hur bör denna omständighet påverka bedömningen av om avtalsvillkoren som definierar parternas prestationer är oskäliga?

Låt oss vänta med att besvara den frågan och först pröva resonemanget med ”motivkategorier” på fallet med den prisvärda skärgårdstomten. Vilket motiv kan säljaren ha haft för att ingå avtalet i fråga? Domstolarna konstaterar att han ingick avtalet frivilligt, d v s att han *ville* ingå avtalet. Men man *vill* något, för att man har en önskan att *uppnå* något, åstadkomma ett resultat. Och vad var det egentligen säljaren ville *uppnå*, genom att ingå avtalet? Med tanke på den betydande obalansen mellan parternas prestationer, förefaller det rimligt att börja med att pröva om avtalet kan ha motiverats av ideella skäl eller av egoistiska men icke-ekonomiska skäl.

Säljaren i fallet erbjöd den blivande köparen att förvärva sommarstugan, som vederbörande hyrde, redan när hyresförhållandet pågått i några få månader. Enligt köparen hade säljaren sagt sig tycka bra om hyresgästen och ville gärna att den sistnämnde skulle flytta till skärgårdsön permanent med sin familj. Säljarens uttalanden tyder på att försäljningen var ideellt motiverad, och att det därför skulle kunna vara fullt rimligt att avtalet innehåller benefika element. Om man prövar de fyra faktorerna, som ovan anges som hållpunkter för en bedömning av om det typiskt sett är sannolikt att en transaktion motiveras av ideella skäl, vilket blir då utfallet? Vi får visserligen veta väldigt lite om parternas relation, men det förefaller mindre sannolikt att en djup vänskapsrelation hade kunnat utvecklas under några få månader och det finns ingenting i köparens vittnesmål som tyder på att så hade skett, även om det förvisso inte helt kan uteslutas (”ideell faktor ett”). Vi får inte heller veta något om köparens ekonomiska förhållanden eller sociala situation, men det finns inget som tyder på att han var i akut behov av bostad eller hade några andra akuta behov av vare sig en skärgårdstomt eller en förmögenhetsökning på ett par miljoner kronor (”ideell faktor två”). Eftersom det inte förelåg några särskilda behov, kan man inte ta ställning till hur sannolikt det är att de skulle bli tillgodosedda genom gåvan (”ideell faktor tre”). Däremot kan man notera att den sålda fastighetsdelen till ytan omfattade mer än säljarens halva fastighet. Säljarens huvudsakliga inkomst utgjordes av sjukpension och uppgick, enligt uppgift i målet, till ungefär tio tusen kronor efter skatt per månad. Således var det en betydande del av säljarens totala förmögenhet som överläts genom transaktionen (”ideell faktor fyra”). Tydligen får vi ”låga värden” på de tre första faktorerna, men ett ”högt värde” på den sista. Typiskt sett förefaller

[1414] Jfr associationsrätten. Inom bolagsrätten finns det en presumtion för att aktiebolag har vinstsyfte, medan det enskilda bolagets specifika verksamhet framgår av verksamhetsföremålet såsom det anges i bolagsordningen.

säljaren ha haft svaga ideella skäl att ge köparen vad som i realiteten var en miljongåva. Eftersom köparen troligen (men förvisso inte helt säkert) var medveten om ”värdena” på samtliga fyra faktorer – d v s han kände troligen till de faktiska omständigheter som ligger bakom den här gjorda ”värderingen” av faktorerna – förefaller han typiskt sett ha haft liten anledning att tro att säljaren ingick avtalet av ideella skäl.[1415] Det förefaller inte heller i det enskilda fallet finnas några omständigheter som talar emot att den bedömning av vad som typiskt sett skulle gälla är korrekt.

Om köpeavtalet inte var ideellt motiverat, återstår att det skulle finnas något annat egenintresse hos säljaren än att få pengar. Det som ligger närmast till hands i så fall är kanske att han ville tillförsäkra sig trevliga grannar på ön, måhända för att slippa bo där ensam. Utan tydliga indikationer på att något sådan motiv fanns, kan man dock inte göra några antaganden i den riktningen, och det förefaller inte finnas några sådana tydliga indikationer. Låt oss dock för resonemangets skull ta säljarens uttalande om att han tyckte om den dåvarande hyrestagaren, sedermera köparen, som en indikation på att han ville sälja tomten till honom för att få trevliga grannar. Den kontrollfråga man, enligt det ovan sagda, då skall ställa sig är om säljarens tillvägagångssätt var ett ändamålsenligt medel för att nå målet i fråga. Om det var just den person, som nu blev köpare, som säljaren ville ha till granne, var det självfallet ett ändamålsenligt tillvägagångssätt. Köparen hade, enligt vad som framkom vid rättegången, inte haft möjlighet att köpa tomten till marknadspriset, så om säljaren ville ha just honom till granne, var han tvungen att sälja till ett lägre pris. Det finns dock inget som hade hindrat säljaren från att bjuda ut tomten på öppna marknaden och sedan se om någon av spekulanterna i hans ögon hade verkat trevlig. Med det tillvägagångssättet hade han både tagit tillvara möjligheten att få marknadsmässigt betalt för sin egendom och att välja en person, som han tyckte om, till granne. Han hade också kunnat ställa som krav, för att gå med på en affär, att den tilltänkte köparen hyrde egendomen under några månader, för att se om personkemin fungerade. För en utomstående betraktare framstår säljarens valda tillvägagångssätt således inte som det mest rationella av de alternativ som stod till buds för en person som ville försäkra sig om att få trevliga grannar. Å andra sidan kan man, om det var syftet, inte heller betrakta agerandet som helt irrationellt – han fick de grannar han ville ha. På det hela taget vill jag dock hävda att indikationerna på att det fanns ett egoistiskt icke-ekonomiskt syfte bakom försäljningen är för svaga, för att de skall kunna beaktas vid en bedömning av vilket syfte säljaren kan ha haft med transaktionen.

Om man, utifrån det förda resonemanget, skulle uppställa några presumtionsregler, skulle de kunna innebära följande. Eftersom de flesta avtal syftar till ömsesidigt utbyte av nyttigheter, bör man presumera att ett avtal, vars

[1415] Köparen bestrider att han visste eller insåg att priset på tomten var mycket lågt. Detta förefaller osannolikt, men om det är sant skulle det innebära att köparen hade svårt att korrekt bedöma ”värdet” på ”ideell faktor fyra”. Hans möjlighet att bedöma ”värdet” på övriga faktorer skulle dock inte påverkas av detta, varför han, oavsett vad han visste om prisnivån på skärgårdsfastigheter, förefallet ha haft liten anledning att tro att säljaren ingick avtalet av ideella skäl.

syfte man har att bedöma, är avsett att vara ett ömsesidigt utbytesavtal, där parternas prestationer är tänkta att vara ungefär lika mycket värda. Om avtalet är obalanserat, kan man presumera att avtalet för den förfördelade partens vidkommande är motiverat av ideella skäl, om man, vid en sammanvägning av de fyra ”ideella faktorerna” ovan, finner att faktorerna talar för ett sådant motiv med tillräcklig styrka. Om avtalet är obalanserat, kan man inte presumera att avtalet motiveras av egoistiska, icke-ekonomiska skäl. Om det däremot finns indikationer på att avtalet motiveras av sådana skäl, ökar sannolikheten för att sådana skäl faktiskt föreligger, om den gjorda dispositionen är ett ändamålsenligt medel för att nå det påstådda målet.

En tillämpning av presumtionsreglerna i ”skärgårdsfallet” skulle, menar jag, leda till att man bör presumera att det ifrågavarande avtalet var avsett att vara ett ordinärt utbytesavtal. Säljaren ville visserligen sälja till just den person som sedermera blev köpare, men det finns inget som tyder på att han därigenom ville ge en gåva till köparen eller att han ville sälja till köparen så gärna att han var beredd att sälja till underpris. Om syftet var att genomföra ett utbytesavtal med ömsesidiga, ungefär likvärdiga prestationer, kan man konstatera att detta syfte förfelades ordentligt.

När detta är konstaterat, är det dags att återvända till frågan om vilken rättslig relevans det bör tillmätas att ”det allmänna avtalssyftet” (”utbytessyftet”) kan anses ha förfelats. Med stöd i viljeprincipen kan man hävda att om det allmänna syftet med ett avtal förfelas, så är det ett betydelsefullt argument för att avtalet inte bör upprätthållas. Man kan också, med stöd i lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden, hävda att en avtalspart bör anses ha ett ansvar för att göra klart för sig vilket allmänt syfte medkontrahenten har med avtalet och vidta rimliga åtgärder för att detta syfte inte skall förfelas. Även om man kanske inte har ansvar för att noga undersöka alla medkontrahentens avtalsförutsättningar, bör man i vart fall undersöka om vederbörande avser att avtalet skall vara ett balanserat utbytesavtal eller ett avtal, med vars hjälp en (betydande) förmögenhetsöverföring sker. Mot detta kan anföras exempelvis argument stödda på tillitsprincipen och pålitlighetsdygden respektive på vigilansprincipen och omsorgsdygden.

Finns det rättskällestöd för att tillmäta ”utbytessyftet” denna betydelse och för att uppställa de nämnda presumtionsreglerna? Utöver att man kan påvisa rättskällestöd för att viljeprincipen och lojalitetsprincipen bör anses ingå i rättsordningen, kan man hänvisa till det tidigare nämnda rättsfallet NJA 1982 s 230. HD ogiltigförklarar där ett obalanserat preliminärt bodelningsavtal och anför: *”I målet har inte förebragts något förhållande som föranleder till antagande, att Sigrid R haft rimlig anledning att godtaga en för henne så oförmånlig delning av boet”*. Innebörden av det HD säger torde vara följande: ”En bodelning bygger på att båda parter skall få lika mycket av egendomen. Man bör presumera att parternas syfte är att deras bodelningsavtal skall innebära likadelning. Finns det något annat syfte med avtalet, skall det tydligt framgå, för

att tillmätas rättslig relevans. Om avtalet ger ett obalanserat utfall, har likadelningssyftet förfelats. Det är ett tungt vägande argument för att upplösa avtalsbundenheten". Här har HD visserligen uttryckligt lagstöd för att hävda att syftet med avtalet är likadelning, i och med att det är grundregeln vid äktenskapsskillnad, men jag vill hävda att stödet för att påstå att avtal typiskt sett syftar till ett utbyte av ungefär likvärda nyttigheter – med hänvisning till den kommutativa rättvisan, rättrådighetens dygd, ekvivalensprincipen och vad avtal typiskt sett innebär – är väl så starkt. Om man kan presumera ett allmänt syfte bakom avtalet, kan man i rättsfallet också finna stöd för att detta syftes förfelande är en viktig omständighet till stöd för avtalsbundenhetens upplösning.

Mot att tillmäta NJA 1982 s 230 denna allmänna betydelse kan man anföra att det gällde ett familjerättsligt fall, där jämkningsregeln i dåvarande 11 kap 16 § giftermålsbalken (GB) tillämpades, och att familjerätten rymmer helt andra överväganden än den allmänna avtalsrätten. Emellertid konstaterar HD att *"[t]illämpning på familjerättens område av grunderna för bestämmelse i avtalslagens kapitel om ogiltighet av rättshandling har tidigare skett i några fall … Någon anledning varför så icke skulle kunna ske även beträffande 36 § föreligger inte"*. HD framhåller också att det i det föreliggande fallet inte annat än i preskriptionshänseende har någon betydelse, om man tillämpar 11 kap 16 § GB eller grunderna för 36 § avtalslagen. (11 kap 16 § GB innehöll en speciell preskriptionsregel.) Om man kan tillämpa grunderna för 36 § avtalslagen inom familjerätten, borde man rimligen kunna även för förmögenhetsrättsliga falls vidkommande kunna hämta ledning ur avgöranden, vari grunderna för sagda lagrum tillämpats på familjerättsliga avtal – så länge man tar hänsyn till om fallets familjerättsliga karaktär har påverkat utgången i något för en eventuell rättsfallsanalogi relevant hänseende.[1416]

6.3.3.2.4 Avvägningen

Förutom ekvivalensbristen och motivfrågan finns i "skärgårdsfallet" ett antal uppenbart relevanta omständigheter, som jag här inte närmare har berört. En av dem gäller "vem-frågan", d v s vilka personer säljaren och köparen är. En annan gäller "hur-frågan", till exempel hur säljaren agerade för att tillvarata sina egna intressen (omsorgsfullt?, vårdslöst?) respektive hur köparen agerade för att fullgöra sin lojalitetsplikt mot säljaren. Också tillitsfrågan är av betydelse – vilken befogad tillit hade köparen till avtalets fullbordan och bestånd. De omständigheter jag särskilt ville diskutera med utgångspunkt i fallet är dock ekvivalensbristen och motivfrågan. Övriga omständigheter beaktas däremot – om än mindre utförligt – i den följande diskussionen om hur de olika argumenten för och emot jämkning skall avvägas mot varandra. Den diskussion om upplysningsplikt, som kommer att föras nedan, kan ses som en utveckling av

[1416] Jfr Runesson, a a, s 142, där han åberopar ett annat familjerättsligt avgörande (NJA 1989 s 614) i en diskussion om allmän avtalsrätt.

vissa aspekter på upplysningspliktens omfattning, i förhållande till behandlingen i avsnitt 6.3.2 om fallet med den oinformerade tobakshandlaren.

Att man bör ”bokföra” ekvivalensbristen och det förfelade allmänna avtalssyftet (”utbytessyftet”) på ”kontot” för jämkning av avtalet följer av föregående delavsnitt. För jämkning talar också det vi genom domen får veta om vilka parterna är. Mycket lite framgår visserligen – och det faktum att säljaren inte vittnade i domstolarna förminskade rimligen betydelsen av hans person och personliga förhållanden – men det framgår i vart fall att säljaren skriftligen beskrev sig som en alkoholiserad förtidspensionär i psykisk obalans. Köparen får vi inte veta något relevant om, mer än att han, när säljaren framförde förslaget om försäljning, rådgjorde med en advokat (samma advokat som senare var hans ombud i rättegångarna).

De faktorer med anknytning till parterna personligen[1417], som domarna ger viss upplysning om, är således hälsotillstånd och tillgång till av motparten oberoende rådgivning. Säljarens hälsotillstånd tycks ha varit försvagat och köparen hade tillgång till advokathjälp. Säljaren hävdade också att han inte förstod avtalets innebörd, d v s han hade, enligt egen uppgift, bristande kompetens (även om det är oklart om det gällde avtal och affärer i allmänhet eller just fastighetsöverlåtelseavtal). Har någon part försvagat hälsotillstånd, kan det tala för att vederbörande befann sig i en underlägsen ställning i förhållande till medkontrahenten, i synnerhet om den sistnämnde hade ett kompetensövertag i och med tillgång till expertrådgivning i form av advokathjälp.

När det gäller frågan om säljarens kompetens, låt oss säga om fastighetsaffärer, måste man ställa sig frågan om säljaren verkligen kan ha varit obekant med prisnivån på fastigheter i Stockholmstrakten i allmänhet och i Stockholms skärgård i synnerhet. Varje fastighetsmäklarannons från regionen ger vid handen att priserna generellt ligger på en hög nivå. Redan genom att läsa sitt eget fastighetstaxeringsbesked, skulle han för övrigt ha kunnat informera sig om fastighetens taxeringsvärde (år 1997: 905 000 kr; år 2000: 1 500 000 kr) och därav slutit sig till att marknadsvärdet på den aktuella tomten borde väsentligt överstiga 70 000 kr. I avsaknad av bevisning om kompetensnivån går det dock inte att ha någon säker uppfattning om densamma.

Detta leder över till betydelsen av hur säljaren agerade för att tillvarata sina egna intressen. Som tingsrätten anför är utgångspunkten att det är avtalsparterna *”som vid avtalets ingående själva får ta tillvara sina intressen så långt de förmår”*. Vilka krav kan man därvidlag ställa på parterna?[1418] Typiskt sett bör man – med hänvisning till vigilansprincipen och omsorgsdygden – rimligen kunna kräva att respektive part skaffar sig en grundläggande uppfattning om vad det är för typ av avtal som skall ingås och ungefär vad det innebär att ingå ett sådant avtal. Att

[1417] Se delavsnitt 6.2.2.2.
[1418] Se även delavsnitt 6.3.2.2.3, i synnerhet diskussionen om kontrollsfärer.

rättshandla utan att begripa vad saken gäller måste i princip karaktäriseras som oansvarigt (som ett uttryck för bristande omsorg). Om parten upplever att han har svårt att alls förstå det som diskuteras, bör man kunna kräva att parten säger det och antingen ber medkontrahenten om förtydliganden eller ber någon annan om hjälp med förtydliganden och kanske även stöd vid förhandlingen. Man bör också rimligen kunna kräva att respektive part skaffar sig kännedom om allmänt tillgängliga fakta, som är relevanta i den ifrågavarande situationen. Exakt var man skall ”lägga ribban” när det gäller faktainsamlande blir, som jag ser det, mer beroende av de personliga förutsättningarna än när det gäller kravet på att skaffa en grundläggande uppfattning om avtalets innebörd. Ju mer relevant kompetens om t ex marknaden och om informationsinhämtning en part besitter, desto mer information bör man kräva att han skaffar på egen hand. Av den som skall sälja värdefull egendom, bör man dock i stort sett alltid kunna kräva att han inhämtar viss kunskap om marknadsläget. Att sälja utan att ha en aning om var prisnivån på marknaden befinner sig måste i princip karaktäriseras som oansvarigt (som ett uttryck för bristande omsorg).

Vigilansprincipens och omsorgsdygdens krav på respektive part balanseras bland annat av lojalitetsprincipens och lojalitetsdygdens krav på respektive part att i viss utsträckning även tillvarata medkontrahentens intressen. Ovan nämndes att lojalitetskravet måste anses innebära en skyldighet att verka för att i vart fall medkontrahentens allmänna syfte med avtalet (typiskt sett ”utbytessyftet”) förverkligas – eller åtminstone göra medkontrahenten uppmärksam på att det allmänna syftet inte tycks blir förverkligat, om det är på väg att inträffa. Det innebär inte att det är illojalt att försöka förhandla ner eller upp priset (beroende på om man är köpare eller säljare), men om avtalet mot medkontrahentens vilja eller utan hans vetskap inte alls blir ett utbytesavtal, utan i stället ett benefikt avtal, har man inte uppfyllt lojalitetskravet.

Med tanke på att grundläggande information om prisläget beträffande fastigheter bör anses vara allmänt tillgänglig blir det här relevant att diskutera i vilken utsträckning avtalspart kan anses ha skyldighet att upplysa om allmänt tillgängliga fakta, noga räknat vad som i delavsnitt 6.3.2.2.3 kallades lätt tillgänglig allmän information (det räcker att studera några fastighetsmäklarannonser för att få en första uppfattning och sedan kan man enkelt kontakta någon mäklare för mer specifik information om prisläget i olika områden etc). Typiskt sett bör, som ovan anfördes, var och en ha ansvar för att ta reda på sådana allmänt tillgängliga fakta som är relevanta för avtalet i fråga. Under särskilda förhållanden bör dock lojalitetskravet, menar jag, innebära att en part även har skyldighet att upplysa medkontrahenten om sådana fakta. Om sådana särskilda förhållanden är för handen bör främst avgöras av samspelet mellan informationens art och parternas personliga egenskaper. Rör det sig om allmän information, som medkontrahenten typiskt sett endast med stor ansträngning kan få del av eller tillgodogöra sig[1419], och medkontrahenten inte i

[1419] Jfr delavsnitt 6.3.2.2.3.

det enskilda fallet har lätt att få del av eller tillgodogöra sig den, bör det tala för att parten har upplysningsplikt. Gäller det å andra sidan, som i det här fallet, lätt tillgänglig allmän information, bör det krävas att medkontrahentens personliga förhållanden med särskild styrka talar för att det är ursäktligt att han inte inhämtat sagda fakta, för att parten skall åläggas upplysningsplikt, och upplysningsplikt kan således endast ifrågakomma i undantagsfall. (Beträffande lätt tillgänglig allmän information torde upplysningsplikt ofta vara utesluten redan på den grunden att parten inte insåg att medkontrahenten saknade informationen i fråga.) Ett – måhända mer än lovligt – konstruerat exempel är att medkontrahenten befunnit sig i koma det senaste året och fortfarande ligger på sjukhus och därför inte känner till låt oss säga att svenska folket röstat nej till EMU, vilket är av betydelse för avtalet i fråga.

För att överföra diskussionen till ”skärgårdsavtalet”, menar jag att det finns omständigheter som klart talar för såväl att köparen måste ha insett att säljaren saknade kunskap om prisläget på marknaden som att det kan ha varit ursäktligt för säljaren att sakna denna kunskap. I sitt vittnesmål uppgav köparen att säljaren, när frågan om försäljning av mark först kom på tal, sade sig vilja ha *”några tusenlappar”* för marken. Detta borde för köparen ha indikerat att säljaren var totalt okunnig om markens verkliga värde. Ursäktligheten är svårare att bedöma, men om säljaren var gravt alkoholiserad och i betydande psykisk obalans, kan det tala för att man avsevärt bör mildra kraven på att han skall tillvarata sina egna intressen. Lojalitetsprincipen och -dygden skulle därmed tala för att köparen borde ha upplyst säljaren om markens marknadsvärde och förvissat sig om att denna information ”nått fram”. Hade han gjort detta, hade han därigenom även klargjort för säljaren att en försäljning för 70 000 kr skulle innehålla ett betydande benefikt inslag och således inte tillgodose avtalets ”utbytessyfte”.

Köparens tillit blir mot bakgrund av det ovan anförda inte särskilt skyddsvärd. Mot bakgrund av att omständigheterna vid avtalets tillkomst kännetecknas av att man med fog kan hävda att han åsidosatt sin lojalitetsplikt mot säljaren, kan man diskutera om han alls hade någon *befogad* tillit till att avtalet skulle fullgöras. Man skulle kunna hävda att det faktum att säljaren inte visade missnöje med avtalet förrän flera år gått, talar för att en befogad tillit trots allt kan ha uppkommit. Å andra sidan hade vare sig köparen eller någon annan upplyst säljaren om markens marknadsvärde förrän avstyckningen skulle genomföras.

Sammanfattningsvis synes flertalet omständigheter tala för en jämkning av avtalet – givet att säljaren var i så dålig fysisk och psykisk kondition att det kan anses ursäktligt av honom att inte skaffa sig kunskap om marknadsläget. Skulle så inte vara fallet, förlorar omständigheten att avtalets ”utbytessyfte” förfelades tyngd i förhållande till den bristande omsorg om sina egna intressen som säljaren visat. Den omständighet som tingsrätten betonar, att säljaren ingick avtalet frivilligt, förlorar å andra sidan tyngd i ljuset av den ovan förda motivdiskussionen – säljaren hade inget rimligt skäl att vilja ge bort egendom

värd miljoner och man bör därför presumera att han avsåg att avtalet skulle vara ett utbytesavtal med ömsesidiga och i princip likvärda prestationer.

6.3.3.3 Sammanfattning

Med anknytning till fallet med den prisvärda skärgårdstomten har diskuterats i första hand den rättsliga relevansen av dels relationen mellan avtalsparters prestationer (ekvivalensfrågan), dels avtalsparters motiv för att ingå avtal.

En första förutsättning för att man skall kunna beakta ekvivalensfrågan är att man kan göra en jämförelse av värdet av prestationerna. Med tanke på att avtal ofta innebär att den ena parten skall betala pengar för att få något slags naturaprestation från medkontrahenten, är den ena prestationen vanligen tämligen enkel att värdera, nämligen penningprestationen (priset). Det objektiva värdet på naturaprestationen föreslogs kunna beskrivas som ”marknadspriset satt i ett tillstånd av fri konkurrens”. För att ta ställning till vilket detta marknadspris ungefärligen är, anfördes att ledning skulle kunna hämtas ur köplagens definition av det skäliga priset. I 45 § köplagen stadgas att om inte priset på det köpta följer av avtalet, skall köparen betala *”vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt”*. Det bör dock observeras att det finns utrymme att tillmäta någon annan omständighet än de nu nämnda betydelse i ett enskilt fall.

Emellertid är det inte för alla typer av gods möjligt att på detta sätt fastställa ett marknadspris. En vara kan till exempel ha specialtillverkats eller av annat skäl vara unik. En möjlighet är då att låta säljarens kostnader bilda utgångspunkt för bedömningen av värdet. Skulle det inte vara en lämplig metod, återstår sannolikt endast att konstatera att objektet inte kan göras till föremål för en ekvivalensbedömning, eftersom något ”objektivt” värde inte kan fastställas.

Wilhelmsson noterar att EU-rätten, inklusive direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden, intar en avvisande hållning till rättslig intervention i avtal med hänvisning till bristande ekvivalens. PECL:s upphovsmän vill däremot inte gå så långt som att uttryckligen utesluta befrielse på grund av bristande balans mellan parternas prestationer, även om de menar att sådan befrielse typiskt sett inte kan ifrågakomma. Svensk rätt är inte lika kategorisk på den här punkten som EU-rätten är. I generalklausulpropositionen framhålls: *”Andra typer av situationer där jämkning e d bör kunna komma i fråga på grund av avtalets innehåll är sådana där det råder ett missförhållande mellan parternas förmåner”*.[1420] I propositionen sägs också uttryckligen att prisklausuler kan jämkas med stöd av 36 § avtalslagen. Detta ställningstagande upprepades i samband med implementeringen av direktivet om oskäliga avtalsvillkor, varför artikel 4 (2) för svenskt vidkommande lämnades utan avseende.

[1420] Prop 1975/76:81, s 118. Citeras även i delavsnitt 4.6.1.

Det faktum att det finns uttryckligt rättskällestöd – och därtill stöd i både ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd – för att jämka avtal med hänvisning huvudsakligen till en ekvivalensbrist är något som, enligt min uppfattning, inte uppmärksammats tillräckligt i diskussionen om 36 § avtalslagen.

När det gäller frågan om avtalssyftets betydelse för eventuell jämkning, diskuterades varför människor ingår avtal. Det typiska avtalet syftar till ett för båda parter gagneligt *utbyte av nyttigheter* (en ”win/win-situation”). Beträffande transaktioner av benefik karaktär är motivet typiskt sett ett annat, nämligen att av *ideella skäl* hjälpa en av parterna på medkontrahentens bekostnad. Ett försök gjordes att formulera vad som typiskt sett medför att man av ideella skäl vill ge varandra betydande ekonomiska förmåner.

Därvid identifierades fyra ”ideella faktorer”: vänskapens djup och styrka, behovets ”tyngd”, utsikten att hjälpen skall ha avsedd effekt samt hjälpbehovets storlek i proportion till den tilltänkte ”hjälparens” totala tillgångsmassa. Dessa fyra faktorer kan användas för att bedöma hur sannolikt det är att en viss transaktion typiskt sett skulle motiveras av ideella skäl och hur rimligt det typiskt sett är att medkontrahenten (d v s den som får en förmån) utgår ifrån att transaktionen motiveras av ideella skäl. I det enskilda fallet kan det dock självfallet finnas omständigheter, som gör att det framstår som uppenbart att en viss transaktion motiveras av ideella skäl, även om typfaktorerna talar däremot.

För att beskriva ett tredje tänkbart avtalssyfte anfördes att det förekommer *avtal som ingås av egenintresse, men inte av ekonomiskt slag*. Avtalen har således ekonomiskt sett benefik karaktär, men syftet för den som får sin förmögenhet minskad är inte att hjälpa medkontrahenten, utan att uppnå något för egen del. Avtal som ingås av icke-ekonomiskt egenintresset kan förekomma i så olika situationer, att man inte kan diskutera om ett sådant föreligger, med mindre än att det i det enskilda fallet finns omständigheter som tydligt indikerar det. Om det finns omständigheter (t ex uttalanden från den part som skulle ha haft motivet), som tyder på att ett sådant motiv kan ha förelegat, så måste det rimligen stärka sannolikheten för att ett sådant motiv fanns, om de dispositioner parten företagit typiskt sett framstår som ändamålsenliga medel för att nå målet i fråga. Det motsatta gäller rimligen också: om åtgärderna inte framstår som ändamålsenliga medel för att nå målet, försvagas sannolikheten för att ett sådant motiv förelåg.

Det förefaller rimligt att anta att majoriteten avtal är av det förstnämnda slaget, varför man nog kan säga att det finns visst ”kvantitativt fog” för att presumera att ett avtal in dubio syftar till att ge upphov till en ”win/win-situation”. Om ett avtal inte ger upphov till ett utbyte av prestationer, som är ungefär lika mycket värda, utan det råder obalans mellan prestationerna, förfelas uppenbarligen det allmänna avtalssyftet att avtalet skall ge upphov till en ”win/win-situation”.

Om man, utifrån det förda resonemanget, skulle uppställa några presumtionsregler, skulle de kunna innebära följande. Eftersom de flesta avtal syftar till ömsesidigt utbyte av nyttigheter, bör man presumera att ett avtal, vars syfte man har att bedöma, är avsett att vara ett ömsesidigt utbytesavtal, där parternas prestationer är tänkta att vara ungefär lika mycket värda. Om avtalet är obalanserat, kan man presumera att avtalet för den förfördelade partens vidkommande är motiverat av ideella skäl, om man, vid en sammanvägning av de fyra ”ideella faktorerna” ovan, finner att faktorerna talar för ett sådant motiv med tillräcklig styrka. Om avtalet är obalanserat, kan man inte presumera att avtalet motiveras av egoistiska, icke-ekonomiska skäl. Om det däremot finns indikationer på att avtalet motiveras av sådana skäl, ökar sannolikheten för att sådana skäl faktiskt föreligger, om den gjorda dispositionen är ett ändamålsenligt medel för att nå det påstådda målet.

Hur bör denna diskussion om avtalssyftet påverka bedömningen av om avtalsvillkoren som definierar parternas prestationer är oskäliga? Med stöd i viljeprincipen kan man hävda att om det allmänna syftet med ett avtal förfelas, så är det ett betydelsefullt argument för att avtalet inte bör upprätthållas. Man kan också, med stöd i lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden, hävda att en avtalspart bör anses ha ett ansvar för att göra klart för sig vilket allmänt syfte medkontrahenten har med avtalet och vidta rimliga åtgärder för att detta syfte inte skall förfelas. Mot detta kan anföras exempelvis argument stödda på tillitsprincipen och pålitlighetsdygden respektive på vigilansprincipen och omsorgsdygden. Finns det rättskällestöd för att tillmäta ”utbytessyftet” denna betydelse och för att uppställa de nämnda presumtionsreglerna? Utöver att det finns rättskällestöd för att viljeprincipen och lojalitetsprincipen bör anses ingå i rättsordningen, kan man hänvisa till rättsfallet NJA 1982 s 230. HD ogiltigförklarar där ett obalanserat preliminärt bodelningsavtal och anför: *”I målet har inte förebragts något förhållande som föranleder till antagande, att Sigrid R haft rimlig anledning att godtaga en för henne så oförmånlig delning av boet”*.

När det gäller upplysningspliktens omfattning diskuterades bland annat vilken skyldighet som föreligger att upplysa om allmänt tillgänglig information. Typiskt sett bör var och en ha ansvar för att ta reda på sådana allmänt tillgängliga fakta som är relevanta för avtalet i fråga. Under särskilda förhållanden bör dock lojalitetskravet innebära att en part även har skyldighet att upplysa medkontrahenten om sådana fakta. Om sådana särskilda förhållanden är för handen bör främst avgöras av samspelet mellan informationens art och parternas personliga egenskaper. Rör det sig om allmän information, som medkontrahenten typiskt sett endast med stor ansträngning kan få del av eller tillgodogöra sig, och medkontrahenten inte i det enskilda fallet har lätt att få del av eller tillgodogöra sig den, bör det tala för att parten har upplysningsplikt. Gäller det å andra sidan lätt tillgänglig allmän information, bör det krävas att medkontrahentens personliga förhållanden med särskild styrka talar för att det är ursäktligt att han inte inhämtat sagda fakta, för att parten skall åläggas

upplysningsplikt, och upplysningsplikt kan således endast ifrågakomma i undantagsfall.

6.3.4 Fallet med det tvingade rederiet

6.3.4.1 Fallet

Rederiet North Ocean Shipping Co Ltd hade beställt en oljetanker, The Atlantic Baron, från Hyundai Construction Co Ltd och hade tecknat avtal med en tredje part om lönsam befraktning av fartyget. Under tiden som byggnationen pågick, meddelade emellertid varvet att det vägrade slutföra fartygsbygget, om inte rederiet gick med på att betala tio procent utöver det avtalade priset. Rederiet fann sig nödsakat att betala, men försökte åtta månader senare att återkräva extrabetalningen.[1421]

I verkligheten löste domstolen fallet så att den fann att extrabetalningen i och för sig utgjorde ekonomiskt tvång och att betalningsåtagandet därför inte hade varit bindande för rederiet. Samtidigt menade dock domstolen att rederiet, genom att inte framföra någon protest i samband med betalningen och genom att vänta för länge med sitt återkrav, hade godkänt prisändringen. Kravet på återbetalning vann därför inte bifall. I den här avhandlingen kommer de här kort refererade omständigheterna i fallet att användas som utgångspunkt för en diskussion om viljans frihet, tvång och annan rättsstridig påverkan och 36 § avtalslagen.

6.3.4.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter

6.3.4.2.1 Inledning

Strävan efter vad som kan kallas procedurrättvisa har länge varit ett framträdande inslag i avtalsrättens ogiltighets- och jämkningsregler i såväl Sverige som andra länder. Stort intresse har ägnats frågan om vad som kännetecknar en avtalsförhandling, i vilken parternas respektive önskemål fritt kan komma till uttryck och överensstämmande viljeförklaringar kan utväxlas, samt vad rättsordningen skall göra, när avtalsförhandlingen inte uppfyller de sålunda uppställda kraven, till exempel när en av parterna varit utsatt för otillbörlig påverkan under avtalsförhandlingen och avtalet därigenom blivit behäftat med ett ”viljefel”.[1422] Materiell rättvisa däremot, i bemärkelsen avtal som till sitt innehåll är rättvisa, har på många håll inte i någon större utsträckning ansetts vara en fråga för domstolarna att ta ställning till. Alternativt har

---

[1421] North Ocean Shipping Co Ltd v Hyundai Construction Co Ltd [1979] QB 705. Detta engelska rättsfall kommenteras av bl a Cooke/Oughton (a a, s 384 f) och Whincup (a a, s 249).

[1422] I kommentaren till PECL noteras att samtliga där undersökta rättssystem har regler om avtals ogiltighet vid tvång (*”illegitimate threat”*), svek (*”fraud”*) och ockerliknande omständigheter (*”a contract which has been obtained by unfair means”*). Se PECL, s 255, 259 och 263.

utgångspunkten varit att avtal, som är resultatet av en rättvis förhandling, måste vara rättvisa.[1423]

36 § avtalslagen tar inte enbart sikte på avtalsförhandlingen (”omständigheterna vid avtalets tillkomst”), utan även på bland annat avtalets innehåll, alltså frågor om materiell rättvisa. I anslutning till fallet med det tvingade rederiet kommer emellertid just den klassiska frågan om den fria avtalsförhandlingen – den procedurella rättvisan – att stå i fokus. I centrum finns viljeprincipen och de därmed sammankopplade dygderna ärlighet och lojalitet.[1424]

Viljeprincipen innebär, som tidigare framhållits, att ett avtal skall vara en produkt av parternas fria, mogna och friska samt fullt ut informerade vilja.[1425] Lojalitetsdygden säger att en avtalspart är skyldig att i viss utsträckning tillvarata även medkontrahentens intressen. Ett viktigt sätt, på vilket man kan tillvarata medkontrahentens intressen, är, som också tidigare anförts, att respektera medkontrahentens vilja i förhållande till avtalsrelationen och att efter förmåga säkerställa att den vilja, som medkontrahenten ger uttryck för, är fri, mogen, frisk och fullt ut informerad. Om man till exempel utnyttjar medkontrahentens psykiska sjukdom/störning, bristande kunskap, bristande information eller liknande, kan man inte beskrivas som lojal i förhållande till medkontrahenten. Enligt viljeprincipen skall man således bland annat slå vakt om en persons rätt att fatta sina beslut på grundval av all för beslutet relevant information. Det torde innebära att viljeprincipen förutsätter att människor, som träffar avtal med varandra, också besitter dygden ärlighet, eftersom den som är ärlig inte ljuger eller undanhåller relevant information.

Viljeprincipens traditionella motpol är tillitsprincipen, som enkelt uttryckt säger att vad en avtalspart ville är mindre intressant än vad medkontrahenten på goda grunder trodde att parten ville.[1426] Det är det sistnämnda som medkontrahenten litar på och inrättar sig efter och denna tillit är skyddsvärd. Som en annan motpol till viljeprincipen samt ärlighets- och lojalitetsdygderna kan vigilansprincipen och omsorgsdygden anföras. De stadgar att var och en har ett ansvar för att bevaka sina egna intressen med viss omsorg och om en person vill någonting, får han själv arbeta för att detta förverkligas.[1427]

I fallet med det tvingade rederiet gjorde uppenbarligen North Ocean Shipping något som företaget egentligen inte ville, nämligen betalade tio procent utöver avtalat pris för den beställda oljetankern. I det följande kommer att diskuteras under vilka förutsättningar rederiet hade kunnat ha framgång med sin återkravstalan, för den händelse fallet hade prövats enligt 36 § avtalslagen (i det

---

[1423] Se t ex Atiyah, Essays, s 330: *”On this view, the law is not concerned with the fairness of any particular transaction but merely with the fairness of the bargaining process”*.
[1424] Se delavsnitt 4.3.7.
[1425] Se delavsnitt 4.3.2, i synnerhet 4.3.2.2-4.3.2.4.
[1426] Se delavsnitt 4.4.1.
[1427] Se delavsnitt 3.5.6.5.

följande bortses från att fallet inte omfattas av svensk rätt). I anslutning till denna diskussion kommer även allmänna frågor, angående vilja och tillit, med anknytning till avtalsjämkning att behandlas.

De omständigheter, som i första hand verkar vara relevanta för bedömningen av om 36 § avtalslagen kan tillämpas på fallet, är *vilka* som agerade (”vem-frågan”), *vad* som skedde/gjordes, *sättet* på vilket det gjordes, *syftet* bakom agerandet samt *balansen* mellan värdet av parternas prestationer (avtalsbalansen). Också *när* det gjordes kan få betydelse.

När det gäller *vilka* som är inblandade i fallet, är det uppenbart att båda parter är näringsidkare. Noga räknat får man väl utgå ifrån att både ett tankerrederi och ett skeppsvarv är stora företag med betydande ekonomiska och andra resurser, så länge det inte finns något som tyder på att någon av parterna har ekonomiska problem, men några sådana indikationer föreligger inte i detta fall. Av detta kan man också sluta sig till att parterna besitter juridisk och affärsmässig kompetens alternativt har möjlighet att anlita personer med sådan kompetens. *Vad* som skedde är relevant, eftersom klassificeringen av det skedda påverkar värderingen av fallet. Kan varvets handling gentemot rederiet betraktas som en inskränkning av rederiets möjligheter att agera i enlighet med sin fria vilja? Om så anses vara fallet, blir *sättet* på vilket viljan inskränktes avgörande för fallets bedömning. Kan viljeinskränkningen anses ha tagit formen av rättsstridigt tvång eller i vart fall någon form av rättsstridig påverkan? *Syftet* bakom agerandet är intressant, eftersom det borde kunna påverka bedömningen av om den påverkan, som rederiet utsattes för, bör ses som rättsstridig eller inte. Om varvets syfte är att få täckning för ökade kostnader, skulle man kanske betrakta varvets agerande annorlunda än om varvets ambition är att öka sin vinst på affären med de extra tio procenten. Den sistnämnda omständigheten anknyter även till *balansen* mellan värdet av parternas prestationer. Innebär prisökningen att varvet får mer betalt än oljetankerns marknadsvärde eller är det tvärtom så att varvet får mindre betalt än marknadspriset, om det avtalade priset inte höjs? Man kan även tänka sig att *när-frågan* får betydelse, nämligen om den rättsliga bedömningen påverkas av huruvida en påtryckning såsom den varvet använde utövas före eller efter det ursprungliga avtalets ingående.

Däremot tycks *platsen*, parternas *sinnestillstånd* samt *systematiska förhållanden* inte vara rättsligt relevanta.

Det framgår inte *var* händelserna utspelade sig, men såvitt kan bedömas kan platsen knappast ha givit någon av parterna en rättsligt relevant fördel eller nackdel. När det gäller parternas *sinnestillstånd*, är det förmodligen inte relevant i det här fallet. Det finns inga indikationer på att någon företrädare för någon part skulle ha befunnit sig i ett sådant tillstånd att hans omdöme var nedsatt. Det torde också finnas mindre utrymme att beakta enskilda personers sinnestillstånd, när parterna som här är stora företag, i vilka rimligen flera personer är engagerade på respektive sida. Om någon person råkar i ett obalanserat sinnestillstånd, bör det

vanligen kunna kompenseras av att hans kollegor är balanserade. Man kan dock inte helt utesluta att en pressad situation försätter en grupp människor i ett företag i ett sådant stresstillstånd att deras samlade omdömesförmåga påverkas negativt. Det kan inte heller uteslutas att om en nyckelperson hamnar i ett obalanserat sinnestillstånd, så påverkas på ett påtagligt negativt sätt övriga medarbetares möjligheter att agera. *Systematiska förhållanden*, till exempel relationen mellan olika avtal, förefaller inte heller vara av betydelse och några relevanta *omständigheter i övrigt* har inte noterats.

6.3.4.2.2 Den fria viljan och för avtalsrelationen irrelevanta påtryckningar

I avtalsrätten finns ett antal exempel på att avtalsrätten skyddar människans fria vilja. Idealet är att alla avtal skall ingås av parterna av fri vilja. Det förefaller rimligt att tänka sig att viljeprincipen (i kombination med lojalitets- och ärlighetsdygderna) tillhandahåller den ideologiska grunden för detta skydd för den fria viljan.

I förarbetena till 36 § avtalslagen finns flera exempel på att detta lagrum har som en av sina uppgifter att skydda den fria viljan.[1428] Den i förarbetena till 36 § avtalslagen så centrala diskussionen om skydd för underlägsna avtalsparter[1429], i synnerhet konsumenter, kan sägas i stor utsträckning vila på viljeprincipens grund. Vad är det överlägsna avtalsparter kan göra? Jo, använda sin överlägsna styrka till att tvinga på medkontrahenten avtalsvillkor som denne inte hade accepterat, om hans vilja hade fritt fått komma till uttryck, eller använda sin överlägsna kompetens till att utforma för sig själv förmånliga avtalsvillkor, som medkontrahenten inte hade accepterat, om han hade förstått villkorens innebörd och effekter.[1430] Skyddet för den fria viljan och den fullt ut informerade viljan kommer i fokus. Om man hade varit ute efter att angripa avtal som till sitt innehåll är obalanserade, hade man strängt taget inte varit tvungen att gå in på en diskussion om omständigheterna vid avtalets tillkomst. Är det obalansen som är det intressanta, spelar det ingen roll om en person ingått avtalet under pistolhot eller gjort det med glatt hjärta – har han betalat 1000 för något som är värt 100 är avtalet obalanserat i båda fallen. Samtidigt har Atiyah självfallet en poäng, när

---

[1428] I SOU 1974:83, s 132, anförs att bedömningen av ett avtals rättsverkningar bör med stöd av 36 § avtalslagen kunna påverkas av att en avtalspart fått avtal till stånd genom aggressivt uppträdande, överraskningstaktik, tvång i någon form eller annat missbruk av förhandlingsläget. Skydd mot aggressivt uppträdande och tvång torde i första hand kunna motiveras med hänvisning till viljeprincipen, lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden. Att överraskande komma med ett utspel under en avtalsförhandling kan snarare kritiseras med hänvisning till viljeprincipens krav att avtalsviljan skall vara fullt ut informerad (och lojalitetsprincipens krav att man skall respektera medkontrahentens vilja). Överraskningstaktik kan medföra att medkontrahenten inte har möjlighet att tillräckligt grundligt sätta sig in i vad som föreslås. Annat missbruk av förhandlingsläget kan vara av många slag. Se även prop 1975/76:81, s 125, och von Post, a a, s 157 f.

[1429] Ett bland många exempel återfinns i prop 1975/76:81 på s 101: *”Det har i olika sammanhang hävdats att den vidsträckta avtalsfriheten kan missbrukas av en starkare part. I praktiken går det också ofta till så att den ena parten ensidigt utformar avtalsvillkor som gynnar honom själv och på motsvarande sätt missgynnar motparten*”.

[1430] Jfr delavsnitt 6.2.2.2.

han varnar för tron på att vi kan helt skilja mellan rättvisa procedurer och rättvisa resultat: *”Procedures … do affect results, and that is one reason we are interested in fair procedures. …the usual consequence of fraud or threats is to produce an unfair or one-sided contract”*.[1431] Min uppfattning kvarstår dock: talas det, vilket är vanligt förekommande i generalklausulens förarbeten, om skydd för parter i underlägsen ställning, fokuserar man på procedurerna och på att inte acceptera sådana ”procedurfel” som starka parter kan utsätta svaga parter för och förarbetena ger också, som tidigare anförts, ett antal exempel på sådana oacceptabla ”procedurfel”. Sedan kan generalklausulen också användas för att angripa obalanserade avtalsvillkor, men det är delvis en annan diskussion.[1432]

I rättspraxis kan påvisas flera rättsfall angående tillämpningen av 36 § avtalslagen, i vilka skyddet för den fria viljan och/eller fullt ut informerade viljan kan sägas, mot bakgrund av det ovan anförda, ha varit det centrala temat – även om domstolarna snarare talade om skydd för part i underlägsen ställning.[1433]

Eftersom 36 § avtalslagen bland annat syftar till att skydda avtalsparters fria vilja, samtidigt som frågan om den fria viljan inskränkts på ett rättsstridigt sätt är den centrala frågan i fallet med det tvingade rederiet, är det intressant att diskutera om generalklausulen skulle kunna tillämpas i fallet. För att kunna avgöra det, måste två frågor inledningsvis besvaras. Vad är en fri vilja? Vad är rättsstridig påverkan av denna fria vilja?

I delavsnittet om den fria viljan i kapitel fyra[1434] konstaterades att en människas vilja knappast kan vara fri i en absolut mening. Det finns en mångfald av *”…pressures inherent in ordinary social life”*.[1435] Det finns för övrigt också en mängd låt oss äga naturvetenskapliga hinder för våra möjligheter att göra vad vi vill, annars skulle nog många av oss exempelvis flyga som fåglar. Redan att definiera vad som är en fri vilja innebär därför ett normativt ställningstagande. Därmed torde det vara korrekt att hävda att de båda i det föregående stycket ställda frågorna sammansmälter till en. Den fria viljan är en vilja som är fri från rättsstridig påverkan. Så länge viljan inte påverkas på ett rättsstridigt sätt är den fri, trots alla de påtryckningar som vårt vardagliga sociala liv innehåller.

I såväl norsk och dansk som tysk doktrin framhålls att avgörande för om rättsstridigt tvång skall anses föreligga är vilket påtryckningsmedel som används (jfr ”vad-frågan”), vad påtryckningen är tänkt att resultera i (jfr ”varför-frågan”)

[1431] Atiyah, Essays, s 333.
[1432] Att det endast ”delvis” är en annan diskussion kan motiveras med hänvisning till ett annat citat av Atiyah (Essays, s 334*): ”What is a fair outcome may …depend on our views about fair procedures”*. Om vi skulle hylla *”the lying cheat”* som ett föredöme i avtalsförhandlingar och anse sådana personers metoder som rättvisa, skulle vi rimligen också i högre grad acceptera obalanserade avtal som rättvisa, menar Aityah.
[1433] Se t ex NJA 1979 s 666 (skiljeklausul), NJA 1983 s 332 (borgensåtagande) och NJA 1987 s 639 (skiljeklausul).
[1434] Delavsnitt 4.3.2.2.
[1435] Birks/Nyuk Yin, a a, s 88.

samt relationen mellan medel och mål.[1436] Här gäller diskussionen förvisso tillämpningen av 36 § och inte 29 § avtalslagen eller tvångsparagrafen i § 123 BGB, men den norska, danska och tyska diskussionen om mål och medel förefaller vara en lämplig utgångspunkt även för att behandla frågan om generalklausulens tillämpning på fall av inskränkningar av viljans frihet. Mål och medel är, enligt Reschers och Aristoteles omständighetslistor, typiskt sett relevanta omständigheter att beakta, när man skall bedöma en handling.[1437] Det är dock viktigt att beakta att 36 § avtalslagen är tänkt att vara tillämplig även i fall som är mindre graverande än sådana som omfattas av 28-29 §§ avtalslagen.[1438] I PECL regleras verkan av att avtal ingåtts som ett resultat av hot i art 4:108.[1439] Där betonas rättsstridigheten hos använda medel samt hos relationen mellan medel och mål, medan däremot i sig rättsstridiga mål inte nämns.

I dansk, norsk och tysk doktrin anförs, som tidigare nämnts, att om påverkansmedlet är rättsstridigt, så blir rättshandlingar som följer av påverkan ogiltiga, oavsett vad målet med tvånget är. Vidare blir rättshandlingar ogiltiga, om de visserligen framtvingas med hjälp av ett rättsenligt tvångsmedel, men målet är att erhålla något ”den tvingande” inte har rätt till. Det kan också tänkas att om en person använder ett rättsenligt tvångsmedel för att tilltvinga sig något han har rätt till, så är rättshandlingen ogiltig, om det sammanhang, där den omständighet finns som läggs till grund för tvånget, är ett annat sammanhang än det sammanhang som man påverkar med tvånget. ”Tvångssammanhanget” och ”målsammanhanget” är inte en och samma situation. Ett inte helt realistiskt exempel på det sistnämnda: om någon ertappas med att begå ett inbrott och husägaren, som känner igen tjuven, hotar att polisanmäla tjuven, för den händelse tjuven inte betalar tillbaka en summa pengar han tidigare lånat av husägaren, blir, med detta synsätt, betalningsrättshandlingen ogiltig till följd av rättsstridigt tvång. Hotet och skulden finns inte i samma sammanhang.

Om man använder det här synsättet för att tolka även svensk rätt[1440], förefallet det rimligt att uppfatta ”rättsstridigt” tvångsmedel såsom i första hand avseende ”lagstridigt” tvångsmedel, d v s sådana handlingar som är förbjudna enligt annan lagstiftning. Vilka tvångsmedel, som kan vara avtalsrättsligt intressanta, är då straffbelagda? Den straffrättsliga ”pendangen” till 29 § i de nordiska avtalslagarna är för svenskt vidkommande närmast 9 kap 4 § BrB, där brottet utpressning straffbeläggs. Utpressning beskrivs som att medelst olaga tvång förmå någon till handling eller underlåtenhet, som medför vinning för

---

[1436] Woxholth, a a, s 314; Hov, a a, s 237; Lynge Andersen, Lennart och Nörgaard, Jörgen, Aftaleloven, 3 rev uppl, Köpenhamn 1999, s 154 f. Där skriver de bl a att det krävs att *”…såvel det man truer med, som det, man truer til, er lovligt – det ska tillige vaere rimelig sammenhaeng mellem det, der trues med, og indholdet af det löfte, der afgives”*. Se även Woxholth, a a, s 314. Se vidare Medicus, a a, s 309 ff; Flume, a a, s 535 ff.

[1437] Se delavsnitt 6.2.1.

[1438] Se prop 1975/76:81, s 125.

[1439] Se PECL, s 257 ff.

[1440] Med tanke på att Avtalslagskommittén är inne på liknande resonemang (a a, s 124) bör angreppssättet vara godtagbart och överensstämmande med gällande svensk rätt.

gärningsmannen och skada för den tvungne. Att medelst olaga tvång förmå någon att ingå ett oförmånligt avtal innebär således civilrättsligt att avtalet är ogiltigt enligt 29 § avtalslagen och straffrättsligt att förfarandet är straffbart enligt 9 kap 4 § BrB. Olaga tvång definieras i 4 kap 4 § BrB som att förmå någon att göra, tåla eller underlåta något genom misshandel eller eljest med våld, genom hot om brottslig gärning, genom otillbörligt hot att åtala eller angiva annan för brott eller genom otillbörligt hot att om annan lämna menligt meddelande.[1441]

Om tvånget, som förmår ”medkontrahenten” att ingå ett oförmånligt avtal, består i **fysiskt våld mot person eller hot som innebär trängande fara** är, avtalsrättsligt, i stället 28 § avtalslagen tillämplig och motsvarande brott är rån, 8 kap 5 § BrB, vars rekvisit utformades för att den straffrättsliga beskrivningen av råntvånget skulle sammanfalla med den befintliga, civilrättsliga.[1442] Uttrycket våld å person skall, enligt förarbetena till brottsbalken, inte tolkas alltför vidsträckt, utan det måste vara fråga om att förövaren *”bär våldsam hand på en person som därigenom utsättes för misshandel eller betvingande”*.[1443] Misshandel definieras i 3 kap 5 § BrB som att tillfoga annan kroppsskada, sjukdom eller smärta eller att försätta någon i vanmakt eller annat sådant tillstånd. Att knuffa någon för att genomföra en fickstöld, göra sig skyldig till väskryckning eller att ta något från en sovande person kan således inte innebära rån.

Något som inte uttryckligen framgår av uttrycket ”trängande fara” är vad det skall råda fara för. I ett strafflagsförslag från 1920-talet föreslogs att rånstadgandet skulle tala om *”…omedelbar fara för person”*, men det vann inte bifall, dock, som det verkar, snarare på grund av att ordet *”omedelbar”* ansågs mindre lämpligt än till följd av formuleringen *”fara för person”*.[1444] Vikten av att upprätthålla parallellitet med avtalslagens uttryckssätt fällde sedan avgörandet beträffande val av uttryckssätt. Den rimliga tolkningen av ”trängande fara” är dock att det skall handla om fara att bli utsatt för sådant fysiskt våld som omnämns inledningsvis i respektive paragraf (vilket ovan angavs vara misshandel eller betvingande). Det torde också vara så uttrycket allmänt uppfattas, utan att det explicit sägs. Möjligen kan ifrågasättas om hot om fysiskt betvingande kan anses innebära trängande fara i paragrafernas mening. ”Om du inte skriver under avtalet, så trycker jag ner dig i en stol och håller fast dig där”, låter förvisso som ett otrevligt hot, men det var nog inte sådana situationer som

---

[1441] Att genom olaga tvång förmå någon att ingå ett balanserat avtal medför också det civilrättslig ogiltighet enligt 29 § avtalslagen, men eftersom någon förmögenhetsöverföring inte uppkommer blir brottet olaga tvång, inte utpressning.
[1442] Holmberg, Carl, Hult, Bengt, Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg, Susanne, Kommentar till Brottsbalken, del I (1-12 kap), 6 uppl, Stockholm 1995 (cit Brottsbalken I), s 360. Jfr även Avtalslagskommittén, s 124.
[1443] Brottsbalken I, s 359.
[1444] Brottsbalken I, s 360.

lagstiftaren hade i tankarna, när lagrummen kom till.[1445] Däremot bör nog exempelvis fallet att någon trycker en penna i någon annans hand och skriver dennes namnteckning under ett avtal genom att föra vederbörandes hand med pennan över pappret anses innebära sådant betvingande som konstituerar råntvång, givet att den tvungne inte är i det närmaste orkeslös och därmed inte behöver betvingas.

För tillämpningen av 36 § avtalslagen saknar dock gränsdragningen mellan 28 och 29 §§ avtalslagen betydelse. Uppenbarligen täcker rekvisiten i generalklausulen samtliga fall, som kan subsumeras under de båda tvångsparagraferna, inklusive de som kan utgöra gränsfall mellan de båda sistnämnda. Syftet med diskussionen om råntvång är att på ett någorlunda heltäckande sätt behandla vilka medels användande som kan anses utgöra rättsstridigt tvång, för att sedan gå vidare och diskutera vilken medelsanvändning som därutöver bör kunna angripas med stöd av 36 § avtalslagen.

För att återgå till vad som kan utgöra olaga tvång enligt 4 kap 4 § BrB, och därmed rimligen även rättsstridigt tvång enligt 29 § avtalslagen, är det för det första sådant tvång som utövas medelst annat våld än sådant som konstituerar råntvång, d v s lindrigare former av våldsanvändning mot någon annan, varvid dock krävs *”…att våldet varit av sådan styrka att det övervunnit ett motstånd från den andres sida”*.[1446] Vidare identifieras, som nämnts, tre slags hot som, om de ger önskad effekt, innebär att en handling är resultatet av olaga tvång: hot om brottslig gärning, hot att åtala eller ange annan för brott samt hot om att om annan lämna menligt meddelande. Att hota att vandalisera någons hem eller döda någons husdjur, men även att hota att begå ett brott gentemot någon annan än den tvungne, konstituerar således olaga tvång.[1447]

När det gäller **hot att åtala eller ange annan för brott** krävs, för att olaga tvång skall föreligga, att hotet är otillbörligt. Den som har laga rätt att framföra sådana hot kan inte göra sig skyldig till olaga tvång genom att utnyttja denna rätt, eftersom hotet inte är otillbörligt[1448] – om inte hotet har ett otillbörligt syfte. Här framkommer samspelet mellan medel och mål. I straffrättsligt hänseende anges att ett sådant hot kan vara otillbörligt, om det syftar till *”…att ernå en oskälig ekonomisk fördel”* [1449], medan Avtalslagskommittén talar om *”…att någon utpressar penningar genom hot om angivelse för brott, åtminstone såvida han icke i fråga om detta brott har målsäganderätt”* [1450]. Dessa uttalanden skulle man kunna tolka så att det är tillåtet att hota någon med att man kommer att anmäla vederbörande för ett brott, som han gjort sig skyldig till, om vederbörande inte

---

[1445] Jfr Avtalslagskommitténs betänkande angående råntvång, s 123: *”…ställd inför valet att företaga densamma* (rättshandlingen, min kommentar) *eller att bliva utsatt för våldsamheter…”*.
[1446] Brottsbalken I, s 214.
[1447] Jfr Brottsbalken I, s 214.
[1448] Brottsbalken I, s 215. Där påpekas också att om en myndighetsperson eller någon annan överskrider sina laga rättigheter, kan ansvar för olaga tvång däremot utkrävas.
[1449] Brottsbalken I, s 214; jfr a a, s 444.
[1450] Avtalslagskommittén, s 124; se även a a, s 123. Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 247.

kompenserar – eller genom avtal förbinder sig att kompensera – brottsoffret för dennes förlust. Detta kan uppenbarligen motiveras såväl dygde- som pliktetiskt. Har man förorsakat skada genom brott har man en plikt att ersätta denna skada. Alternativt kan man säga att en dygdig person ersätter skada han förorsakat. Det är rätt att göra rätt för sig, skulle man också kunna säga. En ”oskälig” fördel skulle i detta sammanhang innebära att det inte råder balans mellan offrets förlust och gärningsmannens kompensation, d v s att brottsoffret kräver att gärningsmannen skall betala mer än det stulna/förskingrade/förstörda etc var värt. Motsvarande inställning intar norsk och dansk doktrin.[1451] En anslutande, i vart fall i dansk och tysk doktrin behandlad fråga, är hur man skall se på fallet att inte gärningsmannen själv, utan någon anhörig eller vän till honom, påtar sig betalningsansvar för den skada gärningsmannen förorsakat i utbyte mot att brottsoffret inte gör någon polisanmälan. Slutsatsen i dansk och tysk rätt tycks vara att sådana åtaganden inte kan anses ha tillkommit genom rättsstridigt tvång.[1452] I svensk doktrin diskuteras spörsmålet sparsamt, men i Brottsbalken I anförs att det inte sällan är otillbörligt att begära kompensation från en brottslings anhöriga i utbyte mot utebliven polisanmälan.[1453] Någon motivering för denna ståndpunkt framförs dock inte.

Man skulle kunna resonera på följande (konsekvensetiska) sätt. Om man accepterar att den misstänkte själv kan påta sig en betalningsförpliktelse av aktuellt slag, utan att det anses vara fråga om tvång, förefaller det logiskt och rimligt att även andra kan göra detsamma. Eftersom det är fullt legitimt att polisanmäla ett misstänkt brott och rättsordningen accepterar att den misstänkte gärningsmannen undgår polisanmälan, genom att kompensera brottsoffret, bör rättsordningen inte hindra andra, som bryr sig om gärningsmannen, från att söka undvika en polisanmälan genom att påta sig motsvarande betalningsskyldighet.[1454] De anhöriga har två alternativ (betala eller inte betala) och kan välja mellan dem, även om båda valen medför konsekvenser av både positivt och negativt slag.

Vad beträffar tolkningen av begreppet **menligt (skadligt) meddelande**, anses den i straffrättsligt hänseende böra vara *”tämligen restriktiv”* och *”…inte uppfattas såsom avseende varje på ett eller annat sätt ofördelaktigt meddelande*

[1451] Se delavsnitt 5.2.1.
[1452] Lynge Andersen/Nörgaard, a a, s 155 f.
[1453] Brottsbalken I, s 214.
[1454] Jfr Flume, a a, s 537. Han menar att det vore märkligt, om man skilde mellan situationen att brottsoffrets begäran framfördes till brottslingen, som sedan berättade om den för sina anhöriga och dessa gav honom pengar att vidarebefordra till brottsoffret, och situationen att brottsoffret framförde sin begäran direkt till de anhöriga och de gav honom pengar. Hans resonemang bygger uppenbarligen på konsekvensetisk grund – resultatet blir detsamma i båda de behandlade fallen, nämligen att brottsoffret får de anhörigas pengar. Mot resonemanget kan invändas att pressen, som de anhöriga utsätts för, sannolikt i många fall blir större, om brottsoffret tar kontakt direkt med dem, jämfört med om de kontaktas av sin släkting, brottslingen. Deras möjligheter att göra ett fritt ställningstagande skulle därmed kunna reduceras, om de kontaktades av brottsoffret. Det skulle kunna motivera olika bedömning av giltigheten av ett betalningsåtagande gjort av anhöriga, beroende på om brottsoffret vänt sig direkt till dem eller inte.

om den som utsättes för hotet".[1455] Exempel ur straffrättsdoktrinen är hot att röja något personligt förhållande, till exempel en känslig sexuell förbindelse[1456], att en person tidigare tillhört en viss politisk rörelse eller att han tillhör viss ras.[1457] Den avtalsrättsliga doktrinen bidrar med hot om skandaliserande process samt hot om offentliggörande av dubiösa skattetransaktioner eller känsliga förbindelser.[1458] Även ett hot om att lämna ett menligt meddelande skall, för att vara straffbart, bedömas som otillbörligt. Om man tolkar begreppet menligt restriktivt, förefaller det mig dock inte finnas så stort behov av otillbörlighetsrekvisitet, i vart fall vid tolkningen av begreppet rättsstridigt tvång i 29 § avtalslagen. Avses mer uppenbart skadlig information om en person, kan det knappast finnas många situationer, i vilka det skulle vara legitimt att förmå vederbörande att ingå ett avtal under hot om att informationen annars yppas. Dock är det möjligt att tänka sig sådana exempel. Låt oss säga att en tillfällig relation mellan en kvinna och en gift man resulterat i att kvinnan blivit gravid. Om hon förmår mannen att skriftligen åta sig att betala underhåll till det blivande barnet med hot om att annars avslöja förbindelsen för mannens hustru, är det – med hänvisning till relationen mellan mål och medel – svårt att se hennes agerande som otillbörligt, givet att underhållet inte avsevärt överskrider vad som skulle ha utdömts av domstol. Det hon vill uppnå är enbart att utfå det hon har laglig rätt att erhålla, d v s det råder ekvivalens mellan fordran och motprestation (jfr diskussionen om ersättning till brottsoffer ovan).

Med tanke på att 28 och 29 §§ avtalslagen har tydliga straffrättsliga motsvarigheter har jag ansett det vara legitimt att ovan också beakta straffrättslig doktrin och straffrättsliga definitioner i diskussionen om tvångsbegreppets innebörd. Samtidigt bör man observera att det civilrättsliga tvångsbegreppet ansetts **omfatta även förfaranden som inte uppfyller rekvisiten i 4 kap 4 § BrB**. Ett exempel ges i rättsfallet NJA 1980 s 1, där en kommun för att bevilja bygglov ställde vissa krav, som ansågs vara rättsstridiga. De rättshandlingar som vidtogs till följd av kraven förklarades ogiltiga enligt 29 § avtalslagen. Hot att inte bevilja bygglov faller inte under något av rekvisiten i 4 kap 4 § BrB. Man skulle möjligen kunna tänka sig att se kommunens krav som ett hot att begå brottet tjänstefel, men det förefaller vara en något ”skruvad” tolkning av situationen. Däremot regleras beviljandet av bygglov av lagstiftning och att ställa villkor utan stöd i denna lagstiftning, måste anses vara rättsstridigt. Eftersom syftet med att ställa villkoren var att förmå de sökande att företa vissa rättshandlingar, var det fråga om rättsstridigt tvång.

[1455] Brottsbalken I, s 443.
[1456] Jfr illustration 5 till kommentaren till PECL art 4:108, s 258.
[1457] Brottsbalken I, s 443. Exemplen är hämtade ur straffrättskommitténs betänkande. Dess arbete avslutades för mer än ett halvt sekel sedan och man kan diskutera om det fortfarande kan anses vara ett menligt meddelande att yppa att någon tillhör en viss ras, ett begrepp som väl för övrigt har utmönstrats i många sammanhang. Möjligen kan det dock i vissa sammanhang fortfarande vara skadligt för en person att det blir känt att han har en viss härstamning, med tanke på den diskriminering av personer med utländsk bakgrund som fortfarande förekommer.
[1458] Se Grönfors, Avtalslagen, s 145 respektive Ramberg/Ramberg, a a, s 94. Jfr även Avtalslagskommittén, s 123.

Efter denna diskussion om vad som är rättsstridigt tvång och således om när viljan inte är fri, skall behandlas relationen mellan det sagda och 36 § avtalslagen. Enligt min uppfattning är det helt uppenbart att avtal, som ingåtts som ett resultat av fysiska påtryckningar, kan angripas med stöd av generalklausulen, oavsett om våldet eller betvingandet är grovt eller lindrigt. Kan man påvisa ett orsakssamband mellan en fysisk påtryckning och avtalets ingående, måste den fria viljan anses ha trätts förnär, vilket är oacceptabelt med hänsyn till såväl viljeprincipen som lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen. Vidare: med tanke på att 36 § avtalslagen enligt förarbetena skall kunna tillämpas redan när avtal är resultatet av aggressivt beteende[1459], måste generalklausulen rimligen omfatta varje form av fysisk påtryckning. Möjligen täcks alla sådana fall redan av 28 och 29 §§, men det kan ändå vara en poäng att åberopa 36 § istället, om den tvungne vill ha något avtalsvillkor jämkat istället för att hela avtalet ogiltigförklaras.

När det gäller hotelser, är hot om att begå brottslig gärning och om att otillbörligt åtala eller angiva någon för brott oproblematiska i förhållande till 36 § avtalslagen. De omfattas uttryckligen av 29 § avtalslagen och det är svårt att tänka sig någon mindre allvarlig ”version” av dessa gärningar som skulle kunna omfattas av 36 § men inte av 29 §. Beträffande **hot om att lämna ”menligt meddelande”**, menar jag att utgångspunkten bör vara att varje hotelse om att avslöja något ofördelaktigt om medkontrahenten gör att avtalet kan angripas med stöd av 36 § avtalslagen, om hotet faktiskt är avgörande för medkontrahentens beslut att ingå avtalet. Vid tillämpning av generalklausulen finns knappast något skäl att iakttaga den restriktivitet, som i förarbetena påkallas beträffande tolkningen av begreppet menligt meddelande i 4 kap 4 § BrB (jfr ovan). Viljeprincipen, lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen talar, anser jag, starkt för att avtalsparter i ”den goda avtalsrelationen” bör eftersträva att medkontrahentens ställningstagande till ett eventuellt avtal enbart avgörs av faktorer som är relevanta för avtalsrelationen i sig – är avtalsföremålet tillräckligt intressant, är det intressant att ingå avtal med just den här parten etc.[1460] En lojal part verkar för att medkontrahenten inte skall behöva bekymra sig om sitt rykte, sin sociala position, sina relationer med andra människor eller någonting annat, i annat fall än att dessa ”variabler” påverkas av avtalsrelationen i sig (avtalets innehåll, vilka parterna är etc). En lojal part utsätter inte medkontrahenten för irrelevanta påtryckningar. Om medkontrahenten utsätts för påtryckningar av här skisserat slag bör det, menar jag, inte spela någon roll om avtalsvillkoren i sig är rimliga och parternas prestationer balanserade. Det faktum att parten ingick avtalet mot sin vilja bör vara tillräckligt för att avtalet skall kunna angripas.[1461]

[1459] Se t ex prop 1975/76:81, s 125.
[1460] För tydlighetens skull kan påpekas att min argumentation inte har att göra med relationen mellan mål och medel (jfr ovan). Här handlar det om att identifiera medel som inte får användas.
[1461] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 247.

Grönfors påpekar, apropå tolkningen av 29 § avtalslagen, att vad som är en ”skandal” varierar från tid till annan[1462], vilket möjligen antyder att det bör göras en objektiv bedömning av vad en person bör kunna stå ut med (och att denna bedömning kan bli olika sett över en längre tidsperiod). Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen menar jag att det ligger närmare till hands att anse att steg ett bör vara en subjektiv prövning av om personen i det aktuella fallet faktiskt blev påverkad av det hot som medkontrahenten framförde. Om så befinns vara fallet, bör det vara av underordnad betydelse om en typisk avtalspart eller en majoritet av alla avtalsparter inte hade låtit sig påverkas: part var utsatt för ett hot från medkontrahentens sida om ett avslöjande, vilket föranledde honom att ingå ett avtal han annars inte hade ingått (alternativt hade han ingått avtalet men inte på de ifrågavarande villkoren). Det innebär att medkontrahenten agerade illojalt. Både vilje- och lojalitetshänsyn talar för att avtalet bör kunna angripas.[1463] Tillitsprincipen, å andra sidan, torde stå tämligen svag, så länge det är medkontrahenten själv eller någon som företräder honom som svarar för hotelserna. Med hänvisning till omsorgsdygden och vigilansprincipen, skulle man kunna hävda att en avtalspart har ett ansvar för att inte falla till föga för vilka hot som helst, utan måste kämpa för att försvara sina intressen. Det är förvisso inte en orimlig synpunkt, men enligt mitt förmenande kan en medkontrahent, som förfarit illojalt, knappast till sitt försvar andra att den tvungne parten inte satt sig till tillräckligt kraftfullt motvärn.

Det är möjligt att framföra **hot om många mer eller mindre allvarliga ting** utöver att avslöja något komprometterande (”jag ska se till att du inte blir invald i Rotary”, ”jag ska hjälpa din värste ovän”). Motsvarande resonemang som beträffande hot om att lämna menligt meddelande kan dock rimligen föras beträffande andra hot och påtryckningar, som även de innebär att man använder påtryckningsmedel, vilka återfinns på annat håll än inom den faktiska ram för avtalsrelationen som avtalsföremålen utgör.[1464] (Att hota att inte leverera enligt avtalet är att använda ett påtryckningsmedel, som återfinns inom sagda faktiska ram. Att hota att motverka någons inval i Rotary är att använda ett påtryckningsmedel som återfinns annorstädes, nämligen inom den sociala sfären.) Det är riskabelt att göra så generella uttalanden, eftersom man riskerar att någon konstruerar ett exempel, som visar att man i just ett sådant fall rimligen inte kan skydda den hotade. Därför bör betonas att min uppfattning är att *utgångspunkten* bör vara den nu skisserade. Finns det goda argument för en annan lösning till följd av fallets särskilda omständigheter, bör man självfallet överväga den lösningen. För att ytterligare nyansera framställningen kan det också vara värt att påpeka att medkontrahent, som påstår sig ha fallit till föga för

---

[1462] Grönfors, Avtalslagen, s 185.

[1463] En inte oväsentlig del av diskussionerna i förarbetena till 36 § avtalslagen rör visserligen olika objektiva måttstockar för oskälighetsbedömningen, men förarbetena ger uttryckligen utrymme för att, vid bedömningen av om omständigheterna vid avtalets tillkomst föranleder ingripande med stöd av 36 § avtalslagen, väga in den jämkningssökandes personliga förhållanden. Se prop 1975/76:81, s 126.

[1464] Jfr *”annat missbruk av förhandlingsläget”* i prop 1975/76:81, s 125. Jfr Krüger, a a, s 422: *”… kontrahe-ringspress som uten å være direkte rettsstridig efter avtl § 29 dog bör smitte over på rimelighetsvurderingen…”*.

en påtryckning, som objektivt sett förefaller orimlig att någon kan låta sig påverkas av, torde kunna få svårt att bevisa orsakssambandet mellan den påstådda påtryckningen och avtalets ingående – i synnerhet om medkontrahenten skulle få ekonomisk vinning av att slippa ifrån det ifrågavarande avtalet. I bevisföringen, om orsakssambandet, bör det bli relevant att bland annat pröva betydelsen av respektive parts egenskaper (jfr vem-frågan), till exempel om någon av parterna kan anses ha varit överlägsen respektive underlägsen medkontrahenten till följd av något av de förhållanden som diskuterades i delavsnitt 6.2.2. En part som till följd av ålder, sjukdom, okunskap etc befinner sig i en underlägsen ställning kan ha svårare att värja sig mot även mindre allvarliga hotelser än vad personer i allmänhet har. Svagare parter bör därför avkrävas mindre övrig bevisning avseende orsakssambandet än personer utan relevanta svagheter eller personer som har en stark position i avtalsrelationen, något som för övrigt ligger väl i linje med den uttalade ambitionen att 36 § avtalslagen skall erbjuda särskilt skydd för avtalsparter som befinner sig i en underlägsen ställning.

Vid värderingen av bevisningen bör också vägas in i vilket sammanhang det påstådda hotet uttalades, eftersom det kan påverka vilken vikt den hotade rimligen kan ha lagt vid detsammas eventuella förverkligande. Gällde det en avtalsförhandling mellan familjemedlemmar/vänner eller i ett kommersiellt förhållande? Vissa hotelser som någon gång kan vara nog så allvarliga i familjekretsen (”om du inte skriver på avtalet, så ska jag emigrera så du aldrig får se mig igen”), skulle uppfattas som direkt löjeväckande och knappast ett realistiskt påtryckningsmedel i ett renodlat affärssammanhang. Angående hot i familjekretsen kan invändas att sådana hot – så länge de ”spelar på” den nära relationen mellan familjemedlemmarna (jfr exemplet i föregående mening) och inte gäller sådant som gör att det även utanför familjekretsen skulle uppfattas som ett allvarligt hot, t ex att begå brottslig gärning – är en del av det ”sociala spelet” och hör till sådant varje människa måste lära sig att hantera, varför de inte bör tillmätas avtalsrättslig betydelse. Jag vill dock betona att just det faktum att hoten framförs i en avtalsförhandling ger dem en annan dimension än om de framförs i någon annan familjediskussion. En avtalsförhandling gäller typiskt sett ekonomiska transaktioner och det förefaller inte lojalt av en familjemedlem att utnyttja en annan familjemedlems känslor för vederbörande i syfte att en viss transaktion – obalanserad eller inte – skall genomföras. Detta torde i vart fall gälla, om den pressade familjemedlemmen till följd av sjukdom, hög ålder, beroende eller annat liknande förhållande befinner sig i en underlägsen ställning i förhållande till medkontrahenten (jfr ocker), men jag vill hävda att toleransgränsen för vad som är acceptabelt beteende inom en familj bör ligga avsevärt under ”ockernivån” vid tillämpningen av 36 § avtalslagen. Eftersom det vanligen bör anses vara mer psykiskt påfrestande att bli utsatt för påtryckningar av en nära anhörig än av någon utomstående person, är det, enligt min uppfattning, mer illojalt att utnyttja nära relationer till att genomdriva ekonomiska transaktioner än att använda ”tveksamma” påtryckningar i affärssammanhang.

Frågan om den, som uttalade ett hot, verkligen hade möjlighet att göra allvar av sina hotelser, torde också vara av betydelse i bevissammanhanget. Om man åter betonar den tvungnes perspektiv, bör det avgörande vara om den tvungne hade rimlig anledning att tro att medkontrahenten kunde förverkliga sitt hot, inte om medkontrahenten objektivt sett hade denna möjlighet (även om det finns en koppling mellan vad någon har rimlig anledning att tro är möjligt och vad som faktiskt är möjligt). Vad en person har rimlig anledning att tro torde påverkas av hans personliga förhållanden (ålder, sjukdom, sinnestillstånd, kompetens etc).

Gäller hotet avslöjande av komprometterande handlingar, blir det också aktuellt att värdera vad en person rimligen kan tro att omgivningen skulle betrakta som negativt för hans anseende. Dock bör inte bara prövas vad som, med hänvisning till samhällsklimatet, någon kan tro skulle uppfattas på ett negativt sätt i samhället i stort. För att vara adekvat bör bedömningen nyanseras till att avse vad som vid den aktuella tidpunkten (jfr när-frågan) skulle uppfattas som komprometterande i just de kretsar (sociala, yrkesmässiga, politiska, föreningsmässiga etc) den förment hotade personen rör sig (alternativt de kretsar i vilka han är i behov av stöd, oavsett om han själv lever eller verkar i dem eller inte) (jfr vem-frågan). Något som folk i allmänhet inte skulle uppfatta som klandervärt, kan vara skuldbelagt inom exempelvis vissa religiösa rörelser. Att ha betalat några räkningar för sent är sannolikt inte stigmatiserande för de flesta av oss, men för ledande politiker kan det vara mycket besvärande. Om det kan bevisas att det inom de relevanta kretsarna faktiskt fanns en mer förstående syn på det aktuella agerandet än vad personen i fråga trodde, är av underordnad betydelse, menar jag, om vederbörande hade rimlig anledning att tro att hans handlingar skulle klandras.

6.3.4.2.3 Den fria viljan och påtryckningar med anknytning till avtalsrelationen – samt avvägningarna i fallet med det tvingade rederiet

Hittills har diskuterats otillbörlig påverkan, i samband med ett avtals ingående, med hjälp av påtryckningsmedel, vilka återfinns på annat håll än inom den faktiska ram för avtalsrelationen som avtalsföremålen utgör. Nu övergår framställningen till påverkan med hjälp av påtryckningsmedel, vilka återfinns inom denna ram. För att återknyta till fallet med det tvingade rederiet aktualiserar detta två principiellt intressanta spörsmål, som inte diskuterades ovan. För det första gäller det frågan om vilken betydelse det har att hotelser, till exempel om utebliven prestation, framförs efter avtalets ingående, i syfte att få till stånd förändringar i avtalet. Kan hot och krav, som är legitima att framföra i samband med avtalets ingående, vara rättsstridiga, om de anförs senare? För det andra aktualiseras frågan hur man skall betrakta hot och krav, som har med själva avtalsrelationen att göra. Var går gränsen mellan rimliga krav, som man har rätt att framföra i en förhandling, och krav som är orättfärdiga?

Den första frågan har diskuterats i vart fall i dansk doktrin, i anslutning till avtalslagens tvångsparagraf. Utgångspunkten, som harmonierar med PECL art 4:108[1465], synes vara att den som lovar att göra något, för att få motparten att **fullgöra något vederbörande redan enligt avtal är förpliktigad att göra**, bör kunna undslippa sitt nya löfte. Man skall inte behöva betala (eller på annat sätt prestera) för att få det man redan har rätt till, för att formulera det på annat sätt.[1466] Situationen torde, såsom den beskrivs av Bryde Andersen, vara ett exempel på att med rättsstridiga metoder (vägra utföra en prestation man är skyldig att utföra) söka uppnå ett rättsstridigt mål (få ut mer av motparten än man enligt avtalet har rätt till). Det finns inget skäl att som i engelsk rätt tala om ”ekonomiskt tvång” (”economic duress”[1467]), eftersom det avgörande i det just förda resonemanget inte är vilken typ av påtryckningsmedel som används (våld, hot om skandaliserande process, hot om åtgärder som får negativ effekt på medkontrahentens ekonomi), utan att anspråket är rättsstridigt.

Dock kan det tänkas situationer då en avtalspart har goda skäl att vägra prestera och kräva mer av sin motpart. När det gäller krav på omförhandling av ett avtal, för att förmå medkontrahenten att gå med på mindre förmånliga avtalsvillkor, kan det knappast betraktas som rättsstridigt, om den part, som kräver omförhandling, kan motivera sitt krav med exempelvis att de ekonomiska förutsättningarna kraftigt har förändrats (jfr oskälighetsgrunden ”senare inträffade förhållanden”; kanske har parten inte enbart goda skäl utan rentav en rättighet enligt 36 § avtalslagen att få avtalet förändrat).[1468] Om till exempel råvarupriserna stigit i sådan utsträckning att den ena parten inte kan uppfylla sitt åtagande, utan i stället riskerar att gå i konkurs, kan det ligga i även medkontrahentens intresse att avtalet revideras.[1469] I sådana fall kan det skedda istället karaktäriseras så att en rättsenlig metod (krav på omförhandling framförs) använts för att uppnå ett rättsenligt mål (revidering av avtalet så att det blir mindre oförmånligt för parten). Med detta synsätt blir således syftet (varför-frågan) avgörande för bedömningen av kravets rättsenlighet. Detta synes även ligga i linje med regleringen i PECL art 4:108.[1470]

[1465] Se kommentar A till PECL art 4:108, s 257 f. Illustration 3 (s 258) förefaller att ha inspirerats av fallet med det tvingade rederiet.

[1466] Bryde Andersen, a a, s 303. Han hänvisar bl a till ett rättsfall från 1946 (U1946.38H), enligt vilket domstolen ogiltigförklarade en borgenärs åtagande att nöja sig med 10 000 kronor i betalning av en skuld på 13 000 kronor, eftersom skuldnedskrivningen *”…ingen saerlig begrundelse havde*”. Målet avgjordes dock genom tillämpning av 33 § aftaleloven. Se även Lynge Andersen/Nörgaard, a a, s 156 ff. Rättsfallet nämns av dem på s 158.

[1467] Se t ex Whincup, a a, s 249.

[1468] Jfr Bryde Andersen, a a, s 303. Se även Lynge Andersen/Nörgaard, a a, s 157. Se även Cooke/Oughton, a a, s 386, där det framhålls att ekonomiskt tvång enligt engelsk rätt inte föreligger bara för att medkontrahenten meddelar att vederbörande har svårt att fullfölja sitt åtagande enligt avtalet och på den grunden begär omförhandling.

[1469] Dock bör observeras att lagstiftaren anbefallt en viss försiktighet vid tillämpningen av 36 § avtalslagen i kommersiella avtalsrelationer, i synnerhet om avtalen, vilket är vanligt, bygger på ett medvetet risktagande. Se prop 1975/76:81, s 104. Jfr angående jämkning till följd av senare inträffade förhållanden a prop s 127.

[1470] Se kommentar B till PECL art 4:108, s 258.

Att låta syftet fälla avgörandet kan i första hand motiveras av lojalitetsskäl. Kravet att i vissa situationer även tillvarata medkontrahentens intressen bör rimligen anses innefatta *såväl* att inte framställa krav på omförhandling av ett avtal i kombination med hot om utebliven prestation enbart för att förbättra det egna utfallet av avtalet *som* att motsätta sig revidering av avtalet, om det uppstått en påtaglig obalans mellan parternas prestationer.[1471]

Det bör dock, menar jag, betonas att redan ett krav på omförhandling knappast gör ett eventuellt därav följande utökat åtagande ogiltigt. Först om kravet åtföljs av någon form av hotelse, som kan betraktas som rättsstridig, bör ett illojalt beteende och en inskränkning av den fria viljan anses föreligga. Det typiska hotet torde, som antyds ovan, vara hot om att inte prestera enligt avtalet. Om en avtalspart inte kan anföra något rimligt skäl för sitt krav på omförhandling och inte hotar med utebliven prestation, är det svårt att se varför medkontrahenten skulle känna sig vare sig förpliktad eller tvingad att beakta kravet. Om medkontrahenten ändå väljer att tillmötesgå kravet (exempelvis för att värna om en god relation med en viktig kund/leverantör), torde utgångspunkten vara att han gör det av fri vilja och kan det inte anföras någon annan ”befrielsegrund” (till exempel att han blivit svikligen förledd), måste han rimligen stå för sitt handlande. Det kan motiveras med hänvisning till såväl grundregeln att avtal skall hållas som tillitsprincipen, vigilansprincipen och omsorgsdygden.

I fallet med det tvingade rederiet hotade varvet att inte färdigställa oljetankern, om inte priset höjdes med tio procent. För att ta ställning till om kravet var rättsenligt, måste man först bedöma varför varvet framförde detsamma. Huruvida varvet hade goda skäl att kräva ökad ersättning bör rimligen primärt prövas på objektiva grunder utifrån omständigheter som varvets samlade ekonomiska situation, kalkylen beträffande det ifrågavarande objektet och om några avsevärda förändringar skett i varvets kostnader för produktionen av oljetankern till följd av omständigheter som inträffat efter avtalets ingående. Förutsättningarna för att jämka avtal med hänvisning till senare inträffade förhållanden behandlas närmare i anslutning till ett annat rättsfall i ett följande avsnitt av avhandlingen, varför de inte närmare diskuteras här. Om man kan konstatera att avtalet hade blivit oskäligt till följd av senare inträffade förhållanden, kan varvet knappast beskyllas för att ha agerat illojalt genom att kräva omförhandling och sätta press bakom kravet genom att hota att inte bygga oljetankern färdig.

En omständighet som kan sägas tala mot att varvet hade goda skäl för sitt krav, är det faktum att varvet inte krävde mer än tio procents prishöjning. En kostnadsökning på tio procent, om varvet kan påvisa att en sådan skett, kan rimligen inte anses medföra en så allvarlig rubbning av balansen mellan parternas prestationer att en jämkning av avtalet är påkallad. Sådana förändringar

[1471] Jfr Holm, a a, s 103 f.

i kostnadsläget måste parter i kommersiella förhållanden typiskt sett räkna med och gör de det inte, kan man med stöd av tillitsprincipen, vigilansprincipen och omsorgsdygden hävda att de får skylla sig själva. De har inte visat tillräcklig omsorg om sina egna intressen och då blir medkontrahentens tillit mer skyddsvärd än deras på bristande förutsättningar grundade avtalsvilja.[1472]

Om varvet inte hade goda skäl att kräva omförhandling, uppkommer frågan om rederiet frivilligt gick med på varvets begäran eller om rederiets fria vilja hade inskränkts genom varvets agerande, vilket i så fall är att betrakta som rättsstridigt och det blir möjligt att angripa det reviderade avtalet med stöd av 36 § avtalslagen. Avgörande för bedömningen om ekonomiskt tvång föreligger eller inte är, enligt engelsk doktrin, som bygger på uttalanden i praxis, om offret protesterade, om det fanns någon alternativ handlingsmöjlighet för offret, om offret erhöll oberoende rådgivning och om offret, efter avtalets ingående, vidtog åtgärder för att komma ifrån kontraktet.[1473] I förstone förefaller tre av de fyra just nämnda rekvisiten mindre väl lämpade för definitionen av vilket agerande som är rättsstridigt. Att vidta en tvångsåtgärd är att företa en objektivt iakttagbar handling och handlingen måste rimligen anses äga rum, oavsett hur offret för tvånget reagerar på handlingen, om han har fått oberoende rådgivning och om han senare försöker komma ifrån avtalet.[1474] Det avgörande för om medkontrahenten på ett orättfärdigt sätt utnyttjade situationen bör rimligen vara om avtalsparten hade något reellt alternativ till att gå med på medkontrahentens krav. En sådan ståndpunkt stämmer också överens med regleringen i PECL.[1475] Parten har förvisso alltid den formella möjligheten att vägra revidering av avtalet och istället väcka talan mot medkontrahenten för avtalsbrott, om den sistnämnde vägrar prestera i enlighet med avtalet, men det kan finnas situationer, när ett sådant agerande skulle åsamka parten långt större kostnader än att gå med på medkontrahentens krav, i och med att parten har inrättat sig i förlitan på att avtalet skall genomföras. Kanske är medkontrahenten till följd av omständigheterna den ende som kan leverera varan ifråga på utsatt tid och kanske kan parten, om medkontrahenten inte presterar rättidigt, i sin tur inte uppfylla åtaganden mot andra avtalsparter och därmed riskera både utebliven vinst och skadeståndskrav.[1476] Någon gång kanske det går att finna alternativ till

---

[1472] Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran, s 318.

[1473] Cooke/Oughton, a a, s 384 ff, Whincup, a a, s 249. Båda verken refererar uppenbarligen till ett uttalande av Lord Scarman i Pao On v Lau Yiu Long från år 1980, vilket citeras av Whincup.

[1474] Cooke/Oughton inser detta – *"However, silence alone does not necessarily mean acceptance of the state of affairs"* – men de för inget fördjupat resonemang utifrån det konstaterandet (a a , s 387). En tänkbar tolkning av den engelska doktrinen är att begreppet duress har en legaldefinition, som innebär att det tekniskt endast används om sådana gärningar, som verkligen kan leda till ogiltighet, och att man i praxis har slagit fast att om vissa omständigheter föreligger så kan ogiltighet inte inträffa. Om offret erhåller oberoende rådgivning/inte protesterar/inte vidtar åtgärder i tid för att komma ifrån kontraktet, kan kontraktet inte ogiltigförklaras och då föreligger heller inte duress. Jfr reklamationsfristen i 28 § 2 st AvtL; att inte iakttaga den förtar dock inte det aktuella agerandet karaktären av rättsstridigt tvång.

[1475] Kommentar E till PECL art 4:180, s 259.

[1476] Jfr Lynge Andersen/Nörgaard, a a, s 157:*"Hvis A i en sådan situation ikke vaelger at fastholde kontrakten … vil baggrunden herfor oftest vaere, at A ikke oplever, at han i realiteten har den*

avtalsföremålet i form av någon vara som är utbytbar med den ursprungligen avsedda, men om inte heller det är möjligt, är partens handlingsutrymme onekligen begränsat.

I fallet med det tvingade rederiet hade rederiet genom avtal med tredje part upplåtit sin blivande oljetanker och riskerade därmed betydande förluster, om fartyget inte blev färdigt i tid. Det fanns sannolikt inte heller möjlighet att kontakta något annat varv och få en oljetanker färdigbyggd i tid. Det innebar att varvet i den aktuella avtalsrelationen hade ett ”de facto-monopol” och utnyttjade det till att – i strid med det ursprungliga avtalet – tilltvinga sig en högre ersättning. Det agerandet måste betraktas som rättsstridigt och definitivt vara angripbart med stöd av 36 § avtalslagen (sannolikt också med stöd av 29 § avtalslagen; dansk doktrin är i vart fall av den uppfattningen). Såväl viljeprincipen som lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen kan anföras till stöd för en sådan ståndpunkt. Även tillitsprincipen – skyddet för rederiets befogade tillit till att avtalet skulle fullgöras i enlighet med vad som ursprungligen överenskoms – talar för denna lösning. Enligt min uppfattning spelar det ingen roll för bedömningen av varvets agerande, om priset för oljetankern fortfarande i objektivt hänseende var skäligt efter den tioprocentiga ökningen. Förfarandet i sig måste ändå betraktas som rättsstridigt. Om å andra sidan varvet hade pressat fram ett oskäligt pris, hade det givit ett ytterligare argument för jämkning med stöd av 36 § avtalslagen (rekvisitet avtalets innehåll i kombination med ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd).

Vad det innebär att ha ett reellt handlingsalternativ kan onekligen diskuteras. Som antyddes ovan gäller frågan, enligt min uppfattning, snarast om det finns ett handlingsalternativ som ger ett ekonomiskt utfall, vilket inte är mer än något sämre än det ursprungligen planerade (det sistnämnda med tillägg för kostnad för tillkommande krav). Finns det ett alternativ, som ger ett något sämre ekonomiskt utfall (med beaktande av alla kostnader, inklusive kostnader för eventuella skadestånd), bör det trots allt ses som ett realistiskt alternativ. Så snart skillnaden i utfall mellan den ursprungligen tänkta lösningen och de andra lösningar som rent praktiskt är möjliga däremot börjar bli kännbar – exempelvis så att den tänkta vinsten till stor del skulle försvinna eller förbytas i förlust – bör de andra lösningarna inte ses som något reellt alternativ, även om den pressade parten skulle kunna genomföra någon av dem utan att företagets existens skulle hotas. Har man räknat med ett visst utfall av ett avtal, bör man anses utsatt för en otillbörlig påtryckning, om de praktiskt tänkbara alternativen till att gå med på medkontrahentens förändringskrav innebär att man inte kommer att få sagda utfall eller i vart fall större delen därav. Kraven på vad som är ett reellt alternativ bör således, enligt min uppfattning, ställas tämligen högt, vilket i motsvarande mån ställer höga krav på medkontrahentens lojalitet och respekt för partens befogade tillit till det ursprungligen överenskomna.

---

förstnaevnte mulighed – hvis rettidig opfyldelse af kontrakten er af vital betydning for A, og hvis A kun kan få kontrakten opfyldt rettidigt hos netop B, eller rettidig opfyldelse dog (nu) er vaesentlig dyrere hos en anden kontraktspart end B…”.

En intressant frågeställning är hur man skall se på situationen att en nyckelperson i ett företag plötsligt hotar att säga upp sig och genast gå hem, när företaget befinner sig i ett viktigt utvecklingsskede, i en allvarlig krissituation eller liknande läge. För att inte sluta sin anställning kräver nyckelpersonen väsentligt högre lön. Nyckelpersonen hotar alltså att begå avtalsbrott, genom att inte iakttaga sin avtalsenliga uppsägningstid. Självfallet måste företagets konkreta situation noga analyseras, för att man skall kunna bedöma om företaget har något reellt alternativ till att låta personen gå hem, men jag är benägen att hävda att företag i många fall skulle kunna komma i allvarliga svårigheter om en nyckelperson plötsligt reser sig och går hem, i synnerhet om företaget just då befinner sig i en i något avseende känslig eller utsatt position. Jag menar därför att avtalet om löneförhöjningen borde gå att angripa med stöd av 36 § avtalslagen och det i detta delavsnitt förda resonemanget. Om personen i fråga var kraftigt underbetalad kan saken komma i ett annat läge (jfr ovan).

Det som i det engelska domen anfördes mot rederiet, nämligen att företaget protesterade för sent mot tvånget det utsatts för, är inte av intresse för den principiella bedömningen av om rättsstridigt tvång förekom och vari det bestod. Förvisso kan ett anspråk rimligen inte framföras hur lång tid som helst efter att avtalsprestationerna utväxlats, men här kommer den frågan inte att närmare behandlas.

Vad beträffar skillnaden mellan att framföra en sådan begäran som varvet gjorde före respektive efter avtalets ingående, är den uppenbarligen betydande. Om varvet under de inledande avtalsförhandlingarna hade vägrat åta sig att bygga oljetankern, med mindre än att priset höjdes med tio procent, hade det sannolikt knappast kunnat betraktas som något annat än ett legitimt inslag i förhandlingarna.

Rättsstridigt inskränkande av medkontrahentens handlingsfrihet kan dock förekomma innan ett avtal har ingåtts, nämligen om avtalsparten har en i förhållande till medkontrahenten överlägsen ställning med avseende på marknadsposition, kompetens etc[1477] (jfr vem-frågan) och utnyttjar den till att påtvinga medkontrahenten obalanserade avtalsvillkor (jfr varför-frågan och ekvivalensomständigheten). Sådana tillfällen – i synnerhet om den ena parten är näringsidkare och den andre är konsument – är, vilket påpekats tidigare i detta avsnitt om det tvingade varvet, typiska situationer, när 36 § avtalslagen kan tillämpas. Det är också sådana fall som EU-direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden är tillämpligt på.[1478] Wilhelmsson påpekar att direktivet

[1477] Se delavsnitt 6.2.2.2 ang egenskaper som kan ge part en överlägsen ställning.
[1478] Direktivet gäller enligt artikel 3 avtalsvillkor, som inte varit föremål för individuell förhandling, i avtal mellan näringsidkare och konsument. Se vidare prop 1994/95:71, s 35 f. I en bilaga till direktivet finns en lista över avtalsvillkor som typiskt sett är oskäliga; se även a prop, s 47 ff. PECL art 4:110 har samma lydelse som art 3 i direktivet. I motsats till direktivets tillämpningsområde

tydligt strävar mot procedurell rättvisa i avtalsförhållanden, vilket är lätt att instämma i.[1479] Det är också sådan rättvisa lagstiftaren har i tankarna, när 36 § avtalslagen anges vara tillämplig om någon part gjort sig skyldig till *”…missbruk av förhandlingsläget”*.[1480]

En överlägsen ställning i sig kan i förhandlingsskedet knappast göra att varje krav som avtalsparten framför bör betraktas som rättsstridigt inskränkande av medkontrahentens fria vilja, men om det framförs krav, som gör att parternas förmåner och förpliktelser blir obalanserade till medkontrahentens nackdel, bör bedömningen bli den motsatta. Det handlar om ett agerande som liknar det utnyttjande av medkontrahentens trångmål, som beskrivs i ockerparagrafen (31 § avtalslagen). Trångmål i ockerparagrafens mening syftar dock på tämligen allvarliga situationer – i motsvarande danska paragraf talas om ”Nød”, medan den norska använder uttrycket ”nødstilstand” – som minskar motståndskraften hos medkontrahenten.[1481] Ekonomiskt trångmål och annan nödsituation, till exempel sjönöd, är exempel ur motiven till avtalslagen.[1482] Med stöd av 36 § avtalslagen kan man dock angripa avtalsvillkor, som tillkommit som ett resultat av att avtalspart utnyttjat en överlägsen ställning, utan att medkontrahenten var i så starkt behov av att få köpa eller sälja varan i fråga att vederbörande befann sig i trångmål i ockerbestämmelsens mening.[1483] Också här kan viljeprincipen, lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen anföras till stöd för slutsatsen.[1484] Mot dem står tillitsprincipen respektive omsorgsdygden och vigilansprincipen, som säger att avtalsparter måste kunna lita på avgivna viljeförklaringar respektive att var och en har ett ansvar för att tillvarata sina egna intressen. Vid den slutliga avvägningen mellan dessa dygder och principer måste, enligt min uppfattning, bland annat beaktas hur överlägsen respektive underlägsen ställning parterna intog i förhållande till varandra och vilka alternativ till att ingå avtalet på de aktuella villkoren som den svagare parten hade respektive insåg eller borde ha insett att han hade (jfr ang tvång ovan).

Utnyttjande av en överlägsen ställning behöver förvisso inte vara ett angrepp på medkontrahentens fria vilja, utan kan även rikta sig mot rätten att fatta välinformerade beslut (den fullt ut informerade viljan) eller innebära ett utnyttjande av att medkontrahentens vilja inte är mogen eller frisk. Ockerstadgandet täcker som bekant allvarliga fall av ”viljefel” av samtliga dessa slag. I ett enskilt fall kan det diskuteras om det var medkontrahentens anspråk på

---

omfattar dock PECL:s tillämpningsområde även avtal mellan privatpersoner och avtal mellan näringsidkare (se kommentar A till art 4:110, s 266).

[1479] Wilhelmsson, European Integration, s 140 f.

[1480] Prop 1975/76:81, s 125. Jfr SOU 1974:83, s 132.

[1481] Se t ex Grönfors, Avtalslagen, s 193. Jfr ang brottet ocker 9 kap 5 § BrB och Brottsbalken I, s 446.

[1482] Avtalslagskommittén, s 130.

[1483] Generalklausulen, men inte ockerparagrafen, är också tillämplig om enskilda avtalsvillkor är obalanserade, utan att någon part betingat sig *”…förmåner, vilka som stå i uppenbart missförhållande till…”* vederlaget. Citat ur 31 § avtalslagen. Jfr prop 1975/76:81, s 132.

[1484] Se ang lojalitetsaspekter på 31 § avtalslagen Holm, a a, s 89.

att låta besluten vara en produkt av hans fria vilja eller av hans fullt ut informerade vilja eller av hans mogna och friska vilja som träddes förnär, i och med att den överlägsne parten utnyttjade sin position, men den gränsdragningen har ingen betydelse för tillämpningen av vare sig 31 § eller 36 § avtalslagen. Fallet med det tvingade rederiet gäller inskränkningar av den fria viljan, men jag finner det relevant att här nämna även situationer som gäller andra ”viljefel”.

I fall, där en överlägsen part fått igenom obalanserade avtalsvillkor, får man nog säga att svensk rätt i och med 36 § avtalslagen går något längre än PECL när det gäller att ge den missgynnade parten möjlighet att angripa avtalet. Utformningen av PECL art 4:109 liknar utformningen av ockerbestämmelsen i 31 § avtalslagen, men artikeln tycks täcka fler fall än paragrafen. Enligt art 4:109 1:a kan ett avtal angripas om avtalspart utnyttjat att medkontrahenten (mina kommentarer inom parentes) *”…was dependent on or had a relationship of trust with the other party* (jfr beroende ställning)*, was in economic distress or had urgent needs* (jfr trångmål)*, was improvident* (jfr lättsinne, slösaktighet)*, ignorant* (jfr oförstånd)*, inexperienced or lacking in bargaining skill…”*. Eventuellt kan man anse att begreppet oförstånd täcker även de två sistnämnda uttrycken, men jag vill hävda att oförstånd indikerar en värre brist än att en person är oerfaren eller saknar förhandlingsskicklighet. Med tanke på att oerfarenhet och bristande förhandlingsskicklighet nämns i artikel 4:109 går artikeln längre än 31 § avtalslagen gör och omfattningen av dess tillämpningsområde närmar sig omfattningen av generalklausulens tillämpningsområde. Just oerfarenhet och bristande förhandlingsskicklighet torde vara två svagheter som konsumenter ofta har i förhållande till näringsidkare. Artikeln täcker dock inte samtliga de personliga svagheter en person enligt min uppfattning kan åberopa med stöd av 36 § avtalslagen.[1485]

6.3.4.3 Sammanfattning

Avsnittet om det tvingade rederiet har syftat till att ge utrymme för en diskussion om betydelsen av ”viljefel” vid ett avtals ingående men även vid omförhandlingar av redan ingångna avtal. Intresset riktades i första hand mot förfaranden från avtalsparts sida, vilka medfört att avtalet inte kan sägas vara ett resultat av medkontrahentens *fria* vilja.

Inledningsvis konstaterades att en människas vilja inte kan vara fri i någon absolut mening, utan alltid påverkas av bland annat det omgivande samhället. Begreppet fri vilja måste därmed ges vad som närmast är en ”legaldefinition”. Den fria viljan är en vilja som är fri från rättsstridig påverkan. Så länge viljan inte påverkas på ett rättsstridigt sätt är den fri, trots alla de påtryckningar som vårt vardagliga sociala liv innehåller.

[1485] Se delavsnitt 6.2.2.2.

I diskussionen om vad som är en rättsstridig påverkan av viljan anknöts till distinktionen mellan rättsstridiga medel, rättsstridiga mål och situationer då det inte finns någon relevant relation mellan ett i och för sig rättsenligt medel och ett i och för sig rättsenligt mål.

När det gäller rättsstridiga medel anfördes att det i vart fall måste inkludera olagliga medel, varför bestämmelsen om olaga tvång i 4 kap 4 § BrB diskuterades. Den slår fast att det är olaga tvång att förmå någon att göra, tåla eller underlåta något genom misshandel eller eljest med våld, genom hot om brottslig gärning, genom otillbörligt hot att åtala eller angiva annan för brott eller genom otillbörligt hot att om annan lämna menligt meddelande. Om någon tvingas ingå avtal genom våld eller hot som innebär trängande fara är 28 § avtalslagen angående ”råntvång” tillämplig. Innebörden av begreppen våld respektive trängande fara i paragrafens mening diskuterades, men definitionerna är inte av betydelse för tillämpningen av 36 § avtalslagen och återges därför inte här.

Vad hot om brottslig gärning innebär torde stå tämligen klart, men diskuterades kortfattat. Hot att åtala eller angiva annan för brott blir otillbörligt, om det används för att förmå den hotade att exempelvis ingå ett obalanserat avtal, varför sådana avtal som ingås under sådana omständigheter kan angripas med stöd av i vart fall 29 § och 36 § avtalslagen. Om avtalet däremot innebär att den hotade förbinder sig att ersätta skada som hans brottslighet förorsakat torde det inte vara att betrakta som otillbörligt. Det är rätt att göra rätt för sig. Det har i svensk doktrin hävdats att det i många fall är otillbörligt att förmå anhöriga till en brottsling att åta sig att ersätta den skada brottslingen förorsakat, i utbyte mot att inte polisanmäla gärningsmannen. Enligt min uppfattning, som ansluter till tysk och dansk doktrin, bör sådana åtaganden tvärtom upprätthållas. Om man accepterar att den misstänkte själv kan påta sig en betalningsförpliktelse av aktuellt slag, utan att det anses vara fråga om tvång, förefaller det typiskt sett logiskt och rimligt att även andra kan göra detsamma.

När det gäller innebörden av begreppet menligt meddelande tolkas det i straffrätten tämligen restriktivt. Några exempel gavs ovan. Dessutom krävs för straffbarhet att det är otillbörligt att hota att lämna meddelandet. I och med att begreppet tolkas restriktivt torde otillbörlighetsrekvisitet ofta vara uppfyllt, när man väl konstaterat att hotet gäller lämnande av ett menligt meddelande, men ovan gavs även exempel på situationer, när sådant hot inte kan anses vara otillbörligt.

Det finns utrymme att tillämpa 29 § avtalslagen även på fall som inte omfattas av 4 kap 4 § BrB. Ett exempel ges i rättsfallet NJA 1980 s 1, där en kommun för att bevilja bygglov ställde vissa krav, som ansågs vara rättsstridiga, men där olaga tvång inte kan anses ha förekommit.

Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen är avtal som är resultatet av våld samt hot om att begå brottslig gärning eller om att otillbörligt åtala eller angiva någon för brott oproblematiska i förhållande till 36 § avtalslagen. Dessa fall täcks av 28 och 29 §§ avtalslagen och därmed otvivelaktigt även av generalklausulen. Beträffande hot om att lämna ”menligt meddelande”, menar jag att utgångspunkten bör vara att varje hotelse om att avslöja något ofördelaktigt om medkontrahenten gör att avtalet kan angripas med stöd av 36 § avtalslagen, om hotet faktiskt är avgörande för medkontrahentens beslut att ingå avtalet. Viljeprincipen, lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen talar, anser jag, starkt för att avtalsparter i ”den goda avtalsrelationen” bör eftersträva att medkontrahentens ställningstagande till ett eventuellt avtal enbart avgörs av faktorer som är relevanta för avtalsrelationen i sig. En lojal part utsätter inte medkontrahenten för irrelevanta påtryckningar.

Även beträffande avtal, som tillkommit till följd av andra hot och påtryckningar än hot om att avslöja något komprometterande, bör utgångspunkten vara att det är möjligt att tillämpa 36 § avtalslagen, om vid hoten eller påtryckningarna används påtryckningsmedel, vilka återfinns på annat håll än inom den faktiska ram för avtalsrelationen som avtalsföremålen utgör

Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen menar jag att man bör göra en subjektiv prövning av om personen i det aktuella fallet faktiskt blev påverkad av det hot som medkontrahenten framförde, inte om hotet är av sådant slag att det typiskt sett påverkar potentiella avtalsparter. Både vilje- och lojalitetshänsyn talar för att avtalet bör kunna angripas, om part faktiskt påverkats av irrelevanta påtryckningar. Dock torde en part, som påstår sig ha fallit till föga för en påtryckning, som objektivt sett förefaller orimlig att någon kan låta sig påverkas av, kunna få svårt att bevisa orsakssambandet mellan den påstådda påtryckningen och avtalets ingående – i synnerhet om parten skulle få ekonomisk vinning av att slippa ifrån det ifrågavarande avtalet. I bevisföringen om orsakssambandet bör bland annat vägas in partens personliga förhållanden (”svaghetsfaktorer” kan göra honom mer lättpåverkad), sammanhanget i vilket hotet uttalades (t ex familjekretsen, affärssammanhang) samt om medkontrahenten rimligen kunde antas ha möjlighet att sätta hotet i verket. Gäller hotet avslöjande av komprometterande handlingar, blir det också aktuellt att värdera vad en person rimligen kan tro att omgivningen – de kretsar i vilka han rör sig – skulle betrakta som negativt för hans anseende.

När det gäller frågan om betydelsen av hotelser och krav, vilka framförs efter avtalets ingående, i syfte att få till stånd förändringar i avtalet, bör, anser jag, skiljas mellan situationer, då parten har en legitim anledning att få avtalet ändrat till följd av senare inträffade förhållanden (t ex kraftigt ökade kostnader), och situationer, då sådana skäl inte förekommer. En sådan uppdelning harmonierar med PECL art 4:108 och har även stöd i dansk doktrin. Att låta anledningen till kravet fälla avgörandet kan i första hand motiveras av lojalitetsskäl. Kravet att i vissa situationer även tillvarata medkontrahentens intressen bör rimligen anses

innefatta *såväl* att inte framställa krav på omförhandling av ett avtal i kombination med hot om utebliven prestation enbart för att förbättra det egna utfallet av avtalet *som* att motsätta sig revidering av avtalet, om det uppstått en påtaglig obalans mellan parternas prestationer.

Enbart att framföra ett grundlöst krav om avtalsrevision kan dock inte betraktas som en rättsstridig påverkan av medkontrahentens vilja. Först om kravet åtföljs av någon form av hotelse som kan betraktas som rättsstridig, t ex hot om att inte prestera enligt avtalet, bör ett illojalt beteende och en inskränkning av den fria viljan kunna anses föreligga. Ytterligare en omständighet utöver hot om avtalsbrott bör dock krävas, för att ett åtagande från den hotade parten att t ex betala ett högre pris skall kunna angripas rättsligt, nämligen att den hotade parten inte hade något reellt alternativ till att gå med på kraven, t ex till följd av att han var beroende av rättidig prestation och det kunde ingen annan än den hotande parten tillhandahålla. Enligt min uppfattning spelar det ingen roll för bedömningen av den hotande partens agerande, om priset för varan fortfarande i objektivt hänseende var skäligt efter den framtvingade prisökningen. Förfarandet i sig måste ändå betraktas som rättsstridigt. Vad som är ett reellt alternativ kan diskuteras. Så snart skillnaden i ekonomiskt utfall mellan den ursprungligen tänkta lösningen och de andra lösningar som rent praktiskt är möjliga börjar bli kännbar – exempelvis så att den tänkta vinsten till stor del skulle försvinna eller förbytas i förlust – bör de andra lösningarna, enligt min uppfattning inte ses som något reellt alternativ, även om den pressade parten skulle kunna genomföra någon av dem utan att företagets existens skulle hotas.

Rättsstridigt inskränkande av medkontrahentens handlingsfrihet kan även förekomma innan ett avtal har ingåtts, nämligen om avtalsparten har en i förhållande till medkontrahenten överlägsen ställning med avseende på marknadsposition, kompetens etc och utnyttjar den till att påtvinga medkontrahenten obalanserade avtalsvillkor. Avtal som ingåtts under sådana omständigheter är typexempel på avtal, vilka kan angripas med stöd av 36 § avtalslagen. I fall, där en överlägsen part fått igenom obalanserade avtalsvillkor, får man nog säga att svensk rätt i och med 36 § avtalslagen går något längre än PECL när det gäller att ge den missgynnade parten möjlighet att angripa avtalet. Utformningen av PECL art 4:109 liknar utformningen av ockerbestämmelsen i 31 § avtalslagen, även om artikeln tycks täcka fler fall än paragrafen. Svensk rätt ger utrymme för att beakta fler omständigheter än PECL gör såsom konstituerande underlägsen ställning.

6.3.5 Fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet

6.3.5.1 Fallet

År 1954 överlät Almedahl-Dalsjöfors AB sina vattentäkter och vatten- och avloppsledningar i Dalsjöfors till Toarps kommun för 50 000 kronor. I avtalet föreskrevs bland annat att bolaget skulle befrias från framtida avloppsavgifter

för ett antal uppräknade fastigheter, bland annat sådana som var anslutna till de överlåtna ledningarna. Ett antal av de uppräknade fastigheterna såldes till anställda vid bolaget strax efter ingåendet av sagda avtal mellan bolaget och kommunen. År 1988 krävde Borås kommun (i vilken de aktuella fastigheterna efter kommunsammanslagningar var belägna) att ägarna till de ifrågavarande fastigheterna inte längre skulle vara befriade från brukningsavgift för spillvattenavlopp. Kommunen anförde bland annat att avgiftsbefrielsen var oskälig enligt 36 § avtalslagen med hänvisning till senare inträffade förhållanden. Fastighetsägaren Robert P bestred kommunens krav. Statens va-nämnd och vattenöverdomstolen fann att avgiftsbefrielsen med tiden hade blivit oskälig och att kommunen hade rätt att ta ut sagda brukningsavgift för Robert P:s fastighet från och med den 1 januari 1995. HD menade att det var oskäligt att låta avgiftsbefrielsen gälla i all framtid, men fann att det inte kunde fastställas att befrielsen var oskälig redan vid domens avkunnande eller måste anses bli oskälig från och med den 1 januari 1995, varför HD förklarade Robert P vara befriad från att betala brukningsavgift för spillvattenavlopp så länge han bebor fastigheten i fråga.[1486]

Till stöd för sitt påstående om oskälighet anförde kommunen bland annat att den gjort omfattande investeringar i vatten- och avloppssystemet (va-systemet) under årens lopp, att den offentligrättsliga va-lagstiftning som tillkommit efter 1954 stipulerar att avgiftsskyldigheten avseende va-anläggningar skall fördelas genom taxa mellan brukarna efter skälig och rättvis grund samt att det i sig är orimligt med evighetsavtal av förevarande slag. Det vore, kan kommunens syn sammanfattas, oskäligt i sig och orättvist gentemot övriga brukare att låta de aktuella fastighetsägarna dra nytta av gjorda investeringar utan att betala någon ersättning för det. Robert P instämde i att avgiftsfrihet för all framtid skulle vara oskälig, men ansåg att avgiftsbefrielsen borde råda så länge han bebor fastigheten.

HD avvisade kommunens påstående att evighetsavtal är oskäliga i och för sig, även om det, enligt HD:s uppfattning, ”ofta” föreligger skäl att jämka avtal som angående framtida tillhandahållande av tjänster m m föreskriver att ingen eller en viss fast ersättning skall erläggas för all framtid.[1487] Däremot tog HD fasta på kommunens argument avseende den offentligrättsliga regleringen av avgiftsuttag för brukande av va-anläggningar samt på det faktum att *”…skillnaden mellan avgiftsfrihet och skyldighet att betala taxeenlig avloppsavgift med tiden blivit allt större…”*. Den sista delen av HD:s resonemang kan sägas bygga på ekvivalenshänsyn och därmed vaktslående om den kommutativa rättvisan. Det är inte helt klart på vilket sätt HD menade att va-lagstiftningens införande har betydelse i fallet, men det förefaller rimligt att tolka det som att HD vill slå vakt om (den distributiva) rättvisan mellan brukarna av va-systemet, när det gäller

[1486] Detta är ett referat av NJA 1994 s 359.
[1487] Jfr von Post, a a, s 162 och Runessons kritik i a a, s 408 f.

systemets finansiering, en rättvisa som va-lagstiftningen kan sägas sträva efter.[1488]

HD har visserligen redan sagt att det ifrågavarande avtalsvillkoret var oskäligt, men fallet kommer att användas som utgångspunkt för att diskutera jämkning av avtal med hänvisning till senare inträffade förhållanden och det kommer i samband med detta att bli föremål för fördjupad analys. Ekvivalensfrågor kommer att ägnas särskild uppmärksamhet i det följande.

6.3.5.2 En närmare analys av fallet med beaktande av relevanta dygder, principer och omständigheter

6.3.5.2.1 Inledning

De omständigheter, som blir av särskild betydelse för att avgöra om avtalsvillkoret om avgiftsbefrielse är oskäligt eller inte, är *balansen* mellan värdet av parternas prestationer (avtalsbalansen), *när* avtalet ingicks, *syftet* bakom parternas agerande, *systematiska förhållanden* samt i någon utsträckning *vilka* parterna var.

Balansaspekten är, som redan framgått, av stor betydelse i fallet. Den ger upphov till flera följdfrågor, bland annat hur stor obalans som måste ha uppstått, innan ett avtalsvillkor kan angripas, och hur obalansen skall mätas; är det parternas (subjektiva) värdering av den naturaprestation avtalet gäller som skall användas som utgångspunkt, när man skall pröva om ett avtal skall jämkas beträffande vilket det påstås att relationen mellan parternas prestationer blivit otillfredsställande, eller skall en på objektiva grunder fastställd värdering av naturaprestationen utgöra utgångspunkten? *När* avtalet ingicks tycks också ha betydelse. På vilket sätt måste dock granskas närmare. *Syftet* bakom parternas agerande skulle kunna vara av intresse att diskutera, trots att HD inte lade någon större vikt vid den omständigheten. Tänkbara frågor är exempelvis följande. Varför gick kommunen med på att bevilja avgiftsfrihet? Är dessa skäl fortfarande beaktansvärda? Frågan kan även formuleras så här: under vilka förutsättningar ingicks avtalet? Har dessa förutsättningar brustit för någon part? Vilken betydelse skall det i så fall tillmätas? Omständigheten *systematiska förhållanden* täcker bland annat relationen mellan 36 § avtalslagen och annan lagstiftning, en omständighet som blir relevant eftersom betydelsen av tillkommande lagstiftning aktualiseras i fallet. *Vilka* parterna var hade inte central betydelse för HD, men visst finns det skäl att allmänt diskutera betydelsen av om någon av parterna till exempel hade bättre möjligheter än medkontrahenten att bedöma den framtida händelseutvecklingen.

[1488] von Post (a a, s 162) hänför NJA 1994 s 359 till kategorin *"jämkning på i första hand annan grund än för lågt pris för prestationen"*, vilket förefaller en smula märkligt, med tanke på att det kommunen krävde just var att få ett högre pris för sin prestation och att HD uttryckligen pekar på ekvivalensbristen som uppstått. Jfr angående rättvisan mellan brukarna även Runesson, a a, s 407.

Däremot verkar *platsen* för avtalets ingående, *sättet* på vilket parterna agerade, *vad* som skedde/gjordes, parternas *sinnestillstånd* samt *omständigheterna i övrigt* sakna rättslig betydelse.

Det framgår inte exakt *var* avtalet ingicks, men inget tyder på att någon av parterna gynnats eller missgynnats av platsen. Parternas *handlingssätt* vid avtalets ingående framgår inte heller, men ingenting tyder på att någon part agerade på ett sätt som gav honom en fördel gentemot medkontrahenten. *Vad* som skedde/gjordes är förvisso fallets ”faktiska inramning”, men det är knappast i sig betydelsefullt för den rättsliga värderingen av fallet. Inte heller avtalsparternas *sinnestillstånd* vid avtalets ingående framgår, men det finns inget som indikerar att någon var upprörd, stressad eller liknande och av det skälet inte var tillräckligt observant på avtalets innehåll och konsekvenser. Avtalets båda parter var ett företag och en kommun, d v s juridiska personer, och de kan för övrigt mycket väl ha företrätts av flera personer vardera, varvid sinnestillståndet hos enskilda personer får minskad betydelse, vilket anförts tidigare. Några relevanta *omständigheter i övrigt* har inte observerats.

Av dygder och principer, som aktualiseras i fallet, bör för det första nämnas ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd (i synnerhet ”underdygden” att eftersträva korrekta avvägningar). En diskussion om ekvivalensbegreppets närmare innebörd blir betydelsefull för att avgöra vilka krav som i ett enskilt fall bör ställas på relationen mellan parternas prestationer. När man talar om syften och förutsättningar blir viljeprincipen relevant och dess budskap är att vad parterna ville uppnå genom sitt avtal bör respekteras, givet att parternas ställningstaganden är produkter av deras fria, mogna, friska och fullt ut informerade viljor. Som alltid, när avtalsförändringar föreslås, blir också tillitsprincipen och dygden pålitlighet samt vigilansprincipen och dygden omsorgsfullhet relevanta att beakta. Mot jämkning av avtal kan anföras att medkontrahentens befogade tillit till avtalets bestånd i oförändrat skick är skyddsvärd och att en pålitlig avtalspart värnar om denna tillit. Vidare kan anföras att var och en har ett ansvar för att med omsorgsfullhet bevaka sina egna intressen, vari ingår att se till att avtalet reglerar hanterandet av möjliga framtida händelser, vilka skulle kunna påverka den egna situationen negativt. Har part inte sett till att göra sådana ”garderingar” till en del av avtalet, bör risken, om någon för parten negativ händelseutveckling skulle inträffa, ”falla där den faller”. Som ovan anfördes[1489] kan det dock i vissa situationer anses illojalt att inte medverka till en förändring av avtalet, varför även lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden kan behöva beaktas i det följande.

Genom omständigheten systematiska förhållanden kan det härutöver bli relevant att beakta värdeståndpunkter, som ligger till grund för annan lagstiftning än 36 § avtalslagen, och som därför kanske inte kan sägas ha anknytning till någon av de dygder och principer som uppmärksammas i denna avhandling. Som ovan

[1489] Delavsnitt 6.3.4.2.3.

nämndes, tycks regleringen av taxesättningen i va-lagstiftningen vila på en tanke om distributiv rättvisa, en tanke som torde vara tämligen vanlig inom offentligrättslig lagstiftning men som sällan uppmärksammas inom avtalsrätten.[1490] Där står istället den kommutativa rättvisan – med sin ekvivalensprincip och rättrådighetens dygd – i fokus. Att värdegrunden för annan lagstiftning kan böra vägas in vid tillämpningen av 36 § avtalslagen kan ses som en följd av rättrådighetens dygd (”underdygden” lojalitet med lagen) och principen om lojalitet med lagen[1491].[1492]

6.3.5.2.2 Senare inträffade förhållanden och bristande förutsättningar (varför-frågan)

Man kan säga att i HD:s dom berörs två av de fyra ”hjälprekvisiten” i 36 § 1 st avtalslagen. Avtalet jämkas med hänvisning till avtalets innehåll (taxebefrielsen) samt senare inträffade förhållanden (allt större skillnad mellan ”nolltaxa” och ”taxeenlig taxa”, nytillkommen va-lagstiftning). Ett rekvisit som kunde ha diskuterats är omständigheterna vid avtalets tillkomst, men så skedde inte. Det som i så fall kunde ha beaktats hade främst varit syftet med avtalet (vilket hade lett till en diskussion om parternas respektive bevekelsegrunder och förutsättningar för att ingå avtalet) samt respektive parts förmåga att bedöma den framtida händelseutvecklingen (vilket hade inneburit en prövning av i vilken utsträckning parterna omsorgsfullt tog tillvara sina egna intressen vid avtalets ingående).

I och med valet av argument hölls förutsättningsaspekter helt utanför fallet. Det hade annars varit teoretiskt möjligt att hävda att när avtalet ingicks förutsatte kommunen att några mer omfattande förändringar inte skulle ske beträffande låt oss säga den rättsliga regleringen av va-systemen, sättet att finansiera va-system, kraven på kommunerna avseende tillhandahållande av va-system samt miljökraven på va-system. Denna förutsättning, som bolaget måste ha insett och som måste vara att betrakta som relevant, har nu brustit, varför kommunen inte längre kan anses vara bunden av åtagandet om avgiftsbefrielse.[1493] Detta resonemang visar att det finns ett nära samband mellan tillämpningen av 36 § avtalslagen med hänvisning till senare inträffade förhållanden och tillämpningen av förutsättningsläran på fall av bristande förutsättningar. I just fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet får vi dock inte veta något om parternas förutsättningar, och det är långt ifrån säkert att parterna hade några medvetna förutsättningar om de nämnda förhållandena, varför en förutsättningsdiskussion närmast kräver ett ställningstagande till vad som kan ha varit det Lehrberg kallar

[1490] Den av bl a Wilhelmsson lanserade sociala civilrätten kan dock delvis sägas bygga på föreställningar om distributiv rättvisa. Se t ex diskussionen om företags respektive ägares sociala ansvar i Social civilrätt, s 150 ff.
[1491] Se ang principen delavsnitt 4.2.2.
[1492] Se ang samspelet mellan 36 § avtalslagen och annan lagstiftning prop 1975/76:81, s 121 ff.
[1493] Se ang definitionen av bristande förutsättningar Lehrberg, Förutsättningsläran, s 79 f.

parternas omedvetna förutsättningar.[1494] Mot bakgrund av detta måste man säga att HD:s resonemang är att föredra, med tanke på dess relativa tydlighet och enkelhet, men det förtar inte det faktum att tillämpningsområdena för 36 § avtalslagen och förutsättningsläran möts på de bristande förutsättningarnas ”område”.[1495]

För att återknyta till den ovan förda diskussionen om gränsdragningen mellan generalklausulens och förutsättningslärans tillämpningsområden[1496], kan man påminna om att den enligt Lehrberg viktigaste skillnaden går mellan fall, där det *enbart* är en felaktig (oriktig eller bristande) förutsättning, som gör att ett avtal bör åsidosättas, och fall, där det är något fel med avtalet eller ett avtalsvillkor utifrån någon slags objektiverad standard. I det senare fallet kan det föreligga en felaktig förutsättning vid sidan av det objektiva felet, men det är inte nödvändigt för att avtalet skall kunna jämkas med stöd av 36 § avtalslagen. I det förstnämnda fallet är avtalet således skäligt till sitt innehåll, men till följd av att någon part hade en felaktig uppfattning angående något för avtalet relevant faktum, kan det finnas skäl att åsidosätta avtalet.

Som jag ovan anförde, anser jag inte att Lehrbergs gränsdragning är nödvändig att upprätthålla. Enligt min uppfattning kan 36 § avtalslagen även tillämpas på fall, där det endast är den felaktiga förutsättningen som gör det motiverat att angripa avtalet. I sådana fall ligger det förmodligen närmast till hands att säga att det avtalsvillkor är oskäligt, som innehåller definitionen av ”förutsättningskontrahentens” huvudprestation. Till följd av förutsättningens felaktighet är det oskäligt att kräva att parten skall prestera i enlighet med föreskrifterna i avtalet. Den rent språkliga analysen av oskälighetsbegreppet[1497] gav visserligen vid handen att den mest konkreta innebörden av begreppet oskälig är obalanserad (alltför högt tilltagen), men analysen visade också att oskälighetsbegreppet per definition anknyter till vad som är orätt, vilket gör begreppet öppet mot den normativa etiken och därmed mot de avtalsrättens dygder och principer som har lyfts fram i denna avhandling. Dessa dygder och principer, t ex viljeprincipen, lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden, ställer krav på avtalsparter att respektera medkontrahenternas önskemål och intressen, vilket torde innebära att det även inom ramen för en oskälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen finns utrymme att ta ”subjektiva hänsyn” och inte enbart beakta ”objektiva måttstockar”. Härtill kommer att flera av de ändamålsprinciper, som

---

[1494] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 83 ff.
[1495] Många av de kategorier av ”speciella förutsättningsfall” som Lehrberg behandlar gäller ”senare inträffade förhållanden, t ex att åtagandet blir oväntat betungande, uppfyllelsen blir omöjlig eller försvårad samt uppfyllelsen blir farlig. Se Lehrberg, Förutsättningsläran, s 291 f, 318 ff, s 361 ff, s 430 ff, s 492 ff, s 532 ff. Jfr dock Hellner, Speciell avtalsrätt II andra häftet, s 62 f: *”Trots att förutsättningsläran till synes har stor användbarhet vid ändrade förhållanden, tycks den i Sverige sällan begagnas för detta ändamål”*. Se även prop 1975/76:81, s 128, där föredraganden framhåller att förutsättningsläran torde komma att få en mer begränsad betydelse för fall av bristande förutsättningar efter införandet av den nya 36 § avtalslagen.
[1496] Se delavsnitt 6.3.2.2.2.
[1497] Delavsnitt 3.5.2.

Lehrberg anser ligger till grund för förutsättningsläran[1498], är samma principer (tillitsprincipen, viljeprincipen) eller liknande principer (jfr t ex Lehrbergs vinstprincip[1499] och min ekvivalensprincip) som de jag har betonat. Jag har tidigare anfört att jag anser att förutsättningsläran och 36 § avtalslagen i stor utsträckning tycks vila på samma värdegrund, vilket ytterligare talar för att det inte finns skäl att upprätthålla någon strikt gränsdragning mellan deras respektive tillämpningsområden. Den väsentligaste skillnaden dem emellan tycks gälla möjliga rättsföljder, där förutsättningsläran i första hand kan leda till ogiltigförklaring av det angripna avtalet, medan 36 § avtalslagen kan användas för en flexibel jämkning av detsamma.

När detta är sagt om relationen mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran, vill jag påpeka att fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet, som jag valt att utgå ifrån i min diskussion om senare inträffade förhållanden, är ett sådant fall som även Lehrberg sannolikt skulle ha hänfört till generalklausulens tillämpningsområde. I fallet är det, som ovan beskrevs, oklart om parterna hade några förutsättningar beträffande i fallet relevanta senare inträffade förhållanden, och även om man skulle kunna diskutera om det inte förelåg i vart fall omedvetna förutsättningar avseende vissa förhållanden, så är det uppenbarligen inte *enbart* till följd av dessa eventuella omedvetna förutsättningar som avtalet är angripbart. Jämförs avtalet med de objektiva måttstockar som ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd (den kommutativa rättvisan) samt den distributiva rättvisan tillhandahåller, finner man mycket som talar för att avtalet bör jämkas på dessa grunder, varför man inte behöver tillgripa ett förutsättningsresonemang.

Att jag valt ett sådant fall som inramning till diskussionen om senare inträffade förhållanden, beror i första hand på att jag redan behandlat ett fall, som, enligt Lehrbergs gränsdragning, befinner sig på förutsättningslärans tillämpningsområde (fallet med den oinformerade tobakshandlaren). Jag har således i någon utsträckning påvisat hur jag menar att det skulle kunna vara möjligt att argumentera med stöd av 36 § avtalslagen på förutsättningslärans område. Därför är det intressant att nu arbeta med ett fall, där någon motsvarande gränsdragningsproblematik inte aktualiseras, utan beträffande vilket det är helt oomstritt att 36 § avtalslagen är tillämplig.

6.3.5.2.3 Balansfrågan vid jämkning med hänvisning till senare inträffade förhållanden

Ett centralt argument för jämkning av avtalet i NJA 1994 s 359 är uppenbarligen den bristande balansen mellan parternas prestationer. Fastighetsägaren betalade ingenting, medan kommunen tillhandahöll samma va-tjänst som ägarna till

[1498] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 278 ff.
[1499] Lehrberg, Förutsättningsläran, s 283 f.

övriga till va-systemet anslutna fastigheter erhöll, med den skillnaden att de sistnämnda betalade en avgift för att få tjänsten.

Att säga att en utgångspunkt bör vara att det skall råda balans mellan avtalsparters prestationer är inte så svårt. För att kunna sträva mot en sådan målsättning, krävs dock att några följdfrågor får svar. Hur bör parternas prestationer värderas? Hur bör man fastställa om en balansrubbning mellan parternas prestationer till följd av senare inträffade förhållanden skall anses föreligga; skall parternas (subjektiva) värdering av den naturaprestation avtalet gäller användas som utgångspunkt, eller skall en på objektiva grunder fastställd värdering av naturaprestationen utgöra utgångspunkten? Hur stor obalans bör råda mellan prestationerna, för att avtalet skall jämkas?

Värderingen av parternas prestationer diskuterades ovan i anslutning till fallet med den prisvärda skärgårdstomten.[1500] Där konstaterades att utgångspunkten för värderingen bör vara marknadsvärdet vid tidpunkten för avtalets ingående och att detta förslagsvis kan bedömas med utgångspunkt i rekvisiten i 45 § köplagen, nämligen varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt. Dock bör observeras att i fallet med den prisvärda skärgårdstomten var det fråga om en jämförelse mellan parternas prestationer när avtalet ingicks – en fråga om ”ursprunglig balans” – medan det i fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet gäller en jämförelse mellan parternas prestationer vid en långt senare tidpunkt – en ”balansfråga med tidsperspektiv” – vilket gör att fastställandet av prestationernas marknadsvärde i någon mån måste ske på olika sätt. Ett exempel på detta är rekvisitet omständigheterna i övrigt i 45 § köplagen. Det skall enligt förarbetena anses omfatta bland annat situationer, då det mellan avtalets ingående och naturaprestationens fullgörande inträffat *”en oförutsedd och påtaglig prisutveckling”*[1501] (givet att köpet inte gjorts i spekulationssyfte). Vid prövningen av en ”balansfråga med tidsperspektiv” är det självklart att prestationerna skall värderas vid tidpunkten för prövningen, varför det då inte spelar någon roll vad som skett mellan avtalets ingående och någon annan tidpunkt än prövningstidpunkten. Detta rekvisit i 45 § köplagen blir därmed av mindre betydelse vid en prövning i ljuset av senare inträffade förhållanden än vid en prövning av balansen vid avtalets ingående.

Vid prövningen av en ”balansfråga med tidsperspektiv” kan det också, beroende på vad avtalet gäller, vara motiverat att ta hänsyn till den ackumulerade effekten av en ursprunglig eller senare inträffad balansförskjutning. Om någon eller båda parters prestationer skall ske successivt under en längre tidsperiod, bör, enligt min mening, vid en bedömning av om parternas prestationer vid en viss tidpunkt efter avtalets ingående är balanserade eller inte, göras en sammanlagd värdering av allt respektive part presterat under avtalstiden och jämföra dessa summor. Om

[1500] Delavsnitt 6.3.3.3.2.
[1501] Prop 1988/89:76, s 151 f. Citeras även i delavsnitt 6.3.3.3.2.

parterna har presterat vid olika tidpunkter, måste även penningvärdesförändringar tas med i beräkningen, för att jämförelsen skall bli rättvisande. I vart fall anser jag att det är motiverat att värdera prestationerna på det här sättet.

Hur HD ser på saken är mer oklart. Fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet är nämligen just ett sådant fall som här har beskrivits. Bolaget fullgjorde hela sin prestation i samband med avtalets ingående i och med att det överlät sina vattentäkter och vatten- och avloppsledningar i Dalsjöfors till Toarps kommun.[1502] Som motprestation skulle kommunen dels betala 50 000 kronor, dels låta de angivna fastigheternas ägare nyttja det kommunala va-nätet utan avgift. När kommunen efter lite drygt 30 år hade tröttnat på att ha va-abonnenter som inte betalade avloppsavgift, borde en jämförelse ha gjorts mellan bolagets ursprungliga prestation å ena sidan och kommunens ursprungliga och successiva prestation å andra sidan.[1503] Med tanke på den successiva penningvärdesförsämring som skett, måste värdet på i synnerhet kommunens köpeskilling samt bolagets vattentäkter och vatten- och avloppsledningar justeras med hänsyn därtill. Utan en sådan jämförelse blir det närmast godtyckligt att säga som Statens va-nämnd att *”[f]astighetsägarna bör kunna anses skäligen gottgjorda enligt det träffade avtalet om de får behålla avgiftsfriheten fram till år 1995”*, eller som minoriteten i HD: *”Den 1 jan 1995 har Robert P … varit befriad från avgiftsskyldigheten i fyrtio år. Att medge honom befrielse under ytterligare tid därefter måste på tidigare anförda skäl anses som oskäligt”*.

Av referatet i NJA framgår varken vilket värde bolagets överlåtna egendom hade eller hur stora avgiftsbelopp som Robert P under årens lopp sluppit att betala och utan dessa uppgifter är det omöjligt att bedöma om kommunen presterat lika mycket som bolaget. Möjligen är det mot bakgrund av att denna information saknas som HD:s majoritet säger: *”Utredningen i målet ger inte tillräckligt stöd för att de omständigheter som enligt det tidigare anförda skall vägas in i bedömningen hittills vuxit så i betydelse att avtalsbestämmelsen framstår som oskälig redan nu eller måste anses bli oskälig fr o m d 1 jan 1995”*. Eftersom Robert P inte yrkat mer än att vara befriad från avgiftsskyldighet så länge han bebor fastigheten i fråga, kunde HD inte gå längre än att döma i enlighet med hans yrkande. Enligt min uppfattning fanns det dock, i avsaknad av utredning om vad prestationerna sammantaget borde värderas till[1504], skäl att inte jämka avtalet alls.[1505]

[1502] HD slog fast att bolaget ingick ett tredjemansavtal till förmån för de personer som sedermera skulle komma att äga och bebo de i målet aktuella fastigheterna, varför bolagets prestation bör räknas dessa personer till godo.

[1503] Jfr Runesson (a a, s 408 f), som påpekar att villkoret om avgiftsfrihet ingick som ett led i en bytestransaktion.

[1504] Det kan noteras att kommunens företrädare insåg denna brist i sin argumentation och försökte föra ett resonemang angående värdet av bolagets prestation. I HD:s dom antecknas att kommunen anfört bl a följande: *”…den ersättning som bolaget fick för vattentäkterna m m måste bedömas med hänsyn till det överlåtna va-systemets standard, den försämring av penningvärdet som inträtt sedan år 1954 samt till den påverkan på ersättningens storlek som det kan ha haft att bolaget efter*

Mot bakgrund av det ovan förda resonemanget är det lätt att hålla med HD om att ”…bestämmelsen om att avgiftsbefrielsen skall gälla för all framtid [f]år anses oskälig i den mening som avses i 36 § avtalslagen”. När kommunen presterat lika mycket som bolaget och därefter fortsätter att prestera, uppstår en obalans som med tiden blir allt större.[1506] Ingen har dock utrett när detta kommer att inträffa eller om det redan har inträffat. Härtill kan fogas att det inte är självklart att ett avtal skall jämkas med hänvisning till ekvivalensbrist så snart en aldrig så liten ekvivalensrubbning kan konstateras. Snarare brukar det anses krävas mer betydande ekvivalensbrister innan jämkning kan aktualiseras.[1507] Jämkningsargumenten måste vägas mot bl a tillitsprincipen, pålitlighetsdygden, vigilansprincipen och omsorgsdygden.

Framställningen övergår nu till frågan **om det är parternas (subjektiva) värdering av den naturaprestation avtalet gäller som skall användas som utgångspunkt**, när man skall pröva om ett avtal skall jämkas beträffande vilket det påstås att relationen mellan parternas prestationer blivit otillfredsställande, eller om en på objektiva grunder fastställd värdering av naturaprestationen skall utgöra utgångspunkten.[1508] I doktrinen talas om skillnaden mellan objektiv och subjektiv obalans[1509], att *”…den avtalsbalans som parterna kommit fram till vid avtalsslutet bör bibehållas under hela avtalstiden…”*[1510] och att *”… den ursprungliga relationen mellan prestation och vederlag skulle återställas…”*[1511]. De båda citerade utsagorna får anses utgöra ställningstaganden för den förstnämnda utgångspunkten ovan, men det finns skäl att något diskutera uttryckssätten i doktrinen.

Enligt min uppfattning är det, i klarhetens intresse, viktigt att tydliggöra att det är värderingen av naturaprestationen som kan vara antingen subjektiv eller objektiv. Värderingen av penningprestationen är alltid objektiv. (Vad som är en

---

överlåtelsen inte behövde underhålla va-systemet och bära det skadeståndsansvar som åvilar huvudmannen för systemet. Beloppet på 50 000 kr kan då enligt kommunen inte anses vara endast symboliskt”. Kommentaren om att beloppet inte var endast symboliskt ger för övrigt bilden att vattentäkterna m m hade ett betydande värde utöver köpeskillingen, vilket understryker min uppfattning att man inte enbart kan hänvisa till att avgiftsbefrielse gällt under ett betydande antal år, utan måste visa värdet av parternas prestationer.

[1505] Runesson (a a, s 408 f) anser även han att avtalet inte bör jämkas, men på helt andra grunder.

[1506] Det kan noteras att när detta inträffar blir avtalet också orättvist i distributivt hänseende gentemot övriga va-abonnenter. Då – men först då – är bolagets och de avgiftsbefriade fastighetsägarnas sammanlagda bidrag till va-systemet mindre än värdet av deras sammanlagda nyttjande av systemet och då börjar övriga abonnenter subventionera de avgiftsbefriades va-tillgång.

[1507] Se vidare nedan. Jfr Runesson, a a, s 404, om det norska avgörandet Rt 1988 s 276. Jfr även utgången i fallet med den prisvärda skärgårdstomten.

[1508] Runesson anser, som tidigare (delavsnitt 4.6.2) nämnts, att ekvivalensprincipen per definition innebär att det är den subjektiva värderingen av naturaprestationen som är relevant (a a, s 382), en åsikt jag inte delar. Däremot kan resultatet av en avvägning av de ”inomjuridiska” och normativetiska argument som finns, leda till ett sådant slut.

[1509] Dotevall, a a, s 450.

[1510] Dotevall, a a, s 451.

[1511] Runesson, a a, s 423.

prestations objektiva värde diskuterades i delavsnitt 6.3.3.3.2. Där anfördes att prestationens marknadspris, satt i ett tillstånd av fri konkurrens, bör anses vara dess objektiva värde.[1512]) När t ex penningvärdesförsämringen diskuteras, så gäller det värdet av en svensk krona mätt med objektiva mått, exempelvis i relation till ökningen av konsumentpriserna. Det blir då – med ett något banalt uttryckssätt – den samlade effekten av vad alla marknadsaktörer (konsumenter, näringsidkare m fl) anser att man bör kunna köpa i form av varor, tjänster och andra nyttigheter för en krona som avgör vad en krona är värd. Den svenska kronans värde på de internationella valutamarknaderna avgörs av vad samtliga aktörer på dessa marknader är beredda att betala för en krona, d v s också där är det fråga om en marknadsprissättning. Ingen skulle komma på tanken att säga exempelvis ”min subjektiva värdering av 100 kronor ger vid handen att 100 kronor är värda tre brödlimpor och två paket kex”. I vart fall skulle ingen annan fästa något som helst avseende vid en sådan värdering. Mot bakgrund av detta blir det, menar jag, något oklart att tala om *”…den subjektiva balansen mellan prestation och motprestation…”*[1513], när det snarare handlar om den subjektiva värderingen av naturaprestationen.

En annan fråga, som bör uppmärksammas med anledning av uttryckssätten i doktrinen, är följande. När det i citaten ovan talas om *”…den avtalsbalans som parterna kommit fram till…”* respektive *”…den ursprungliga relationen…”*, menar författarna, såvitt jag kan läsa ut av sammanhangen, en balans/relation vars utgångspunkt är parternas subjektiva värdering av naturaprestationen. Det är emellertid inte en logiskt nödvändig tolkning av utsagorna. Det är också möjligt att tänka sig att *”…den ursprungliga relationen…”* mellan parternas prestationer skall bedömas utifrån en objektiv värdering av naturaprestationen. Låt oss säga att marknadsvärdet av en naturaprestation, t ex upplåtandet av en arrendetomt, är 100 per månad (marknadsmässigt arrende, i fortsättningen benämnt marknadsarrende, är 100/månad). Avtalsparterna kommer emellertid överens om att den ena parten skall få arrendera tomten för 70 per månad. Då skulle man kunna säga att relationen mellan parternas prestationer är 7:10, d v s köparen skall erlägga 70 procent av marknadsarrendet. Om det är *”…den ursprungliga relationen mellan prestation och vederlag…”* som skall värnas, kan man hävda att det innebär att köparen skall betala högre arrende om marknadsarrendet stiger och lägre arrende om marknadsarrendet sjunker, så att han hela tiden betalar 70 procent av marknadsarrendet. Detta leder till slutsatsen att det är mindre lämpligt att tala om *”…den ursprungliga relationen…”* eller *”…den avtalsbalans som parterna kommit fram till…”*, utan att först klargöra om relationen/balansen bygger på en subjektiv eller objektiv värdering av naturaprestationen.

Ett faktum, som bör observeras, är att redan frågan om det alls föreligger någon störning av relationen mellan parternas prestationer avgörs av hur prestationerna värderas. Utgår bedömningen enbart från den subjektiva värderingen av

---

[1512] Beträffande fall, då något sådant marknadspris inte går att fastställa, se delavsnitt 6.3.3.3.2.
[1513] Dotevall, a a, s 452.

naturaprestationen, kan avtalet således per definition i utgångsläget inte vara behäftat med någon relationsstörning. I det här avsnittet behandlas dock relationsstörningar som har sin grund i förhållanden, som inträffat efter avtalets ingående, och då blir frågan vilka sådana förhållanden som är rättsligt relevanta för att fastställa om en relationsstörning inträffat eller inte.

Är det den subjektiva värderingen av naturaprestationen som är avgörande, kan penningvärdesförsämring medföra att relationen rubbas. Parterna är överens om att naturaprestationen vid avtalets ingående är värd 100 (objektivt värderade) kronor per månad, men till följd av inflation motsvarar 100 kronor per månad tio år senare endast 85 kronor per månad vid avtalets ingående. (Har deflation i stället inträffat kanske 100 kronor per månad 10 år senare motsvarar 115 kronor per månad vid avtalets ingående.)

En intressant fråga är om ökade respektive minskade prestationskostnader för den part, som skall tillhandahålla naturaprestationen, bör anses påverka relationen mellan prestationerna, om naturaprestationen värderas subjektivt. Ur naturaborgenärens synvinkel tycks förändrade prestationskostnader för naturagäldenären inte vara omedelbart relevanta. Om naturaprestationen fortsätter att vara upplåtande av arrendetomt, och arrendatorn vid avtalets ingående värderar sin nytta av upplåtelsen till 100 kronor per månad, är det svårt att se hur hans värdering av nyttan skulle kunna påverkas av exempelvis att markägaren får sänkt eller höjd fastighetsskatt. Han får samma prestation ändå. Ur naturagäldenärens synvinkel, å andra sidan, förefaller prestationskostnaderna ha relevans. När han vid avtalets ingående värderar sin tilltänkta prestation, väger han rimligen in hur mycket det kostar för honom att prestera och hur stor vinst (om någon) han vill göra på sin prestation. Skulle kostnadsbilden förändras, förändras också värdet för naturagäldenären av att fortsätta prestera enligt avtalet. Inträffar detta, innebär det i sin tur att relationen mellan parternas prestationer förändras.

Gäller det istället att utgå ifrån ett på objektiva grunder fastställt värde av naturaprestationen, är det marknadsvärdet som blir ”måttstocken” som avgör i vilken utsträckning jämkning av prestationerna skall ske. Om det ursprungligen överenskomna priset motsvarade marknadspriset, skall jämkning ske så att den relationen återställs, oavsett exempelvis om inflationen varit högre eller lägre än marknadsprisökningen på just det aktuella avtalsföremålet. Var det ursprungliga priset högre eller lägre än marknadspriset, kan man diskutera om jämkningen ändå skall ske till marknadsprisnivå eller om man skall jämka så att relationen mellan avtalat pris och marknadspris upprätthålls. (I sistnämnda fall blir det en slags ”subjektiv värdering med en objektiv måttstock”.)

Som tidigare antyddes, får Dotevalls och Runessons utsagor tolkas så, att det jag har valt att kalla subjektiv värdering av naturaprestationen bör anses avgöra om en relationsstörning mellan parternas prestationer har uppkommit eller inte samt att rättsordningen, om den ingriper mot en sådan relationsstörning, strävar efter

att återställa den utifrån subjektiv värdering av naturaprestationen ursprungligen rådande relationen mellan parternas prestationer. Det finns två rättsfall, i vilka 36 § avtalslagen har tillämpats, som kan anföras till stöd för en sådan ståndpunkt: NJA 1983 s 385 samt NJA 1979 s 731.

Rättsfallet NJA 1983 s 385 rörde ett arrendeavtal, vilket löpte på 49 år med ett årligt arrende om 30 kronor samt 100 kg höstvete. Det var tänkt att ”höstvetesbestämmelsen” skulle vara ett slags indexklausul, men konsumentprisindex steg under 30 år mer än dubbelt så mycket som priset på höstvete. HD fann att avgiftsvillkoret till följd därav blivit oskäligt mot markägaren, jämkade arrendet till 265 kronor och knöt det till konsumentprisindex.[1514]

HD konstaterade att det i målet var ostridigt att den ursprungliga avgiften motsvarade ortens pris för arrende av jämförbara markområden, d v s från början rådde balans mellan parternas prestationer, både om naturaprestationen värderades subjektivt (vilket följer per definition) och om den värderades objektivt. HD noterade också att *”…arrendeavgiften framstår som anmärkningsvärt låg”*. En intressant omständighet är vad HD därvid använde för måttstock. HD sade inte ”låg i förhållande till jämförbara arrenden”, utan låg med hänsyn till *”[d]en höjning av den allmänna prisnivån som inträtt efter avtalets tillkomst”*, d v s låg i förhållande till det arrende som ursprungligen betalades, eftersom värdet urholkats av inflationen.

Med den måttstock HD använde kan man däremot inte säga något om huruvida nivån på arrendeavgiften objektivt mätt var låg eller hög, utan i det fallet kan man endast slå fast att *höjningen* av avgiften sedan avtalets ingående hade varit låg i förhållande till inflationen. Om det resulterat i att avgiften objektivt sett var låg berodde på om nivån på jämförbara arrenden stigit långsammare eller lika fort eller fortare än den allmänna prisnivån. Priserna på alla varor och tjänster stiger som bekant inte lika fort som den allmänna prisnivån. Det var just att priset på höstvete steg mycket långsamt som gjorde att indexklausulen i arrendeavtalet kom att ifrågasättas – men om den objektiva arrendenivån varit av intresse, hade HD varit tvungen att ta ställning till exempelvis om inte höjningen av nivån på arrendeavgifter i själva verket exakt motsvarade prisutvecklingen på höstvete, vilket hade varit teoretiskt möjligt.

Parterna i målet var förvisso oense om vad som var lämpliga jämförelseobjekt, men markägaren anförde att ett antal intilliggande tomter hade ett årligt arrende uppgående till 1500 kronor anpassat till indextalet i december 1975 och därefter höjt en gång per år med hänsyn till förändringarna i konsumentprisindex och

---

[1514] Fallet kommenteras av bl a von Post (se a a, s 313 med vidare hänvisningar), Dotevall (a a, s 452, där dock målet betecknas som NJA 1983 s 383), Runesson (a a, s 422 f) och Hellner i Högsta domstolen och avtalsrätten 1929-1989, ingår i Köp och avtal, uppsatser 1980-1992, Stockholm 1992, s 200.

yrkade att det omtvistade arrendet borde höjas till samma nivå.[1515] Om vi utgår ifrån att marknadsmässigt arrende vid den aktuella tidpunkten var 1500 kronor per år, kan man konstatera att inte heller en indexklausul som hade knutit arrendet till konsumentprisindex hade varit ändamålsenlig i det ursprungliga avtalet – om syftet med klausulen var att säkerställa att arrendet även framgent skulle ligga på en marknadsmässig nivå. När HD höjde det ursprungliga arrendet med samma procentsats som konsumentprisindex stigit med under den aktuella tidsperioden, blev arrendet 265 kronor per år. Tydligen hade den marknadsmässiga arrendeavgiften ökat mycket mer än den allmänna prisnivån. Det HD gjorde var således att återställa den ursprungliga relationen mellan parternas prestationer i enlighet med hur parterna själva värderade naturaprestationen vid avtalets ingående, inte att göra en objektiv värdering av naturaprestationen och jämka avtalet i enlighet med den. Det faktum att arrendet ursprungligen var marknadsmässigt tillmättes ingen betydelse.

En annan möjlig tolkning av fallet är att HD inte alls var intresserad av relationen mellan parternas prestationer ur vare sig ett objektivt eller ett subjektivt perspektiv. Istället konstaterade HD att parternas syfte med indexklausulen varit att, som HD uttryckte saken, *”kompensera jordägaren för en försämring av penningvärdet”*. Däremot syftade klausulen inte till att säkerställa att arrendet vidmakthölls på en marknadsmässig nivå, för den händelse att ortens gängse arrende för jämförbara markområden skulle stiga utöver den ökning som föranleddes av inflationen. Jordägaren hade misslyckats i sin strävan att värdesäkra arrendet mot inflation, men detta misstag var ursäktligt, *”[m]ed hänsyn till den ringa erfarenhet av indexklausuler som får antas ha funnits år 1950…”* (se vidare nedan angående betydelsen av parternas möjlighet att förutse händelseutvecklingen), och därför kunde indexbestämmelsen jämkas med stöd av 36 § avtalslagen – men enbart så långt att det ursprungliga syftet med bestämmelsen uppnåddes.[1516] Med detta synsätt blir fallet inte ett exempel på en tillämpning av ekvivalensprincipen, utan snarare ett exempel på en tillämpning av viljeprincipen – HD jämkade på så sätt att den ursprungliga partsviljan skulle förverkligas (även om den i och för sig gick ut på att en viss slags ekvivalens skulle upprätthållas).[1517] Om det å andra sidan hade varit tydligt utsagt mellan

[1515] Jfr Runesson, a a, s 423.

[1516] En viss inkonsekvens i jordägarens argumentation kan observeras, även om det är tveksamt om den bidrog till målets utgång. Eftersom jordägaren yrkade att arrendet skulle höjas till 1500 kronor per år (med december 1975 som bastidpunkt) och därefter knytas till konsumentprisindex, ansåg jordägaren uppenbarligen att konsumentpriserna från och med december 1975 var ett lämpligt jämförelseobjekt, utan att motivera varför så inte skulle vara fallet beträffande perioden 1949 (då avtalet ingicks) – 1975. Avseende dessa 26 år skulle i stället avgiften för näraliggande tomter utgöra jämförelseobjekt. En objektiv värdering av naturaprestationen skulle från och med december 1975 ersättas av en subjektiv, med andra ord.

[1517] Ett sådant resonemang skulle kunna formuleras i förutsättningstermer (jfr delavsnitt 6.3.5.2.2) – det var en väsentlig förutsättning för jordägaren att indexklausulen skulle kompensera honom för penningvärdesförsämringen, medkontrahenten var medveten om förutsättningen, förutsättningen brast och eftersom jordägarens misstag avseende klausulen var ursäktligt, bör förutsättningen tilläggas relevans. Förutsättningsläran behandlades dock aldrig i fallet

parterna att indexbestämmelsen syftade till att säkerställa att arrendet bibehölls på en marknadsmässig nivå, hade utgången möjligen kunnat bli en annan.

För egen del lutar jag åt att HD:s främsta syfte var att tillgodose den ursprungliga partsviljan. HD fokuserar i den jämförelsevis kortfattade domen starkt på just indexklausulens syfte att skydda mot inflation. I domens sju meningar långa centrala avsnitt omnämns inflationsproblematiken fyra gånger, varav tre gånger i formuleringar som handlar om parternas avsikter. Det skulle i så fall innebära att fallet – i motsats till vad som vid ett första studium synes vara fallet – inte kan ses som en tillämpning av ekvivalensprincipen och därmed inte heller ge vägledning beträffande valet mellan subjektiv och objektiv värdering av naturaprestationen.

För subjektiv värdering kan däremot anföras utgången i NJA 1979 s 731.[1518] I början av 1960-talet arrenderade två makar ut sommarstugetomter, varvid arrendet bestämdes till 50 kronor per år och arrendetiden till 49 år. Sedan makarnas barn år 1975 övertagit marken i fråga, krävde de, med stöd av 36 § avtalslagen, att avgifterna för två arrendatorer skulle höjas till 350 – 400 kronor per år (den högre avgiften för tomt med strandläge) samt anknytas till konsumentprisindex. De anförde viss bevisning, som godtogs av TR:n och inte kommenterades av HovR:n och HD, för att ortens arrendenivå för jämförbara tomter var omkring 400 kronor per år. Arrendatorerna medgav en höjning till 150 kronor per år med hänvisning till ökade kostnader för jordägaren samt den allmänna prisutvecklingen, men bestred indexreglering. Domstolarna fann att varken arrendenivån eller avsaknaden av indexklausul gjorde avgiftsvillkoren innehållsligt oskäliga och vägrade jämkning utöver den höjning av arrendet som arrendatorerna gått med på.

Den höjningen kan sägas ha medfört att den ursprungliga relationen mellan parternas prestationer, med utgångspunkt i parternas värdering av naturaprestationen, återställdes, i och med att arrendet anpassades till penningvärdesförsämringen och jordägarens kostnadsökningar. Däremot redovisades relationen mellan det ursprungliga arrendet och det dåvarande ”marknadsarrendet” inte i målet, utöver att det noterades att arrendet redan från början ansågs lågt, och domstolarna strävade uppenbarligen inte efter att upprätthålla den ursprungliga proportionen mellan arrende och marknadsarrende.[1519]

[1518] Fallet nämns av Dotevall, a a, s 452, samt kommenteras av Runesson i a a, s 401 ff, 423, och von Post, se a a, s 311 med vidare hänvisningar.

[1519] Härtill kan anföras två norska rättsfall, i vilka arrendeavtal jämkats med utgångspunkt i naturaprestationens subjektiva värde och med hänvisning till i första hand inträffad inflation: Rt 1988 s 276 (Røstad-domen; arrendeavtal ingånget 1899 med fast avgift om 200 norska kr/år jämkades till 5000 kr/år och knöts till konsumentprisindex, medan jordägaren hade krävt 54 000 kr/år) och Rt 1988 s 295 (Skjelviks-domen). Fallen kommenteras av Krüger i a a, s 429 ff och s 715. Han nämner (s 431) att i norsk doktrin betonas angående domarna bland annat: *”Det er ikke balanseforholdet mellom tomteverdien og festeavgiften som tilsier oppregulering efter avtl § 36, men festeavgiftens*

En annan intressant omständighet är domstolarnas inställning till frånvaron av en indexklausul i sistnämnda fall. HovR:n, vars dom fastställdes av HD, uttalade endast: *”Ej heller kan det anses vara oskäligt att avtalen saknar indexklausul”*. Med tanke på att avgiftsvillkoren trots allt jämkades för att kompensera jordägarna för bland annat den allmänna prisutvecklingen, kan det anses vara något motsägelsefullt att inte se frånvaron av en indexklausul som oskälig. Eftersom domstolarna lät avtalet löpa vidare utan indexering, innebär det att relationen mellan prestationerna åter kommer att rubbas till följd av inflationen, vilket gör att jordägarna om ett antal år, när rubbningen blivit tillräckligt stor, åter bör kunna väcka talan och kräva jämkning. Detta förefaller opraktiskt och kan dessutom möjligen anses tyda på att om arrendatorerna inte frivilligt hade gått med på en viss jämkning, så hade domstolarna inte beviljat någon jämkning alls.[1520] Utebliven jämkning kan försvaras med hänvisning till främst tillitsprincipen, pålitlighetsdygden, vigilansprincipen och omsorgsdygden.

När allt detta är sagt återstår frågan om det finns skäl att ifrågasätta praxis på den aktuella punkten. Bör man de sententia ferenda sträva mot en objektiv värdering (marknadsvärdering) av naturaprestationen, när man tar ställning till om relationen mellan parternas prestationer har förändrats sedan avtalets ingående och om denna eventuella relationsförändring bör föranleda jämkning med hänvisning till senare inträffade förhållanden? Eller bör man stå fast vid att utgångspunkten är en subjektiv värdering av naturaprestationen?

Vilka argument kan anföras för respektive lösning (utöver att HD i NJA 1979 s 731 tycks ha tagit ställning för subjektiv värdering[1521])?

Dotevall betonar att en objektiv värdering i de flesta fall är *”…förenad med praktiska svårigheter. Det gäller att finna en objektiv måttstock, t ex ett gängse marknadspris på en vara eller tjänst”*.[1522] Med tanke på dessa praktiska svårigheter menar han att man istället bör utgå ifrån parternas individuella preferenser, d v s det som här kallas subjektiv värdering.[1523] Enligt min uppfattning bör man inte underskatta de praktiska svårigheterna med att fastställa vad marknadspriset kan anses vara. Å andra sidan torde det i många fall vara möjligt att komma fram till en någorlunda rättvisande marknadsvärdering, varför detta argument inte bör tillmätas avgörande betydelse.

Det viktigaste argumentet för subjektiv värdering är, som jag ser det, snarare att vårt ekonomiska system bygger på att avtalsparter har stor frihet att träffa avtal

---

stadig reduserte verdi for grunneieren i en tid med inflatorisk reduksjon i kronens kjøpekraft”. Se även Runesson i a a, s 403 ff och Dotevall, a a, s 452 f.

[1520] Jfr Runesson, a a, s 402 f, som anser att jämkning inte bör ske i fall som detta.

[1521] Förarbetena ger ingen vägledning i frågan. Se prop 1975/76:81, s 126 ff. Dotevall påpekar att det är fullt möjligt att göra en objektiv prövning av prestationernas värde med stöd av 36 § avtalslagen (a a, s 450).

[1522] Dotevall, a a, s 450 f.

[1523] Dotevall, a a, s 451.

på de villkor de själva önskar, en frihet som bland annat kan försvaras med hänvisning till viljeprincipen och de skäl som bär upp den – främst respekten för den enskilda människans autonomi.[1524] Har parterna kommit fram till ett visst pris för en viss prestation, bör det därför i princip respekteras, även i så måtto att det utgör såväl utgångspunkt för prövning om relationen mellan prestationerna har rubbats som målet vilket en eventuell jämkning av prestationerna bör sträva mot. För denna lösning talar även tillitsprincipen, pålitlighetens dygd, omsorgsdygden och vigilansprincipen (vilka för övrigt även kan anföras mot att jämkning alls skall ske). Medkontrahenten litar på att avtalet skall fullgöras och om avtalet skall jämkas, bör jämkningen ansluta så nära som möjligt till avtalets ursprungliga utformning, så att medkontrahentens tillit skyddas så långt det är möjligt. Omsorgsdygden och vigilansprincipen ålägger naturagäldenären att vid avtalets ingående slå vakt om sina intressen, till exempel genom att säkerställa att priset bestäms så nära hans önskemål som möjligt och genom att, vid långvariga avtal, säkerställa att priset räknas upp på det sätt han önskar (till exempel så att det anpassas till utvecklingen av marknadspriset på avtalsföremålet). I synnerhet i kommersiella avtalsförhandlingar mellan jämnbördiga parter måste kraven på omsorg och vaksamhet ställas högt.[1525] När det gäller någorlunda förutsebara förändringar av marknadspriset, förefaller det finnas tungt vägande skäl mot att låta bedömningen av frågan om obalans mellan parternas prestationer råder eller inte utgå ifrån en objektiv värdering av naturaprestationen.

Tyngden av tillitsprincipen, pålitlighetens dygd, omsorgsdygden och vigilansprincipen som argument för subjektiv värdering måste dock anses minska, om diskussionen gäller förändringar i marknadsvärdet som inte var någorlunda förutsebara.[1526] Det förefaller nämligen endast vara beträffande sådant som är möjligt att förutse, som man kan hysa tillit.[1527] På samma sätt är det per definition endast beträffande sådant som är möjligt att förutse, som man kan vara förutseende, d v s med omsorg tillvarata sina framtida intressen. Det är också svårt att se att det skulle ha funnits någon partsvilja beträffande framtida händelser, som är omöjliga att förutse. Det är nog i många fall en fiktion att säga att samtliga avtal innehåller en komplett allokering av alla risker för framtida händelser och hävda att i de fall någon händelse inte är reglerad, så är det parternas vilja att risken skall ”falla där den faller”.[1528] (I ett enskilt fall kan

---

[1524] Se ang argumenten för viljeprincipen delavsnitt 4.3.4.
[1525] Jfr den s k Mascot-skiljedomen (ND 1985 s 234), som citeras av Runesson (a a, s 412 ff). Mot jämkning anfördes där: *”De foreliggende to avtaler er ingått mellom profesjonelle næringsdrivende, jevnbyrdige i faglig innsikt og erfaring og begge i slik økonomisk posisjon at de kan overlegge nokså fritt om de vil kontrahere eller la være”* (Runesson, a a, s 413 f).
[1526] Jfr Runesson, a a, s 402.
[1527] Jfr Runesson, a a, s 383 ff. Han pläderar för att *”…löftesgivarens befogade tillit till prestationslöftet skyddas endast såvitt tilliten avser uppkomsten av fördelar som han kunnat ta i beräkning när avtalet ingicks”* (a a, s 384). Hans utsaga utgör visserligen ett försvar för jämkning med utgångspunkt i en subjektiv värdering av prestationerna, men den fungerar som synes utmärkt även till stöd för jämkning med utgångspunkt i en objektiv värdering.
[1528] Jfr Runesson, a a, s 380.

partsviljan och viljeprincipen beroende på omständigheterna anföras till stöd för endera objektiv eller subjektiv värdering; jfr min kommentar till NJA 1983 s 385. Om det vid avtalets ingående var tydligt att parterna strävade efter att anpassa prissättningen av naturaprestationen till marknadspriset och att deras avsikt var att priset även framgent skulle vara marknadsmässigt, talar det för marknadsvärdering. Om de å andra sidan endast hade ambitionen att för framtiden skydda naturagäldenären mot kostnadsökningar och penningvärdesförsämring talar viljeprincipen för subjektiv värdering. I båda dessa exempel fanns en uttrycklig partsvilja avseende framtida händelser.)

Ett annat sätt att formulera det som återstår av frågan, om objektiv värdering bör föredras framför subjektiv värdering, är detta: är det rimligt att naturaborgenären får tillgodogöra sig hela vinsten av en oväntad ökning av naturaprestationens marknadsvärde under avtalstiden respektive ta hela förlusten av en oväntad minskning av marknadsvärdet?

När det gäller en del typer av avtal är det uppenbart att frågan måste besvaras med ja. För att ta ett exempel syftar optionsavtal av olika slag just till att låta en part bära risken för fluktuationer i marknadsvärdet på ett visst avtalsföremål. Beträffande sådana avtal kan det för övrigt diskuteras om någon prisförändring är så stor att den kan anses vara oväntad i den mening som här avses. Optionsavtal ingås inte minst på marknader där det finns risk för stora och plötsliga prisfluktuationer. Också när det gäller långvariga avtal, ifrågasätter jag om man kan hävda att det kan förekomma oväntade förändringar i marknadspriset. ”Om det är något vi med säkerhet kan säga om framtiden, så är det att vi inget kan säga med säkerhet om framtiden.” Vad som helst kan hända. De senaste årtiondenas snabba tekniska utveckling och ofta dramatiska ekonomiska händelser – oljeprischocker, devalveringar, hausse och baisse på världens börser, skattehöjningar, skattesänkningar, ”fastighetsboom”, ”fastighetskrasch”, bankkris – borde tydligt illustrera att den som ingår långvariga avtal kan förvänta sig avsevärda fluktuationer i marknadspriset på den naturaprestation avtalet avser, i princip oavsett vilken prestationen är. Vad som är att betrakta som ett långvarigt avtal bör anses variera, bland annat beroende på vad prestationerna avser. I branscher som kännetecknas av snabb utveckling, till exempel it-branschen, torde det ställas lägre krav på löptidens längd för att avtalet skall ses som långvarigt.

Det som återstår är avtal med kort eller medellång löptid, vilka inte är av sådan art att även avsevärda fluktuationer i marknadspriset är förväntade. Jag vill hävda att det inte heller beträffande sådana avtal är lämpligt att låta förändringar i marknadspriset för naturaprestationen i fråga utgöra utgångspunkt för bedömning av om relationen mellan parternas prestationer har rubbats. Det främsta argumentet utgörs av en kombination mellan vad som närmast är ett förutsebarhetsargument och ett slags rättviseargument.

Förutsebarhetsargumentet går ut på att det inte förefaller lämpligt att medge jämkning av avtal med hänvisning till såväl en subjektiv som en objektiv värdering av naturaprestationen. Om man som naturagäldenär kunde angripa ett avtal med hänvisning till både å ena sidan inflation och/eller kostnadsökningar och att marknadspriset på prestationen har stigit på ett oväntat sätt – vilket de sententia ferenda vore teoretiskt möjligt att tillåta[1529] – tycks det föreligga en risk för att förutsebarheten i avtalsrelationer undergrävs i väl hög grad. Om man då, för att komma till rättviseargumentet, måste välja mellan subjektiv och objektiv värdering, menar jag att ”subjektiv obalans” typiskt sett drabbar den utsatta parten värre än ”objektiv obalans” gör, och att det därför är viktigare att skydda parter som drabbas av det förstnämnda. När det gäller parter, som drabbas av att marknadspriset på den naturaprestation de skall tillhandahålla stiger kraftigt, går de miste om en vinst de hade kunnat göra, genom att ingå avtal angående prestationen idag istället för att tvingas prestera enligt ett avtal ingånget när marknadspriset var lägre. De åsamkas dock ingen förmögenhetsminskning till följd av detta, utan gör tvärtom den vinst de kunde förvänta sig på det tidigare ingångna avtalet. Parter, som drabbas av att marknadspriset på den naturaprestation de skall erhålla sjunker kraftigt, åsamkas inte heller någon förmögenhetsminskning, utan får det de förväntar sig till det pris de förväntar sig, även om de idag hade kunnat teckna avtal om prestationens erhållande till en lägre kostnad.[1530]

När det å andra sidan gäller parter, som drabbas av att det vederlag de skall erhålla urholkas av inflation eller av att deras prestationskostnader stiger kraftigt, drabbas de av förmögenhetsförluster på grund av det inträffade, inte endast av uteblivna vinstmöjligheter. Enligt min uppfattning bör ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd i första hand anses skydda mot ”verkliga förluster”, som förorsakar ”förmögenhetsminskande” obalanser mellan parternas prestationer. Den kommutativa rättvisan, som ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd är uttryck för, bör främst anses innebära att balans skall upprätthållas mellan parternas ursprungligen avtalade, subjektivt värderade prestationer.

Avslutningsvis bör följande framhållas. När man har att pröva om ett avtal skall jämkas till följd av obalans mellan parternas prestationer, bör, enligt min uppfattning, inledningsvis ställas frågan, om relationen mellan prestationerna, baserad på en objektiv värdering av naturaprestationen vid avtalets ingående, kan anses ha varit obalanserad. För den händelse svaret är ja, bör frågan ställas om detta i så fall hade bort föranleda jämkning av avtalet enligt 36 § avtalslagen redan innan inträffandet av de senare inträffade förhållanden, som vid prövningen läggs till grund för jämkningskravet. Skulle svaret på även den sista frågan vara ja, bör avtalet, som jag ser det, först jämkas så att det i sin

[1529] Förarbetena diskuterar inte om subjektiv eller objektiv värdering skall väljas och kan därmed inte anses utesluta att båda får väljas.
[1530] Jfr Runesson, a a, s 410 ang det samhällsekonomiska intresset att frigöra resurser som är bundna till fullgörelsen av ett obalanserat avtal. (Han anser dock att sådana överväganden bör vara irrelevanta, när ställning tas till frågan om jämkning bör ske eller inte.)

grundutformning inte längre är obalanserat.[1531] Detta torde vara tämligen okontroversiellt.[1532]

Hur mycket måste relationen mellan parternas prestationer ha rubbats, för att jämkning med stöd av 36 § avtalslagen skall kunna ifrågakomma? Dotevall menar att det måste vara fråga om en avsevärd balansstörning och använder uttryck som *"kraftig obalans"* och *"extraordinärt betungande"* och talar om att offergränsen måste ha passerats.[1533] Runesson, å andra sidan, menar att det i en del fall, närmare bestämt när 36 § avtalslagen kan användas som redskap för att uppnå en *"värdemaximerande riskallokering"*, inte bör krävas extrem obalans, eftersom ett sådant krav skulle stå i vägen för den ur rättsekonomisk synvinkel lämpligaste lösningen.[1534] I den här avhandlingen framhålls dock att rättsekonomiska hänsynstaganden inte bör göras vid tillämpningen av generalklausulen.[1535]

Det viktigaste argumentet för att kräva en kraftig obalans innan jämkning kan aktualiseras är att medkontrahentens befogade tillit till att avtalet kommer att fullgöras enligt sin lydelse är skyddsvärd (jfr tillitsprincipen och pålitlighetens dygd).[1536] Därför skall jämkning inte kunna tillgripas vid mindre avvikelser. Till stöd för att ställa kravet på obalans något mindre högt kan ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd anföras. Så snart det föreligger en obalans mellan parternas prestationer, uppfyller avtalet inte fullt ut den kommutativa rättvisans krav. Även lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen kan anföras – avtalspart har ett ansvar för att i viss mån tillvarata även medkontrahentens intressen och det bör i många fall anses omfatta ett ansvar för att hjälpa medkontrahenten att undgå direkta förluster, eftersom det typiska syftet med avtal – det ömsesidiga utbytet[1537] – förfelas om tänkt vinst förbyts i förlust.

Mot bakgrund av att det finns viktiga argument även för en något generösare syn på jämkningsmöjligheterna, är jag benägen att hävda att argumenten borde viktas på ett något annat sätt än den viktning som tillämpas, om det krävs att avtalet skall ha blivit ”extraordinärt betungande” för att jämkning skall kunna aktualiseras. Balanspunkten i avvägningen bör inte ligga fullt så nära tillitsargumentet. Jag vill nog hävda att det inte ens borde krävas att avtalet blivit ”betungande”, i bemärkelsen ”förlustbringande” för att jämkning skall kunna ifrågakomma. För egen del skulle jag föreslå uttryckssättet ”påtaglig obalans”.

[1531] Se delavsnitt 6.3.3 angående en närmare diskussion om ”ursprunglig obalans”.
[1532] Jfr Dotevall, a a, s 450.
[1533] Dotevall, a a, s 454. I norsk rättspraxis har talats om *"en ekstrem ubalanse"* (Røstaddomen) och om en *"drastisk"* (Skjelsvikdomen) förändring av förhållandet mellan prestationerna. (Fallen nämndes ovan.) Jfr Krüger, a a, s 430.
[1534] Runesson, a a, s 404 ff.
[1535] Jfr även Dotevalls kritik av rättsekonomisk metod i detta sammanhang, a a, s 455.
[1536] Jfr prop 1975/76:81, s 127 samt Dotevall, a a, s 453. Jfr även Krüger, a a, s 713: *"…jo mer forretningsmessig og gjennomregulert kontrakten er, desto mer skal det til for å supplere med løsninger andre enn de partene vitterlig har gjennomtenkt i sitt mellomværende"*.
[1537] Jfr delavsnitt 6.3.3.3.2.

Det skall ha uppkommit en obalans mellan prestationerna och den skall påtagligt påverka parts avtalsutfall, men det bör räcka att den gör att vinsten blir påtagligt mindre. Enligt min uppfattning ligger också en sådan viktning av argumenten bättre i linje med förarbetena till 36 § avtalslagen än en viktning som starkare betonar tillitsargumentet. I propositionen avvisas förslag från en del remissinstanser av innebörden att oskälighetsrekvisitet skulle kvalificeras med ett tillägg i form av ordet ”uppenbart” eller liknande. Föredraganden framhåller: *”Enligt min mening är det helt klart att det inte bör krävas att oskäligheten är uppenbar för att ett villkor skall få jämkas eller åsidosättas”*.[1538] För egen del vill jag hävda att det ligger nära till hands att anse att en obalans, som gör avtalet extraordinärt betungande, också gör avtalet uppenbart oskäligt. Begreppet ”uppenbart oskäligt” torde innebära att oskäligheten – obalansen – är så tydlig, diskrepansen mellan parternas prestationer och mellan den respektive nytta de kan förväntas få av avtalet så ”liggande i öppen dag” att det är svårt att finna vägande argument för att avtalet skall upprätthållas. Jag lägger ungefär samma innebörd i ett uttryck som ”extraordinärt betungande” och menar även därför att kraven för att jämkning skall aktualiseras ställs för högt, om ett sådant uttryck skall vara vägledande för bedömningen.[1539]

Ett beaktansvärt argument mot en mildring av kraven för jämkning är att gängse tolkning av ”offergränsregeln” i 23 § 1 st köplagen innebär att offergränsen inte har passerats förrän prestationen blivit extraordinärt betungande[1540] och att det skulle kunna uppfattas som inkonsekvent att medge jämkning av prestation enligt 36 § avtalslagen på lindrigare grund än säljaren kan undgå prestationsskyldighet enligt köplagen. Å andra sidan omfattar avtalslagen många fall som inte täcks av köplagen och det finns inget formellt krav på att den ena lagen måste läsas i ljuset av den andra, låt vara att det självfallet allmänt sett är lämpligt att näraliggande lagstiftning tillämpas på ett likartat sätt (jfr omständigheten systematiska hänsyn). Runesson framhåller i samma anda: *”Det är visserligen en nära till hands liggande möjlighet att uttyda oskälighetsrekvisitet i 36 § som innebärande ett krav på att de ändrade förhållandena skall ha medfört att löftesgivarens fortsatta prestationsskyldighet innebär att offergränsen överskrids. Det är dock inte nödvändigt att inläsa denna begränsning”*.[1541]

Är ambitionen att nära anknyta till PECL, bör man dock upprätthålla de stränga kraven för jämkning. I PECL art 6:111 (2) anförs att prestationen skall bli

---

[1538] Prop 1975/76:81, s 107.
[1539] Jfr Nystén-Haarala, Soili, The Long-Term Contract. Contract Law and Contracting, Helsingfors 1998, s 196 ang jämkning i svensk och finsk rätt till följd av senare inträffade förhållanden: *”However, the courts have been more cautious in their adjustment decisions than text books and the possibility to openly operate on the basis of fairness reasoning would suggest. The tolerance limit in changed circumstances is considered to be quite high”*.
Jfr norsk rätt, enligt vilken prisjämkning enligt praxis ang en annan generalklausul (prisloven § 18), förutsätter att priset skall vara *”klart og ikke ubetydelig over rimelig pris”* (Krüger, a a, s 420). Formuleringen liknar min.
[1540] Jfr prop 1988/89:76, s 99 samt Dotevall, a a, s 454.
[1541] Runesson, a a, s 404.

"excessively onerous because of a change of circumstances" innan jämkning kan aktualiseras.[1542] Jag anser att detta inte bör utesluta att svensk rätt intar en något generösare hållning till jämkning – som tidigare konstaterades går svensk rätt i vissa avseenden längre än PECL, när det gäller att ge möjlighet till avtalsjämkning – men gäller det transaktioner med utländska parter inblandade, i synnerhet om det är fråga om affärsmässiga relationer där skyddet för den befogade tilliten typiskt sett ges större vikt än i andra förhållanden, förefaller dock strävan efter ökad rättslikhet inom EU tala för att PECL:s lösning bör väljas.

Hur mycket skall avtalet jämkas, när det angrips med hänvisning till en ekvivalensrubbning som beror på senare inträffade förhållanden? I förarbetena noteras angående prisjämkning att några remissinstanser berört frågan hur långt priset bör jämkas: till högsta skäliga pris, till något slags normalpris eller till ett för köparen förmånligare pris. Föredragande statsrådet anser att frågan bör överlämnas till rättstillämpningen.[1543] Enligt min uppfattning är det tydligt att avtalet, när det gäller jämkning till följd av senare inträffade förhållanden, bör jämkas så att den ursprungliga relationen mellan parternas prestationer, subjektivt värderade, återställs. Detta ligger även i linje med HD:s praxis (jfr NJA 1979 s 731). Skulle jämkningen göras mindre omfattande, skulle en ekvivalensrubbning kvarstå även efter jämkningen och det är svårt att motivera varför det skulle vara lämpligt. Har väl en "påtaglig obalans" konstaterats samt att det som föranledde obalansen var oförutsebart, bör jämkningen knappast begränsas med hänvisning till medkontrahentens intressen. De har vägts in vid bedömningen av om jämkning alls bör medges.

6.3.5.2.4 När är senare? Skillnaden mellan lite senare och mycket senare

För att en händelse, ett skeende etc skall kunna subsumeras under rekvisitet "senare inträffade förhållanden" i 36 § 1 st avtalslagen krävs rent formellt endast att förhållandet inträffar efter avtalets ingående, oavsett om det sker en minut efter eller 100 år efter. Med anknytning till tidsomständigheten i den tidigare behandlade omständighetslistan, kan det dock vara intressant att något undersöka, om det bör ha någon betydelse, för det senare inträffade förhållandets tyngd som jämkningsargument, hur lång tid efter ett avtals ingående som förhållandet inträffar.[1544]

Ett fall, där just det faktum att lång tid (flera årtionden) förflutit sedan avtalets ingående synes ha varit avgörande, i vart fall ytligt sett, är just fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet, NJA 1994 s 359. HD anförde, som sagt, att evighetsavtal inte i och för sig är oskäliga, men ansåg att jämkning av detta avtal ändå borde ske, bland annat med hänvisning till att *"…skillnaden mellan*

[1542] Bestämmelsen kommenteras av Dotevall i a a, s 454 och av Tallon, Denis i Hardship i Towards a European Civil Code, 2 uppl, Haag 1998, s 327 ff.
[1543] Prop 1975/76:81, s 138 f.
[1544] Jfr delavsnitt 6.2.2.5, där denna frågeställning nämns.

avgiftsfrihet och skyldighet att betala taxeenlig avloppsavgift med tiden blivit allt större…" och att *"[d]et säger sig självt att ju längre tid som förflyter desto större betydelse som stöd för jämkning kan omständigheter som de två berörda få…"* (den andra omständigheten var den efter avtalet införda va-lagstiftningen). Här verkar det således inte ha varit den bristande ekvivalensen i sig som utgjorde huvudargument för jämkning, utan det faktum att relationen mellan parternas prestationer *med tiden* blivit allt mer obalanserad. Ekvivalensrubbningen (skillnaden mellan erlagd avgift, 0 kr, och taxeenlig avgift) vid tidpunkten för rättegången hade varit lika stor, oavsett om avtalet hade ingåtts 1954 eller 1990, men det ligger nära till hands att tolka HD:s argumentation så att någon jämkning inte hade kommit i fråga om avtalet hade träffats 1990, allt annat lika, utan att det var den under lång tid fortgående ekvivalensförsämringen som avgjorde saken.

Lokutionen ”allt annat lika” är betydelsefull. Anledningen till det har anknytning till det jag ovan säger om att tidsfaktorn ”i vart fall ytligt sett” synes ha avgjort fallet. Det man kan fråga sig är nämligen om det verkligen var det faktum att ekvivalensförskjutningen pågått under *lång tid* som var avgörande. Det verkar rimligare att tänka sig att det var ekvivalensförskjutningens storlek i proportion till den ursprungliga ekvivalensbristen som fällde avgörandet. Låt oss säga att den kommunala va-avgiften år 1954 skulle ha varit 1 för fastighetsägaren i målet, om han inte hade blivit avgiftsbefriad enligt det omtvistade avtalet. Låt oss sedan säga att avgiften hade stigit till 9 år 1990 och till 10 år 1994, när HD avkunnade dom. Det hade inneburit att ekvivalensförskjutningen – värdet av fastighetsägarens förmån – hade ökat med 1000 procent mellan 1954 och 1994, men bara med drygt 10 procent mellan 1990 och 1994. Det är emellertid, i vart fall teoretiskt, möjligt att en kraftig ökning av en sådan här ekvivalensförskjutning kan äga rum under avsevärt kortare tid än 40 år. Om avtalet hade ingåtts 1990, när taxan var 9, kan man tänka sig att en naturkatastrof år 1992 förstör stora delar av avloppsnätet, vilket gör att kommunen tvingas till stora investeringar under kort tid och även till mycket kraftiga taxehöjningar, låt oss säga till 18.[1545] Då är förmånen av avgiftsbefrielse plötsligt dubbelt så mycket värd – en ökning med 100 procent – som den var vid avtalets ingående. Det är svårt att se varför det faktum att denna ekvivalensförskjutning ägt rum under kort tid skulle utesluta jämkning av avtalet.

Vad man däremot kan säga är att det är svårare att förutse utvecklingen långt fram i tiden, varför det är lättare att göra sannolikt att en viss händelseutveckling varken omfattades av den ena partens vilja eller medkontrahentens tillit vid avtalsslutet, om saken gäller utvecklingen inom ramen för ett avtal som ingicks för mycket länge sedan. Sker en stor förändring kort tid efter avtalets ingående, ligger det närmare till hands att hävda att parterna hade förutsett eller borde ha förutsett den och därmed beaktade eller borde ha beaktat den vid avtalets

[1545] Hyperinflationen i Tyskland under 1920-talet är ett exempel på en händelse som på kort tid dramatiskt förändrade förutsättningarna för avtal, i vilka priset angivits i riksmark. Den ekvivalensproblematiken gav upphov till antal rättsfall. Se t ex Runesson, a a, s 391 f.

ingående. Tidsfaktorn får i ett sådant fall närmast karaktären av presumtionsgrundande bevisfaktum. Har lång tid förflutit sedan avtalets ingående, kan man presumera att parterna inte kunde förutse och förhålla sig till vad som skulle ske, medan motsatt presumtion gäller om avtalet ingicks nyligen.[1546] Presumtionen kan rimligen brytas i båda fallen, genom att man på annat sätt bevisar i det förstnämnda fallet att parterna faktiskt gjorde en rimligt korrekt prognos om framtiden och reglerade relevanta frågor på ett ändamålsenligt sätt i avtalet[1547], och i sistnämnda fall att de inte förutsåg vad som skulle ske. (Se nästa delavsnitt angående parternas möjligheter att bedöma händelseutvecklingen.)

Härtill kommer självfallet det som HD påpekar, nämligen att om en ekvivalensförskjutning äger rum successivt under lång tid, så blir skälen för att jämka avtalet med tiden allt större (men inte på grund av tidens gång i sig, utan eftersom ekvivalensförskjutningen blir allt mer påtaglig). Om det skulle råda långvarig deflation, som leder till att va-taxan sjunker under en följd av år, skulle man kunna hävda att skälen för att jämka avtalet med tiden blir allt mindre.

Mot bakgrund av detta resonemang skulle längden av tiden mellan avtalets ingående och det eventuellt jämkningsgrundande förhållandets inträffande inte vara avgörande för om jämkning bör ske eller inte.[1548] Snarare bör beaktas ekvivalensbristens storlek i förhållande till utgångsläget, för att det skall vara möjligt att bedöma om en tillräckligt stor förändring skett för att jämkning skall kunna tillgripas. Det blir i sådana fall fråga om jämkning med stöd av både senare inträffade förhållanden och avtalets innehåll. Avtalets innehåll, som i utgångsläget innebar balans mellan parternas prestationer (om det nu gjorde det), har, till följd av senare inträffade förhållanden, kommit att innebära att den ena partens prestation är avsevärt mer värd än medkontrahentens.

6.3.5.2.5 Parternas förmåga att bedöma framtiden (vad-frågan och vem-frågan)

Även om man skall utgå ifrån en subjektiv värdering av naturaprestationen, när man bedömer om ett avtal blivit obalanserat till följd av senare inträffade förhållanden, blir frågan om parternas möjligheter att bedöma den framtida händelseutvecklingen av betydelse (jfr delavsnitt 6.3.5.2.4). En konstaterad ekvivalensrubbning i sig utgör – med stöd av ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd – ett viktigt argument för jämkning av avtalet med stöd av 36 § avtalslagen. Emellertid finns, som tidigare anförts, också viktiga motargument, stödda på tillitsprincipen, vigilansprincipen och omsorgsdygden.

[1546] Jfr Statens va-nämnds – underinstans i NJA 1994 s 354 – domskäl i sagda rättsfall.
[1547] I NJA 1983 s 385 förutsåg parterna helt korrekt att inflation skulle komma att förekomma, när de 1950 ingick ett arrendeavtal, men deras sätt att hantera penningvärdesförsämringen var inte ändamålsenlig, varför avtalet jämkades.
[1548] Jfr dock Hellner, Jan, Jämkning av långvarigt avtal m m, JT 1994-95, nr 1, s 140. Artikeln finns på s 137-141

Argumenten gäller medkontrahentens befogade tillit till att avtalet skall bestå i oförändrat skick samt parts eget ansvar för att tillvarata sina intressen med omsorg och vid avtalets ingående söka skydda sig mot negativa framtida händelser genom att risken för sådana fördelas mellan parterna i avtalet.[1549]

Som konstaterades i diskussionen i föregående delavsnitt försvagas styrkan i tillits-, pålitlighets-, vigilans- och omsorgsargumenten, om den för någon part negativa händelseutvecklingen inte kunde eller borde ha kunnat förutses.[1550] Parts tillit kan knappast omfatta sådant som inte bort kunna förutses, samtidigt som det är svårt att visa vaksamhet och omsorg beträffande sådana risker som är oväntade. Därför blir det intressant att diskutera under vilka förutsättningar en händelse bör anses ha varit oförutsebar eller om det finns händelser som typiskt sett bör anses vara förutsebara eller oförutsebara (vad-frågan). Det blir också relevant att beakta om parter som har eller saknar vissa egenskaper typiskt sett har lättare eller svårare att förutse olika händelser (vem-frågan).

För att börja med det sistnämnda spörsmålet, kan man allmänt (och föga revolutionerande) säga att parter som till följd av bristande kompetens, hög ålder, sjukdom etc befinner sig i en svag position bör anses ha svårare att göra säkra förutsägelser om framtiden, medan parter som har hög kompetens, tillgång till kvalificerad rådgivning, erfarenhet av den aktuella situationen etc och saknar ”försvagande egenskaper” bör anses ha lättare att göra korrekta prognoser.[1551] Således bör, som tidigare nämnts, särskilt höga krav ställas på kommersiella parter med hög kompetens och stor erfarenhet av avtal av den aktuella typen.[1552]

När det gäller bedömningen av om en händelse kan förutses eller inte, nämner Dotevall att avtalstiden har betydelse – rimligen på det sättet att det är svårare att förutse händelser som ligger långt fram i tiden än händelser i den nära framtiden (jfr mitt resonemang ovan samt ”när-frågan”: när inträffade händelsen?) – samt att sannolikheten för att händelsen skulle inträffa bör beaktas; i sistnämnda

---

[1549] Föreligger en avtalad riskfördelning, finns det typiskt sett inte anledning att jämka avtalet till följd av att risken i fråga förverkligas; se prop 1975/76:81, s 127 samt Dotevall, a a, s 451 f.

[1550] Jfr Dotevall, a a, s 452: *”Det måste ha funnits reella möjligheter att få kännedom om den aktuella omständigheten och att den kunde komma att påverka avtalet”*. Jfr också PECL art 6:111 2:b, där det, som en förutsättning för jämkning, anförs att *”the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract…”*.

[1551] Lynge Andersen/Nørgaard (a a, s 212 ff) anför ett danskt rättsfall (U 1989.892 SH) där båda parter visste att avtalet var riskfyllt, men där den ena parten, som var mer kunniga i affärer än medkontrahenten, inte hade klargjort närmare *”…**hvor** chancebetonet projekterne var”* (s 214; ursprunglig kursivering markerad med fetstil). Se ang betydelsen av parternas egenskaper vidare delavsnitt 6.2.2.2.

[1552] Jfr Krüger, a a, s 437: *”Det er et spørsmål om man ikke i mange av disse sakene må anse endringsrisikoen som en integrert del i det kontraherte forhanlingsresultat”*.

sammanhang påpekar han att vissa avtalsstörningar typiskt sett finns anledning att ta med i beräkningen.[1553]

När det gäller avtalstidens längd delar jag förvisso uppfattningen att det är svårt att se långt in i framtiden, men å andra sidan kan man inte bortse ifrån att parterna tar en risk, som måste anses vara medveten, om de låter sitt avtal bli gällande för mycket lång tid (jfr min diskussion i delavsnitt 6.3.5.2.4). Att någon idag skulle ingå ett avtal av nästan vilket slag som helst, utan att inse att det på längre sikt föreligger en betydande risk för allehanda negativa händelser, måste nästan ses som uteslutet. Att ändå ingå ett mycket långvarigt avtal – arrendeavtalet i NJA 1983 s 385 löpte på 49 år – får nästan anses vara oaktsamt, om det inte finns starka skäl för att låta avtalstiden vara lång. Jämkning av på senare tid ingångna långtidsavtal blir förmodligen inte en fråga för domstolarna än på några år, men skulle det aktualiseras, menar jag att vigilansprincipen och omsorgsdygden talar mot jämkning just med hänvisning till att det ofta bör anses vara oförsiktigt att ingå långfristiga avtal. Å andra sidan kan det hävdas att båda parter har ansvar för att avtalet ingåtts på mycket lång tid. Den part som gynnas, eller i vart fall inte drabbas, av händelseutvecklingen kan därför – med hänvisning till lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden – anses böra bära sin del av de tillkommande bördorna. För avvägningen mellan dessa motstående argument kan det till exempel bli aktuellt att beakta om någon av parterna, och i så fall vilken, verkade hårdare än medkontrahenten för lång bindningstid – i så fall bör den parten bära ett större ansvar för senare inträffade förhållanden än medkontrahenten – samt att beakta om avtalet bygger på kontinuerligt samarbete mellan parterna eller om det är ett avtal ”på armlängds avstånd”; i det sistnämnda fallet kan kravet på lojalitet inte ställas lika högt som i det förstnämnda.[1554]

Vad beträffar inflation, som stod i centrum för diskussionen i NJA 1979 s 731 och NJA 1983 s 385, är det svårt att tänka sig att någon avtalspart idag skulle vara omedveten om risken för sådan. I Skjelsvikdomen (se ovan), som gällde ett avtal från 1955, anförde Høyesterett att inflation redan vid avtalets ingående inte var ett helt okänt fenomen, men att det ändå fanns skäl att jämka avtalet, som saknade indexklausul. Även om det mot bakgrund av detta knappast finns anledning att jämka ett idag ingånget avtal med hänvisning till att det saknar indexklausul[1555], kan man dock, menar jag, inte förvänta sig att parterna skall räkna med risken för hyperinflation, om det inte vid avtalets ingående finns tydliga tecken på en förestående valutakris.[1556] Sådan risk finns knappast i västvärlden, men torde inte kunna uteslutas vid avtal med parter i andra delar av världen i deras lokala valuta. Den argentinska valutakrisen för ett par år sedan är

---

[1553] Dotevall, a a, s 452 f. Med hänvisning till en skiljedom anför han att om avtalet rör utnyttjandet av nyutvecklad teknisk utrustning, så är risken ofta större för driftsstörningar än om utrustningen är väl beprövad.

[1554] Jfr Runesson ang situationer, när någon part bör *”…uppträda altruistiskt **ex post**…”* (a a, s 412 ff). Jfr även Dotevall, a a, s 455.

[1555] Flume delar denna uppfattning, se a a, s 519.

[1556] Jfr Dotevall, a a, s 453: *”Det måste åtminstone ha varit så hög sannolikhet att det varit förnuftigt att kalkylera med den* (händelsen; min kommentar) *då avtalet ingicks”*.

ett sentida exempel. Vid inträffad hyperinflation finns det därför ofta goda skäl att jämka penninggäldenärens prestation.[1557]

När det gäller ökade prestationskostnader i allmänhet, är det svårt att generellt säga någonting om möjligheterna att bedöma dem, eftersom de kan förorsakas av många olika förhållanden. Ett engelskt rättsfall från 1962 gällde ett avtal avseende köp av gods till ett pris, som även inkluderade transport till Hamburg. Till följd av stängningen av Suezkanalen i samband med Suezkrisen ville säljaren befrias från prestationsskyldighet med hänvisning till att båda parter utgått ifrån att godstransporten skulle ske via Suezkanalen. Domstolen fann emellertid att prestationen skulle fullgöras, eftersom säljaren kunde transportera godset söder om Afrika istället, även om det skulle bli mycket dyrare.[1558] *"The increased expense, it seems, is an ordinary incident of commercial bargaining which the seller was expected to bear"*.[1559] Säljarens prestation blev avsevärt dyrare än beräknat, men den balansförskjutningen gav inte säljaren rätt att frånträda avtalet med hänvisning till den engelska läran om frustration[1560], eftersom domstolen tydligen inte ansåg att den avgörande händelsen var oförutsebar. För att skydda säljaren skulle avtalet till exempel ha angivit att priset på produkterna endast gällde förutsatt att transporten kunde ske via Suezkanalen.[1561] Enligt min uppfattning går den engelska rättstillämpningen här väl långt i sitt skydd av medkontrahentens tillit och i sitt krav på att säljaren skall tillvarata sina egna intressen. Suezkrisen var knappast en *"…ordinary incident…"*, utan en i hög grad oförutsebar händelse, som borde ha motiverat jämkning av avtalet med stöd av 36 § avtalslagen, om fallet skulle prövas enligt svensk rätt idag.

Engelsk rätt är allmänt sett mycket obenägen att medge befrielse från prestationer med hänvisning till senare inträffade ekvivalensrubbningar. Varken allvarlig inflation eller *"a wholly abnormal rise or fall in prices"* på annan grund än inflation anses medföra att läran om frustration blir tillämplig.[1562]

[1557] Jfr tyska Reichsgerichts dom i RGZ 107, 78 (1923), där domstolen, mot bakgrund av hyperinflationen i Tyskland 1923, slog fast att en penninggäldenär var pliktig att betala inte bara samma belopp som han lånat, utan också samma värde. Fallet kommenteras av Runesson i a a, s 391 f. Se även Flume, a a, s 518 ff, där han talar om *"…die Änderung der Sozialexistenz die Mark…"*, varmed väl får förstås att marken 1923 var en helt annan samhällsföreteelse än den var 1912, i och med att värdet sjunkit till i praktiken ingenting. Jfr också Tallon, a a, s 332, där han gör en koppling mellan jämkning till följd av ändrade förhållanden och good faith-begreppet: "*The performing party who pays with devalued money is not acting in good faith…*". Detta är i grunden ett lojalitetsresonemang: parten tillvaratar inte medkontrahentens legitima förväntningar avseende utbytet (jfr Holm, a a, s 105).

[1558] Cooke/Oughton, a a, s 369 f. Rättsfallet heter Tsakiroglou & Co Ltb v Noblee Thorl GmbH [1962] AC 93.

[1559] Cooke/Oughton, a a, s 370.

[1560] Se delavsnitt 5.5.1.

[1561] Cooke/Ougthon (a a, s 369 f) säger visserligen att avtalet sannolikt inte hade kunnat angripas med hänvisning till frustration, även om det uttryckligen hade stått att *"the expected route was via the Suez Canal"*, men hade man villkorat priset med att kanalen kunde användas för transporten hade ett sådant villkor självfallet varit giltigt.

[1562] Cooke/Oughton, a a, s 370.

Cooke/Oughton menar att sådana händelser hör till *”…the ordinary incidents of commercial bargaining”*.[1563] Det förefaller dock något motsägelsefullt att hävda att något som är ”wholly abnormal” samtidigt är ”ordinary”. I avtal mellan näringsidkare förefaller det i engelsk rätt nästan inte finnas någon ekvivalensförskjutning som är så omfattande att den i sig motiverar en jämkning av avtalet. Utgångspunkten förefaller vara att näringsidkare alltid är fullt ut informerade om allting och har möjlighet att alltid förutse allt som kan hända i framtiden eller i vart fall att göra en rimligt korrekt bedömning av vilka kostnader ett avtal skulle kunna innebära i längre fram i tiden. En rättsordning må självfallet ha den utgångspunkten, men den är uppenbarligen inte i överensstämmelse med verkligheten och kan i vart fall inte läggas till grund för tillämpningen av 36 § avtalslagen.

6.3.5.2.6 Avvägningen i fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet

Den centrala frågan om den eventuella ekvivalensrubbningens storlek i fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet fick, som anfördes ovan, en otillfredsställande belysning i rättsprocessen.

Det ackumulerade värdet av kommunens successivt utförda prestation utreddes inte. Den värderingen hade för övrigt måst gälla prestationens objektiva värde, eftersom den enda tillgängliga måttstocken hade varit vid var tid gällande avloppstaxa (det närmaste marknadspriset det är möjligt att komma när saken gäller en monopolist). (Prestationens subjektiva värde var bolagets avloppsnät m m minus 50 000 kronor.) Inte heller framkom det objektiva värdet av bolagets naturaprestation vid avtalets ingående. (Dess subjektiva värde var 50 000 kronor samt evig avgiftsfrihet för spillvattenavlopp för ett antal fastigheter.) Således är det, enligt min mening, inte möjligt att ha någon uppfattning om huruvida relationen mellan parternas prestationer verkligen hade rubbats eller inte.

Om en relationsförändring hade kunnat påvisas, hade nästa steg varit att ta ställning till om ekvivalensbristen var så stor att den kunde beskrivas som en ”påtaglig obalans”. Därnäst skulle ha prövats, om parterna hade bort förutse den senare inträffade ekvivalensrubbningen. Enligt min uppfattning borde parterna ha insett att ett evighetsavtal riskerar att förr eller senare bli obalanserat till nackdel för den part, som har att prestera kontinuerligt. Det ligger så att säga i sakens natur.

Vi vet ingenting om vilka individer, som företrädde kommunen respektive bolaget, men typiskt sett kan man knappast idag betrakta en kommun som en underlägsen part med hänvisning till brist på kompetens eller ekonomiska resurser. Även om varje kommun inte har kompetens beträffande kommersiella avtal i sin egen organisation, har varje kommun resurser nog att anlita personer med sådan kompetens. (Förvisso har många kommuner svag ekonomi, men finns

[1563] Cooke/Oughton, a a, s 370.

det behov av särskild kompetens, kan kommunen knappast välja att avstå från att skaffa den och sedan hänvisa till att brist på ekonomiska resurser försatt kommunen i en underlägsen ställning. Kommunerna har alltid ytterst beskattningsmakten att luta sig mot.) Det hindrar inte att en kommun ändå skulle kunna betecknas som en underlägsen part i sammanhang, i vilka det krävs till exempel specialiserad teknisk eller juridisk kompetens, som det är svårt att ”köpa in” och som medkontrahenten besitter i sin egen organisation. Det bör vidare inte vara uteslutet att betrakta en kommun med svag ekonomi såsom på den grunden befinnande sig i en underlägsen ställning gentemot exempelvis ett stort företag, som uttryckt intresse för att etablera sig i kommunen. Utgångspunkten för ett sådant påstående är att den ansträngda ekonomin inte leder till att kommunen avstår från att anlita personer med erforderlig kompens, utan till att kommunen allmänt sett har svårare att stå emot varierande påtryckningar från en potentiellt betydande arbetsgivare.

Möjligen var kommunernas situation en annan än den ovan beskrivna på 1950-talet, när den kommunala förvaltningen inte alls var så utvecklad som den är idag. Kanske bör man därför inte presumera fullt så mycket beträffande ekonomisk och kompetensmässig styrka hos den tidens kommuner som man kan göra avseende dagens kommuner. Dock vill jag påstå att även 1950-talets kommunala företrädare borde ha insett att det finns ekonomiska risker förknippade med att ingå evighetsavtal. Det är exempelvis uppenbart att varje ledningsnät någon gång måste rustas upp eller bytas ut och att det medför kostnader. Kommunen i det här fallet anförde även att ny lagstiftning, som ökade kraven på kommunen beträffande tillhandahållande av va-system, hade tillkommit efter avtalets ingående. Som Runesson framhåller tillkom dock den första versionen av denna lagstiftning endast kort tid efter avtalets ingående och den var därmed knappast omöjlig att förutse.[1564]

Sammanfattningsvis menar jag att ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd inte kan anföras till stöd för jämkning, eftersom det inte blivit klarlagt hur relationen mellan parternas prestationer ser ut. Mot jämkning kan, med stöd av tillitsprincipen, pålitlighetsdygden, vigilansprincipen och omsorgsdygden, anföras att fastighetsägarnas befogade tillit till att kommunen infriar sina åtaganden är skyddsvärd samt att kommunen vid avtalets ingående borde ha insett riskerna med att ingå evighetsavtal och brast i omsorg om sina egna intressen genom att inte se till att någon form av spärrar för sin prestationsskyldighet infördes i avtalet. Med stöd av denna argumentation borde avtalet inte ha jämkats.[1565]

[1564] Runesson, a a, s 408.

[1565] Runesson kommer till samma slutsats med stöd av rättsekonomiska argument, se a a, s 407 ff. I och med att fastighetsägaren hade medgett viss jämkning, kunde HD inte välja att inte jämka avtalet alls. Noterbart är dock att HD inte jämkade avtalet utöver vad fastighetsägaren gått med på. I Miljööverdomstolens dom den 21 mars 2003 i mål nr M 3031-01 jämkades ett avloppsavtal enligt 36 § AvtL med stöd av bl a NJA 1994 s 359.

6.3.5.3 Sammanfattning

Fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet syftade främst till att utgöra ramen för en diskussion om betydelsen av senare inträffade förhållanden för tillämpningen av 36 § avtalslagen. I synnerhet behandlades störningar av balansen mellan parternas prestationer.

Inledningsvis diskuterades i korthet gränsdragningen mellan förutsättningslärans och 36 § avtalslagens tillämpningsområden beträffande fall, när någon part vid avtalets ingående hyst en förutsättning, som visat sig brista till följd av senare inträffade förhållanden. Enligt min uppfattning, som utvecklades i delavsnitt 6.3.2.2.2 angående fallet med den oinformerade tobakshandlaren, kan 36 § avtalslagen även tillämpas på fall, där det endast är den felaktiga (oriktiga eller bristande) förutsättningen som gör det motiverat att angripa avtalet. I sådana fall ligger det förmodligen närmast till hands att säga att det avtalsvillkor är oskäligt, som innehåller definitionen av ”förutsättningskontrahentens” huvudprestation. I fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet var det dock inte primärt en bristande förutsättning som motiverade att jämkning kunde komma i fråga, varför någon gränsdragningsproblematik i förhållande till förutsättningsläran inte aktualiserades beträffande just det fallet.

Vid en bedömning av om balansen mellan parternas prestationer har rubbats, och ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd därmed kan anföras till stöd för jämkning av avtalet, måste prestationernas värderas. I den diskussionen erinrades om den i delavsnitt 6.3.3.3.2 gjorda anknytningen till 45 § köplagen och dess angivande av hur priset för en vara skall bestämmas, om det inte framgår av köpeavtalet. Den tidigare diskussionen gällde dock eventuell ekvivalensbrist redan vid avtalets ingående, medan fallet med det avgiftsbefriade spillvattenavloppet gällde en ekvivalensbrist som föranletts av senare inträffade förhållanden, vilket gör att bedömningen blir något annorlunda. Vid prövningen av en sådan ”balansfråga med tidsperspektiv” kan det, beroende på vad avtalet gäller, vara motiverat att ta hänsyn till den ackumulerade effekten av en ursprunglig eller senare inträffad balansförskjutning. Om någon eller båda parters prestationer skall ske successivt under en längre tidsperiod, bör, vid en bedömning av om parternas prestationer vid en viss tidpunkt efter avtalets ingående är balanserade eller inte, göras en sammanlagd värdering av allt respektive part presterat under avtalstiden och jämföra dessa summor. Även penningvärdesförändringar måste tas med i beräkningen, för att jämförelsen skall bli rättvisande.

En annan väsentlig fråga med anknytning till ekvivalensproblematiken är om det är parternas (subjektiva) värdering av den naturaprestation avtalet gäller, som skall användas som utgångspunkt, när man skall pröva om ett avtal skall jämkas beträffande vilket det påstås att relationen mellan parternas prestationer blivit otillfredsställande, eller om en på objektiva grunder fastställd värdering av naturaprestationen skall utgöra utgångspunkten. Mot bakgrund av vissa

uttalanden i doktrinen om subjektiv och objektiv obalans betonades att det, i klarhetens intresse, är viktigt att tydliggöra att det är värderingen av naturaprestationen som kan vara antingen subjektiv eller objektiv. Värderingen av penningprestationen är alltid objektiv. Med en prestations objektiva värde menas här dess marknadsvärde satt i ett tillstånd av fri konkurrens. Vidare talas i doktrinen om att en jämkning med hänvisning till en ekvivalensrubbning syftar till att återställa den ursprungliga relationen mellan parternas prestationer. Med anledning av det framhölls att det är viktigt att klargöra om fastställandet av den ursprungliga relationen bygger på en subjektiv eller objektiv värdering av naturaprestationen.

Är det den subjektiva värderingen av naturaprestationen som är avgörande, kan penningvärdesförsämring medföra att relationen rubbas. En intressant fråga är om ökade respektive minskade prestationskostnader för den part, som skall tillhandahålla naturaprestationen, bör anses påverka relationen mellan prestationerna, om naturaprestationen värderas subjektivt. Svaret bör vara ja. Ur naturaborgenärens synvinkel tycks förändrade prestationskostnader för naturagäldenären inte vara omedelbart relevanta. Ur naturagäldenärens synvinkel, å andra sidan, förefaller prestationskostnaderna ha relevans. Skulle kostnadsbilden förändras, förändras också värdet för naturagäldenären av att fortsätta prestera enligt avtalet.

Gäller det istället att utgå ifrån ett på objektiva grunder fastställt värde av naturaprestationen, är det marknadsvärdet som blir ”måttstocken” som avgör i vilken utsträckning jämkning av prestationerna skall ske. Om det ursprungligen överenskomna priset motsvarade marknadspriset, skall jämkning ske så att den relationen återställs, oavsett exempelvis om inflationen varit högre eller lägre än marknadsprisökningen på just det aktuella avtalsföremålet. Var det ursprungliga priset högre eller lägre än marknadspriset, kan man diskutera om jämkningen ändå skall ske till marknadsprisnivå eller om man skall jämka så att relationen mellan avtalat pris och marknadspris upprätthålls. (I sistnämnda fall blir det en slags ”subjektiv värdering med en objektiv måttstock”.)

Doktrinen, med stöd av i första hand NJA 1979 s 731, har uttalat sig för att en subjektiv värdering av naturaprestationen bör avgöra om en relationsstörning mellan parternas prestationer har uppkommit eller inte samt att rättsordningen, om den ingriper mot en sådan relationsstörning, bör sträva efter att återställa den utifrån subjektiv värdering av naturaprestationen ursprungligen rådande relationen mellan parternas prestationer. Däremot är det tveksamt om NJA 1983 s 385, som berör en liknande fråga som NJA 1979 s 731, kan anses stödja denna ståndpunkt.

Därefter ställdes frågan om det finns skäl att ifrågasätta praxis på den aktuella punkten. Bör man de sententia ferenda sträva mot att en objektiv värdering (marknadsvärdering) av naturaprestationen görs avgörande? I doktrinen har anförts svårigheter att göra en objektiv värdering som ett argument mot att

tillmäta en sådan värdering avgörande betydelse. I avhandlingen framförs att respekten för parternas vilja och deras rätt att fritt utforma sina avtal efter eget gottfinnande är det viktigaste argumentet för att låta den subjektiva värderingen vara utgångspunkt för bedömningen (jfr viljeprincipen). Även tillitsprincipen, pålitlighetens dygd, vigilansprincipen och omsorgsdygden anfördes till stöd för denna hållning. Tyngden av de sistnämnda principerna och dygderna som argument för subjektiv värdering måste dock anses minska, om diskussionen gäller förändringar i marknadsvärdet som inte var någorlunda förutsebara vid avtalets ingående.

Dock blev slutsatsen att den subjektiva värderingen trots allt bör väljas som utgångspunkt för ekvivalensbedömningen. När det gäller en del typer av avtal, t ex opitionsavtal, är det uppenbart att deras syfte just är att låta en part bära risken för fluktuationer i marknadsvärdet på ett visst avtalsföremål. När det gäller långvariga avtal, kan det ifrågasättas om det alls kan förekomma oväntade förändringar i marknadspriset. ”Om det är något vi med säkerhet kan säga om framtiden, så är det att vi inget kan säga med säkerhet om framtiden.” Det som slutgiltigt gör att den subjektiva värderingen är att föredra är dels att det av förutsebarhetsskäl inte förefaller lämpligt att medge jämkning av avtal med hänvisning till såväl en subjektiv som en objektiv värdering av naturaprestationen – vilket teoretiskt vore möjligt – dels att ”subjektiv obalans” ur den kommutativa rättvisans perspektiv typiskt sett drabbar den utsatta parten värre än ”objektiv obalans” gör, och att det därför är viktigare att skydda parter som drabbas av det förstnämnda.

Därefter diskuterades hur mycket relationen mellan parternas prestationer måste ha rubbats, för att jämkning med stöd av 36 § avtalslagen skall kunna ifrågakomma? I doktrinen har anförts att det måste vara fråga om en avsevärd balansstörning och uttryck som *”kraftig obalans”* och *”extraordinärt betungande”* används. Det viktigaste argumentet för att kräva en kraftig obalans innan jämkning kan aktualiseras är att medkontrahentens befogade tillit till att avtalet kommer att fullgöras enligt sin lydelse är skyddsvärd (jfr tillitsprincipen och pålitlighetens dygd). Till stöd för att ställa kravet på obalans något mindre högt kan ekvivalensprincipen och rättrådighetens dygd anföras, liksom lojalitetsdygden och lojalitetsprincipen. Mot bakgrund av att det finns viktiga argument även för en något generösare syn på jämkningsmöjligheterna, menar jag i princip att balanspunkten i avvägningen inte bör ligga fullt så nära tillitsargumentet och föreslår uttryckssättet ”påtaglig obalans”. Det skall ha uppkommit en obalans mellan prestationerna och den skall påtagligt påverka parts avtalsutfall, men det bör räcka att den gör att vinsten blir påtagligt mindre och det bör inte krävas att den medför en kännbar förlust. Enligt min uppfattning ligger också en sådan viktning av argumenten bättre i linje med förarbetena till 36 § avtalslagen än en viktning som starkare betonar tillitsargumentet. I propositionen tar föredraganden avstånd från förslag om att jämkning enligt generalklausulen skall kräva ”uppenbar oskälighet”. Min tolkning av det

begreppet är att det ligger nära ”extraordinärt betungande” och att det sistnämnda rekvisitet därför ställer kraven för att jämkning skall kunna aktualiseras för högt.

Enligt PECL art 6:111 finns möjlighet att jämka avtal med hänvisning till senare inträffade förhållanden först om avtalet blivit ”excessively onerous”. Jag anser att detta inte bör utesluta att svensk rätt intar en något generösare hållning till jämkning, men gäller det transaktioner med utländska parter inblandade, i synnerhet om det är fråga om affärsmässiga relationer där skyddet för den befogade tilliten typiskt sett ges större vikt än i andra förhållanden, förefaller dock strävan efter ökad rättslikhet inom EU tala för att PECL:s lösning bör väljas.

När det väl konstaterats att avtalet bör jämkas, bör jämkningen ske på så sätt att den ursprungliga relationen mellan parternas prestationer – naturaprestationen subjektivt värderad – återställs. Det finns inte skäl att göra jämkningen mindre omfattande.

Vidare behandlades vilken betydelse längden av tiden mellan avtalets ingående och det eventuellt jämkningsgrundande förhållandets inträffande har. Den befanns inte vara avgörande för om jämkning bör ske eller inte. Snarare bör beaktas ekvivalensbristens storlek i förhållande till utgångsläget, för att det skall vara möjligt att bedöma om en tillräckligt stor förändring skett för att jämkning skall kunna tillgripas.

Ett viktigt argument mot att jämkning i ett visst fall alls skall ske med hänvisning till senare inträffade förhållanden är att den missgynnade parten borde ha kunnat förutse det inträffade och skydda sig mot det vid avtalets ingående. Dock försvagas styrkan i tillits-, pålitlighets-, vigilans- och omsorgsargumenten, om den för någon part negativa händelseutvecklingen inte kunde eller borde ha kunnat förutses. Därför blir det intressant att diskutera under vilka förutsättningar en händelse bör anses ha varit oförutsebar eller om det finns händelser som typiskt sett bör anses vara förutsebara eller oförutsebara (vad-frågan). Det blir också relevant att beakta om parter som har eller saknar vissa egenskaper typiskt sett har lättare eller svårare att förutse olika händelser (vem-frågan).

Parter som till följd av bristande kompetens, hög ålder, sjukdom etc befinner sig i en svag position bör anses ha svårare att göra säkra förutsägelser om framtiden, medan parter som har hög kompetens, tillgång till kvalificerad rådgivning, erfarenhet av den aktuella situationen etc och saknar ”försvagande egenskaper” bör anses ha lättare att göra korrekta prognoser. Således bör särskilt höga krav ställas på kommersiella parter med hög kompetens och stor erfarenhet av avtal av den aktuella typen.

När det gäller bedömningen av om en händelse kan förutses eller inte, har avtalstiden betydelse, liksom sannolikheten för att händelsen skulle inträffa. Vissa avtalsstörningar finns typiskt sett anledning att ta med i beräkningen.

Beträffande avtalstidens längd, är det förvisso svårt att se långt in i framtiden, men å andra sidan kan man inte bortse ifrån att parterna tar en risk, som måste anses vara medveten, om de låter sitt avtal bli gällande för mycket lång tid. Dock har båda parter ansvar för att avtalet ingåtts på mycket lång tid. Den part som gynnas, eller i vart fall inte drabbas, av händelseutvecklingen kan därför – med hänvisning till lojalitetsprincipen och lojalitetsdygden – anses böra bära sin del av de tillkommande bördorna.

Vad beträffar inflation, som stod i centrum för diskussionen i NJA 1979 s 731 och NJA 1983 s 385, är det svårt att tänka sig att någon avtalspart idag skulle vara omedveten om risken för sådan. Däremot kan det sannolikt inte krävas att parterna skall kunna förutse inträffad hyperinflation, om det inte, vid avtalets ingående, fanns tydliga tecken på en förestående valutakris.

KAPITEL 7

SLUTORD

I den här avhandlingen har diskuterats hur man kan gå till väga vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen. Den metod som utarbetas kan sägas innebära att man som komplement till ”de traditionella rättskällorna” – i första hand förarbeten och rättspraxis – låter avtalsrelationens dygder och avtalsrättsliga principer fungera som normer, när rekvisitets innebörd bestäms, såväl mer generellt som i det enskilda fallet.

I kapitel tre diskuterades[1566] de rättsteoretiska förutsättningarna för en sådan arbetsmetod, varvid konstaterades att den sannolikt inte är förenlig med ett renodlat rättspositivistiskt betraktelsesätt, i synnerhet inte med rättspositivismens krav på värderingsfrihet. Därför anfördes argument till stöd för ett arbetssätt som inte begränsas av de ramar, som rättspositivismen ställer upp.

I kapitel tre anfördes även att man, med stöd av förarbetena, kan hävda att 36 § avtalslagen syftar till att ”den goda avtalsrelationen” skall förverkligas. Vidare identifierades ett antal dygder, som kan anses vara av betydelse för att ”den goda avtalsrelationen” skall bli verklighet. Samtidigt konstaterades att ett problem, med att använda ett begrepp som dygder inom den avtalsrättsliga diskussionen, är att det finns en risk att det upplevs som främmande av många jurister. Principer är inom juridiken ett avsevärt mer etablerat begrepp än dygder är, varför relationen mellan principer och dygder diskuterades. Därvid anfördes att dygder och principer är två parallella företeelser, vilka kan bygga på samma grundläggande värden och i sådana fall kan uppfattas som två olika sätt att återge samma sak.

I kapitel fyra undersöktes relationen mellan avtalsrelationens dygder och principer närmare och det befanns föreligga goda skäl att hävda, att de dygder och principer som sammankopplades, stöds av liknande argument och att dygdernas och principernas respektive värdegrunder därför i betydande omfattning är gemensamma. Vidare anfördes att det finns skäl att anse att principerna och dygderna kan och bör användas för att normera den goda avtalsrelationen. I kapitel fem påvisades att visst stöd, för att använda dessa dygder och principer som ”hjälpnormer” vid bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, även kan hämtas i förarbeten och rättspraxis. I kapitel sex demonstrerades bland annat hur man skulle kunna argumentera i enskilda fall under användande av dygder och principer som ”hjälpnormer”. Samtidigt användes de enskilda fallen som utgångspunkter för diskussioner om olika frågeställningar med anknytning till bestämmandet av

[1566] Dessa slutord är inte avsedda att utgöra en fullödig sammanfattning av avhandlingen. Här behandlas istället ett par specifika frågeställningar och denna korta översikt över innehållet i avhandlingens centrala kapital syftar till att introducera behandlingen av dessa frågor.

innebörden av oskälighetsrekvisitet. Resultaten av diskussionerna i kapitel sex skall inte sammanfattas här, utan för en översikt av sagda resultat hänvisas till sammanfattningarna i anslutning till vart och ett av fallen.

Däremot skall här något behandlas frågan om de i föreliggande avhandling gjorda ställningstagandena i värdefrågor har något ”bäst före-datum”. Den i avhandlingen utarbetade metoden bygger på utgångspunkten att rättsvetenskapsmannen eller rättstillämparen gör värderande ställningstaganden, dels när han kommer fram till att dygder och principer kan användas som ”hjälpnormer” vid bestämmandet av oskälighetsrekvisitets innebörd, dels när han väljer vilka av dygderna och principerna han anser bör användas, dels ock när han avväger dygderna och principerna mot varandra i ett enskilt fall och tar ställning till om ett visst avtalsvillkor bör anses vara oskäligt eller inte. Ovan har pläderats dels för användandet av dygder och principer som ”hjälpnormer”, dels för att just rättrådighet, ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet samt därmed korresponderande principer skall väljas som ”hjälpnormer”, dels ock för specifika avvägningar mellan dygderna och principerna i enskilda fall eller i diskussioner om mer allmänna frågor med anknytning till bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet. Lagrådet anför emellertid i sitt yttrande över generalklausulpropositionen, som tidigare nämnts, *”…att förhållanden och värderingar ständigt utvecklas och förändras”* [1567]. Innebär det att de värderande ställningstaganden, som görs i denna avhandling, kommer att bli inaktuella, i takt med att värderingarna i samhället förändras?

En därmed besläktad fråga är hur man skall betrakta de värderande ställningstaganden angående innebörden av oskälighetsrekvisitet, vilka görs i förarbetena till 36 § avtalslagen. Paragrafens förarbeten har, som ovan anfördes[1568], hittills tillmätts betydande auktoritet som rättskälla vid bestämmandet av oskälighetsrekvisitets innebörd och har åberopats vid ett antal tillfällen även i denna avhandling. Efter sitt påpekande att värderingarna i samhället förändras, anför emellertid lagrådet att uttalandena i förarbetena om paragrafens tillämpning *”…därför sannolikt [kommer] att efter hand förlora en del av sin betydelse”*.[1569] Nu har snart tre decennier förflutit sedan 36 § avtalslagen trädde i kraft. Innebär det att förarbetenas betydelse som rättskälla bör tonas ner, med hänvisning till att de värderande ställningstaganden, som återfinns där, delvis inte längre motsvarar värderingarna i samhället?

När det gäller såväl de värderande ställningstagandena i denna avhandling som ståndpunkterna i förarbetena, menar jag att svaren på de ställda frågorna måste bero på vad värdeståndpunkterna gäller. Därvidlag bör skiljas mellan spörsmålet angående vilka dygder, principer och omständigheter som alls bör beaktas, när innebörden av oskälighetsrekvisitet bestäms, och spörsmålet angående hur avvägningen mellan dessa storheter bör genomföras i enskilda fall. (I förarbetena

[1567] Prop 1975/76:81, s 166.
[1568] Avsnitt 2.2.
[1569] Prop 1975/76:81, s 166.

talas visserligen inte uttryckligen om dygder och principer, men där formuleras ett antal normer som gäller bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet och dessa normer kan, som tidigare anfördes[1570], anses vila på olika dygder och principer. Även om man inte accepterar det betraktelsesättet, kvarstår att de normer som formuleras i förarbetena i enskilda fall ofta måste avvägas mot varandra.)

När det gäller vilka dygder, principer och omständigheter som alls bör beaktas, vågar jag påstå att den frågeställningen är mindre ”konjunkturkänslig” än avvägningsfrågan. Det avtalsrättsliga konfliktfältet när det gäller motsättningen mellan avtalsbundenhet och möjlighet att undgå avtalsförpliktelser har, menar jag, samma grundstruktur idag som det hade på den romerska rättens tid. Det handlar och handlade om viljan mot tilliten, tilliten mot ekvivalensen och så vidare. Möjligen kan Wilhelmssons argumentation[1571] ses som uttryck för en strävan att delvis förändra denna grundstruktur, genom att introducera den distributiva rättvisan i sammanhanget i form av en behovsprincip, men det tämligen svala mottagande, som hans resonemang i dessa avseenden fått, kan anses stödja påståendet att synen på avtalsrättens grundläggande konflikter är mycket motståndskraftig mot förändringar.

Gäller diskussionen å andra sidan hur avvägningen mellan dygder och principer skall göras i enskilda fall, vill jag påstå att värderingarna i samhället förändras snabbare. När 36 § avtalslagen infördes, kan man med fog hävda att skepsisen – i Sverige och i många andra länder – mot avtalsfriheten och den fria marknaden var stor, och att uppfattningen att den enskilde hade stort behov av skydd gentemot starkare avtalsparter hade brett stöd. Atiyah anför: *”When I was writing my book on Freedom of Contract in the late 1970s I sensed that the pendulum had swung to its furthest point away from the ideology of Freedom of Contract”*.[1572] Många anser att det skedde en omsvängning i synen på bland annat den fria marknaden under 1980-talet. Atiyah är en av dem: *”As an Englishman, I may be forgiven for placing the beginnings of this new movement of the pendulum with the election of Mrs Thatcher’s Government i May 1979, but the same signs of the swinging pendulum are to be observed almost all over the Western world. Once again, we find a strong ideological current, basing itself on the need for political and economic freedom”*.[1573]

En ideologisk ”tidvattenvåg” av detta slag bör anses vara ett utmärkt exempel på att värderingarna i samhället förändras (även om det kan vara svårt att fastställa exakt vilken innebörd sagda värderingar vid en viss tidpunkt har). För avtalsrättens vidkommande eller, mer specifikt, när det gäller bestämmandet av innebörden av oskälighetsrekvisitet i 36 § avtalslagen, torde en sådan idéströmning kunna påverka avvägningen mellan de i denna avhandling

[1570] Se i första hand kapitel fem.
[1571] Se delavsnitt 4.8.2.
[1572] Atiyah, Freedom of Contract and the New Right, s 602.
[1573] Atiyah, a a, s 602.

behandlade dygderna och principerna i enskilda fall. Detta skulle till exempel kunna bli tydligt vid avvägningen mellan å ena sidan vigilansprincipens och omsorgsdygdens krav att avtalsparterna skall ”se sig för” när de ingår avtal och å andra sidan lojalitetsprincipens och lojalitetsdygdens krav att respektive part även i viss utsträckning skall tillvarata även medkontrahentens intressen samt ekvivalensprincipens och rättrådighetens krav på balans mellan parternas prestationer. Atiyah menar att en del i den ”nya” avtalsideologin är att större krav ställs på parternas förmåga att tillvarata sina egna intressen: *”How are we to answer the proponents of the New Right when they claim that even a consumer is perfectly capable of looking after his own interests, and should be bound by a contractual exklusion provided that he clearly understood and agreed to it?”*.[1574] Om detta är korrekt, innebär det att det ideologiska skiftet bör leda till exempelvis att vigilansprincipen i enskilda fall bör få ökad betydelse på lojalitetsprincipens bekostnad. Utan att dra alltför långtgående slutsatser utifrån enskilda underrättsavgöranden, kan det konstateras att tingsrättens dom i ”fallet med den prisvärda skärgårdstomten” ligger väl i linje med det just sagda. Tingsrätten säger bland annat att ”*det är avtalskontrahenterna som vid avtalets ingående själva får ta tillvara sina intressen så långt de förmår”* [1575] och väljer att inte fästa något större avseende vid att priset för tomten motsvarade tre procent av egendomens marknadsvärde. Huruvida denna dom skall ses som en medveten återspegling av den avtalsidelogi, som Atiyah beskriver, är svårt att bedöma, men den tycks i vart fall harmoniera med sagda ideologi. Domen skulle dock även kunna ses inte som en anpassning till en ny syn på avtal, utan om ett tecken på att svenska domstolar aldrig lät sig påverkas i någon större utsträckning av den avtalssyn som kanhända kulminerade på 1970-talet.[1576]

Av det sagda följer att den diskussion om avvägningar mellan dygder och principer i enskilda fall, vilken förs i denna avhandling, måste värderas i ljuset av den syn på avtal, avtalsfrihet etc som vid var tid är rådande. Förarbetena innehåller måhända inte så många resonemang om detta slags avvägningar, men uttalanden såsom det där föredragande statsrådet efterlyser en *”ny attityd”* [1577] från domstolarnas sida till intervention i avtal – d v s en ökad aktivitet och därmed en nedprioritering av t ex tillitsprincipen till förmån för bl a ekvivalensprincipen – måste värderas med beaktande av förändringar av värderingarna i samhället.

Avslutningsvis bör framhållas att det inte är nödvändigt att se en motsättning mellan å ena sidan en positiv grundsyn på marknadsekonomi, avtalsfrihet och vars och ens möjligheter att i många situationer tillvarata sina egna intressen och

---

[1574] Atiyah, a a, s 609.
[1575] Se delavsnitt 6.3.3.1.
[1576] Jfr prop 1975/76:81, s 101: *”Även om sålunda vissa inskränkningar har gjorts i avtalsfriheten gäller fortfarande som huvudregel på förmögenhetsrättens område att avtalskontrahenterna själva får ta till vara sina intressen så långt de förmår. Härtill kommer att domstolarna har visat sig mycket återhållsamma när det gäller att tillämpa exempelvis 33 § avtalslagen eller 8 § skuldebrevslagen”*.
[1577] Prop 1975/76:81, s 173.

å andra sidan en bestämmelse som 36 § avtalslagen. Ett sätt att förena de båda ”sidorna” skulle förvisso kunna vara att bestämma innebörden av oskälighetsrekvisitet så snävt att det nästan aldrig blir tillämpligt – t ex genom att närmast undantagslöst betona vigilansprincipen och omsorgsdygden på ekvivalensprincipens och rättrådighetens bekostnad – men det vore, menar jag, att bygga sina resonemang på en väl snäv syn på vilket normverk en fungerande marknadsekonomi förutsätter. Marknadsideologen Adam Smith skulle sannolikt ha instämt i detta påstående, att döma av Baderstens analys: *”För Smith var dessa genom historien nedärvda dygder en fundamental förutsättning, både för marknadsekonomi och för samhällsordningen som helhet. /…/ Det står nu klart att den spontana ordning vi finner hos Adam Smith inte är helt spontan… Människans handlingar är inte den naturlige vildens utlevda lustar och inte heller den ahistoriskt rationellt kalkylerande individens, utan beteendet styrs i grunden av en uppsättning gemensamma värderingar och gemensamma förväntningar som är en produkt av ett samhälles kultur och historia”*.[1578]

Det är fullt möjligt att betrakta 36 § avtalslagen och de dygder och principer den vilar på som betydelsefulla inslag i det rättsliga ramverk, vilket är en förutsättning för att det marknadsekonomiska systemet skall fungera. Det är förvisso rätt att visa omsorg om sina egna intressen, men det är också rätt att i viss utsträckning tillvarata medkontrahentens intressen.[1579] 36 § avtalslagen är ett verktyg för att fastställa vilka krav man bör ställa på avtalsparter i dessa och andra hänseenden.

[1578] Badersten, Civitas humana – en essä om dygd, moral och samhällets ordning, s 11.
[1579] Jfr Holm, a a, s 273: *”Lojalitetsprincipen inom avtalsrätten är en princip som skall fungera i en marknadsekonomisk (liberal) miljö. De normativa ställningstagandena, om hur parter förväntas agera gentemot varandra, skall inte tolkas såsom utslag av en överdriven idealism, inspirerad av en världsfrånvänd människosyn. Lojalitetskravet bör därför inte förstås såsom ett utslag av en långtgående altruism, utan mer som en ömsesidig beteendenorm”*.

ZUSAMMENFASSUNG

Unbilligkeit und § 36 des schwedischen Vertragsgesetzes (avtalslagen)

Kapitel 1: Einleitung

Wann Verträge oder Vertragsklauseln für ungültig erklärt werden können wird im dritten Kapitel des schwedischen Vertragsgesetzes (SFS 1915:218) geregelt. Der Paragraf mit dem weitesten Anwendungsgebiet ist § 36, der u.a. die Möglichkeit gibt Vertragsbedingungen anzupassen, als Alternative zur Ungültigkeitserklärung dieser Bedingung oder des ganzen Vertrages. Kernaussage des § 36 Vertragsgesetzes ist, das Vertragsbedingungen angepasst werden können oder unberücksichtigt verbleiben, wenn die Bedingung unbillig ist mit Rücksicht auf den Vertragsinhalt, Umstände bei Vertragsschluss, später eintreffende Verhältnisse und übrige Umstände. Die hier vorliegende Arbeit hat zum Ziel Unbilligkeitsbegriff und § 36 Vertragsgesetz zu behandeln. Themenwahl und Zielsetzung der Arbeit bauen u.a. auf folgenden Ausgangspunkten:

- **Die Bedeutung des Unbilligkeitsmerkmals in § 36 Vertragsgesetz ist teilweise unklar und muss präzisiert werden.** Es gibt in den Gesetzesvorarbeiten und in der Rechtspraxis eine Anzahl von Beispielen für die Anwendung des § 36, weshalb es in bestimmten Situationen ziemlich offensichtlich ist, dass Unbilligkeit im Sinne des § 36 vorliegt. Um auch etwas zu anderen Situationen sagen zu können, bedarf es einer tiefergehenden Diskussion über sowohl auf welchen – z.T. gegensätzlichen – Wertstandpunkten der Unbilligkeitsbegriff ruht, als auch welche Umstände beim Bestimmen ob Unbilligkeit vorliegt berücksichtigt werden müssen, und wie diese Wertstandpunkte im Einzelfall abzuwägen sind.
- **Es gibt einen deutlichen Zusammenhang zwischen Ethik und Rechtsanwendung.** Bei der Abwägung zwischen unterschiedlichen Argumenten im Zusammenhang mit der Bestimmung der Unbilligkeitsvoraussetzung in § 36 Vertragsgesetz – insbesondere auf einem Gebiet, dass nicht von den Gesetzesvorarbeiten oder der Rechtspraxis des schwedischen Obersten Gerichtshofes (Högsta domstolen) behandelt wird – ist das Resultat nicht selbstverständlich, und dadurch auch nicht einfach (oder nicht einmal möglich) mit Bezug auf die traditionellen Rechtsquellen zu begründen; sondern man gibt eine normative, ethische Stellungnahme und sollte Argumente der normativen Ethik anführen, um seine Stellungnahme zu rechtfertigen. Daher ist es interessant den Inhalt des Unbilligkeitserfordernisses in § 36 Vertragsgesetz mit Hilfe der normativen Ethik als komplettierende Rechtsquelle zu bestimmen.
- **Schweden ist ein Teil der Europäischen Union, deren Streben nach gesteigerter Integration sich auch auf rechtlichem Gebiet bemerkbar macht,** z.B. in Form von Arbeit an etwas was eine europäische Zivilrechtskodifikation werden kann. Es erscheint auch daher interessant den

Unbilligkeitsbegriff und § 36 Vertragsgesetz in Bezug auf die vertragsrechtliche Doktrin anderer europäischer Länder und einer der meist bekannten Resultate der Einheitsbestrebungen, Principles of European Contract Law (PECL), zu analysieren.

Hauptabsicht dieser Arbeit ist es, die tiefere Bedeutung, die dem Unbilligkeitserfordernis gegeben werden kann, näher zu bestimmen und damit § 36 Vertragsgesetz de lege lata, mit normativer Ethik als komplettierende Rechtsquelle und mit Beachtung vertragsrechtlicher Doktrin anderer europäischer Länder sowie der Principles of European Contract Law.

Kapitel 2: § 36 Vertragsgesetz – Eine Einführung

§ 36 Vertragsgesetz entstand in der ersten Hälfte der 1970er Jahre, zunächst als ein zivilrechtliches Gegenstück einer Bestimmung im Gesetz über Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, ist aber auch in kommerziellen Verträgen anwendbar. Der Paragraf ist eine Generalklausel mit einem im Prinzip großen Anwendungsgebiet, dessen Grenzen etwas durch die Gesetzesvorarbeiten und die Praxis des schwedischen Obersten Gerichtshofes präzisiert wurde. Auch die dänischen, norwegischen und finnischen Vertragsgesetze enthalten Bestimmungen, die dem schwedischen § 36 ähneln, aber nicht identisch sind.

Kapitel 3: Juristische Stellungnahmen rechtfertigen

In diesem Kapitel wird diskutiert, wie ein Rechtswissenschaftler zu Wege geht, um mit Anspruch auf Wissenschaftlichkeit eine Stellungnahme in einer rechtlichen Frage zu rechtfertigen, z.B. betreffend der Bedeutung des Unbilligkeitserfordernisses in § 36 Vertragsgesetz. In schwedischer Doktrin ist angeführt worden, dass ein größerer Teil der Rechtswissenschaft in Schweden eine rechtspositivistische Einrichtung vertritt. Deshalb wird in dieser Abhandlung auf einige Probleme, die der Rechtspositivismus den rechtswissenschaftlichen Forschern gibt hingewiesen, um eine Arbeitsweise, die nicht in jeder Beziehung mit den Anforderungen des Positivismus vereinbar ist, zu rechtfertigen. Hauptsächlich wird angeführt, dass die Auslegung juristischer Texte ein größeres bzw. kleineres Maß an wertender Stellungnahme von Seiten des Auslegenden erfordert. Das bedeutet, dass das rechtspositivistische Erfordernis der Wertungsfreiheit schwer aufrechtzuerhalten ist, wenn der Forscher mehr tun möchte als nur deskriptiv zu schildern, was Gesetzgeber und Rechtsprechung gesagt haben. Weiterhin wird nachgewiesen, dass es beachtenswerte Argumente sowohl gegen die rechtspositivistischen werttheoretischen Grundwahlen (Emotivismus, Wertskeptizismus und Wertnihilismus), als auch gegen wichtige „innerjuristische“ Argumente für den Rechtspositivismus (Demokratieargumente, Rechtssicherheitsargument) gibt.

Der zweite Teil dieses Kapitels besteht teils aus einer rechtsquellenbezogenen Diskussion über die Anwendbarkeit bestimmter Argumente in einer

rechtswissenschaftlichen Arbeit, teils aus der Anwendung unterschiedlicher Argumente (sprachliche, teleologische, ethische) als Hilfsmittel bei der Bestimmung des Inhaltes des Unbilligkeitsbegriffes in § 36 Vertragsgesetz. Im Abschnitt über die ethischen Argumente findet man auch eine kurze Beschreibung über drei wichtige ethische Richtungen – Konsequenzethik, Pflichtethik und Tugendethik – und eine gewisse Diskussion über einige deren Verdienste und Schwachpunkte. Abschließend wird ein Versuch unternommen eine „Ethik für das Vertragsrecht" zu formulieren, welche bei der Bestimmung des Inhaltes der Unbilligkeitsvoraussetzung in § 36 Vertragsgesetz angewendet werden kann. Dabei werden fünf Tugenden identifiziert und diskutiert, die als besonders bedeutungsvoll für die gesellschaftliche Praxis des Eingehens und Aufrechterhaltens von Verträgen beurteilt werden: Rechtschaffenheit (Gerechtigkeit), Ehrlichkeit, Zuverlässigkeit, Loyalität und Gewissenhaftigkeit. Ein Problem, damit Begriffe wie Tugend in der vertragsrechtlichen Diskussion angewendet werden können, ist jedoch das Risiko, dass sie von vielen Juristen als „fremd" empfunden werden. Deshalb wird angeführt, dass Tugenden und das für Juristen typischerweise bekanntere Phänomen Prinzipien als zwei parallele Erscheinungen gesehen werden könnten, welche auf die gleichen grundlegenden Werte bauen und in solchen Fällen zwei unterschiedliche Arten ausmachen die gleiche Sache wiederzugeben.

Kapitel 4: Die Tugenden und Prinzipien des Vertragsrechts

In diesem Kapitel wird zunächst diskutiert, welche Tugenden und Prinzipien auf den gleichen Wertegrund bauen. Meiner Meinung nach kann man mit Recht folgende Aufstellung wählen:

Vertragsrechtliche Tugend	**Eventuell korrespondierende Vertragsrechtliche Prinzip**
Rechtschaffenheit	Äquivalenzprinzip; Prinzip dass Verträge nicht gegen Gesetze und die guten Sitten verstoßen dürfen; (Gleichheitsprinzip)
Ehrlichkeit	Loyalitätsprinzip; Willensprinzip
Zuverlässigkeit	Vertrauensprinzip; Vorhersehbarkeitsprinzip
Loyalität	Loyalitätsprinzip; Willensprinzip
Sorgfältigkeit	Vigilanzprinzip / caveat emptor-Prinzip

Um die vorgenommenen Verbindungen zwischen Tugend und respektive Prinzip zu motivieren, und um die angewandten Prinzipien als Normen für das Bestimmen der eigentlichen Bedeutung des Billigkeitserfordernisses in § 36 Vertragsgesetz anzuwenden, bedarf es einer näheren Definition der

unterschiedlichen Prinzipien und eine Untersuchung des Wertegrundes auf den sie bauen. In diesem Kapitel werden daher Prinzipien und Argumente aus schwedischer, norwegischer, deutscher und englischer Doktrin samt Rechtsgeschichte definiert, wiedergegeben und analysiert, welche dafür respektive dagegen angeführt werden die Prinzipien aufrechtzuerhalten. Danach wird das Verhältnis zwischen Prinzipien und Tugenden der Vertragsbeziehung diskutiert, mit Schwerpunkt darauf, in welcher Ausstreckung die Prinzipien und Tugenden, die oben in Bezug gesetzt wurden, einen gemeinsamen Wertegrund haben. In diesem Zusammenhang wird auch diskutiert, ob die Prinzipien etwas darüber aussagen, wie die gute Vertragsbeziehung sein sollte, außerdem wird dafür bzw. dagegen argumentiert diese Prinzipien aufrechtzuerhalten, mit dem Ziel zu überprüfen ob das, was die Prinzipien eventuell über die gute Vertragsbeziehung aussagen, sich auf eine gute Argumentation stützt. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die oben miteinander verknüpften Prinzipien und Tugenden, einen gemeinsamen Wertegrund haben, dass die Prinzipien angewendet werden können um die gute Vertragsbeziehung zu normieren und dass die Prinzipien von einer guten Argumentation gestützt werden, trotz dass es im Einzelfall einer Abwägung zwischen den einzelnen Prinzipien (und zwischen den Tugenden) bedarf.

Kapitel 5: Tugenden der Vertragsbeziehung und Prinzipien in den Gesetzesvorarbeiten, Rechtspraxis und Doktrin bezüglich § 36 Vertragsgesetz

In diesem Kapitel wird angeführt, dass es einen Rückhalt in den Vorarbeiten, der Rechtspraxis und in bestimmtem Maße der Doktrin für die Behauptung gibt, dass die behandelten Tugenden und Prinzipien den Wertegrund für § 36 Vertragsgesetz bilden. Dadurch wird gezeigt, dass § 36 Vertragsgesetz gut in den aktuellen Tugenden und Prinzipien verankert ist. Mit einer solchen Stütze auf die Rechtsquellen wird es noch legitimer die Tugenden und Prinzipien als komplettierende Normen bei der Inhaltsbestimmung des Unbilligkeitserfordernisses in § 36 Vertragsgesetz samt bei der Anwendung besagten Paragrafens anzuwenden.

Kapitel 6: Die Anwendung des § 36 Vertragsgesetz

In diesem Kapitel kommt zur Bestimmung der eigentlichen Bedeutung des Unbilligkeitserfordernisses in § 36 Vertragsgesetz die Arbeitsmethode zur Anwendung, die im dritten Kapitel ausgearbeitet wurde. Dies geschieht in einer Diskussion wie dieser Paragraf in einigen konkreten Fällen anzuwenden ist. Die Fälle sind ausgewählt worden um zu illustrieren, welche Abwägungen zwischen den unterschiedlichen Prinzipien und Tugenden bei der Anwendung des Paragrafens zu tun sind, und wie eine geeignete Abwägung aussehen kann, aber auch um Raum für eine Diskussion über die Anwendung von jedenfalls drei „Hilfsvoraussetzungen“ in § 36 Absatz 1 Vertragsgesetz zu schaffen: den Inhalt des Vertrages, die Umstände bei Vertragsschluss und später hinzugekommene

Umstände. Ein Fall, der sich speziell mit der „Hilfsvoraussetzung“ übrige Umstände befasst, ist nicht behandelt worden. Die Fälle sind außerdem unter dem Gesichtspunkt gewählt worden, eine Diskussion über die rechtliche Relevanz bei unterschiedlichen Umständen und Typen von Umständen möglich zu machen. Es war nicht die Absicht eine vollständige Behandlung der zugänglichen Rechtspraxis anzustellen, sondern die Methode an einer bestimmten Zahl von Fällen zu testen.

Um ein Werkzeug zur Strukturierung der Diskussion über welche Umstände bei der Anwendung des § 36 Vertragsgesetz Beachtung finden sollen zu erhalten, wird, bevor die unterschiedlichen Fälle diskutiert werden, eine Diskussion bezüglich der Tatsachenliste geführt, welche als eine sehr vereinfachte Form der antiken Lehre der Tatsachen betrachtet werden kann. Folgende Tatsachenliste findet in dieser Abhandlung Anwendung:

1. Handelnde (Wer hat es getan?)
2. Handlungstyp (Was tat er?)
3. Handlungsweise (Wie tat er es?)
    a. Handlungsweise (Auf welche Weise tat er se?)
    b. Hilfsmittel (Mit welchen Hilfsmitteln tat er es?)
4. Umgebung der Handlung (In welchem Zusammenhang tat er es?)
    a. Zeitaspekt (Wann tat er es?)
    b. Raumaspekt (Wo tat er es?)
    c. Umstandsaspekt (Unter welchen Umständen tat er es?)
5. Rationalität der Handlung (Warum tat er es?)
    a. Kausalität (Was verursachte, dass er es tat?)
    b. Absicht (Mit welcher Absicht tat er es?)
    c. Intentionalität (In welcher Sinnesstimmung tat er es?)

Darüber hinaus wird angeführt, dass es bei der Anwendung des Paragrafen auch von Bedeutung ist, auf die Balance der gegenseitigen Leistungen bzw. systematische Rücksicht zu nehmen.

Die Fälle, die diskutiert werden sind der Fall mit „dem uninformierten Tabakshändler“ (bezüglich des Umfangs der Aufklärungspflicht, d.h. Umstände bei Vertragsschluss), der Fall mit dem „preiswerten Grundstück in den Schären“ (bezüglich der rechtlichen Bedeutung der Balance zwischen den Leistungen der Vertragspartner, d.h. Inhalt des Vertrages), der Fall mit „der gezwungenen Rederei“ (bezüglich der Frage welcher Druckmittel sich die Vertragspartner bedienen dürfen, d.h. Umstände bei Vertragsschluss) sowie der Fall mit „dem gebührenfreien Abwasser“ (bezüglich der Bedeutung von Ereignissen, die nach Vertragsschluss eintreten, besonders Ereignisse die das Verhältnis der gegenseitigen Leistungen verändert).

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Propositioner

Prop 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m m
Prop 1981/82:40 om hemförsäljningslag
Prop 1986/87:128 om internationella köp
Prop 1988/89:76 om ny köplag
Prop 1994/95:17 Oskäliga avtalsvillkor m m. Införlivande med svensk rätt av EGs direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden
Prop 1999/2000:89 Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal

SOU m m

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m m avgivna den 31 jan 1914 av därtill utsedda kommitterade
SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Rättsfall

Högsta domstolen, NJA I

NJA 1887 s 65
NJA 1889 s 429
NJA 1910 s 133
NJA 1977 s 717
NJA 1979 s 483
NJA 1979 s 666
NJA 1979 s 731
NJA 1980 s 1
NJA 1981 C122
NJA 1981 s 815
NJA 1982 s 230
NJA 1982 s 613
NJA 1983 s 332
NJA 1983 s 385
NJA 1985 s 178
NJA 1986 s 388
NJA 1986 s 748
NJA 1987 s 639
NJA 1989 s 346
NJA 1989 s 614
NJA 1992 s 782
NJA 1993 s 163
NJA 1994 s 359
NJA 1994 s 381
NJA 1996 s 3
NJA 1996 s 19
NJA 1996 s 663
NJA 1999 s 304
NJA 1999 s 408

Hovrättsdomar

Svea hovrätts dom i målet Anders Olderman och Lennart Hornman mot Anna Depken, cod rat 29 april 1667
RH 2001:44
Svea hovrätts dom i mål nr T 7242-02 meddelad 2003-10-10

Arbetsdomstolens domar, ADD

ADD 1979 nr 143

Miljööverdomstolens domar

Miljööverdomstolens dom i mål nr M 3031-01 meddelad 2003-03-21

Tingsrättsdomar

Södra Roslags tingsrätts dom i mål nr T 3384-01 meddelad 2002-06-14

Danska domar

U 1946.38 H
U 1989.892 H

Norska domar

Rt 1988 s 276
Rt 1988 s 295

Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender

ND 1985 s 234

Tyska domar

RGZ 107, 78 (1923)

Common law-domar

Laidlaw v Organ, 15 US (2 Wheat) 178 (1817)
Blair v National Security Ins Co, 126 F.2d 955, 958 (3d Cir. 1942)
Tsakiroglou & Co Ltd v Noblee Thorl GmbH [1962] AC 93
North Ocean Shipping Co Ltd v Hyundai Construction Co Ltd [1979] QB 705

Webbplatser

www.svenskaakademien.se
www.svensktnaringsliv.se

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 11 uppl, Lund 2000
Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 4 uppl, Lund 1996
Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*. I Festskrift till Stig Strömholm I, Uppsala 1997, s 35-62
Almén, Tore/Eklund, Rudolf, *Lagen om avtal*, 9 uppl (faksimilupplaga), Stockholm 1997
Andersson, Håkan, *Likhetsargumentation – analogi och metamorfos*. I: Festskrift till Åke Frändberg, Uppsala 2003, s 13-38
Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala 1993
André, Mathias, *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT 1986, s 526-548
Allan, D J, *The Philosophy of Aristotle*, 2 uppl, Oxford 1970
Aristoteles, *Den nikomachiska etiken* (översättning och kommentar av Mårten Ringbom), Göteborg 1988
Aristoteles, *Aristotle's Ethics* (översatt och utgiven av John Warrington), London 1970
Aronsson, Peter/Aspers Patrik/Beckman, Ludvig/Erixon, Fredrik/Micheletti, Michele/Möller, Göran/Strömberg, Kenneth/Uddhammar, Emil, *Dygder som drivkraft och föredöme*, Stockholm 2001
Aspects of Fairness in Contract, London 1996
Atiyah, P S, *An Introduction to the Law of Contract*, 5 uppl, Oxford 1996
Atiyah, P S, *Essays on Contract*, Oxford 1996
Aityah, P S, *Freedom of Contract and the New Right*, JT 1989-90, s 601-625
Atiyah, P S, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979

Badersten, Björn, *Civitas humana – en essä om dygd, moral och samhällets ordning*. I: Dygder som duger? – Sparsamhet, flit och hederlighet, Uppsala 1998, s 7-21
Badersten, Björn, *Marknadsekonomins och demokratins informella institutioner*, Timbro vetenskap & kultur 3, Stockholm 1995
von Bar, Christian, *A Civil Code for Europe*, JT 2001-02, s 3-14
Beatson, Jack/Friedmann, Daniel, *From 'Classical' to Modern Contract Law*. I: Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford 1997, s 3-24
Beckman, Nils/Holmberg, Carl/Löfmarck, Madeleine/Strahl, Ivar/Wennberg, Suzanne, *Kommentar till Brottsbalken II. Brotten mot allmänheten och staten m m*, 6 uppl, Stockholm 1990
Behrens, Peter, *Utlitaristische Ethik und ökonomische Analyse des Rechts*. I: Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Wien 1994
Bergström, Lars, *Grundbok i värdeteori*, 2 uppl, Stockholm 1992

Bernitz, Ulf, *En europeisk civillag? Aktuell utveckling och svensk hållning*, JT 2003-04, s 503-521
Bernitz, Ulf, *Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen*. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 107-144
Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 6 uppl, Stockholm 1993
Bernitz, Ulf, *Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor*, SvJT 1995, s 625-642
Birks, Peter/Nyuk Yin, Chin, *On the Nature of Undue Influence*. I: Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford 1997, s 57-98
Birks, Peter, *Privacy and Loyalty*, Oxford 1997
Black's Law Dictionary with pronounciations, 5 uppl, 1979
Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2 uppl, Stockholm 2003
Bryde Andersen, Mads, *Grundlæggende aftaleret*, Köpenhamn 1997
Bull, Thomas, *Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens gränser i Sverige, Tyskland och USA*, Uppsala 1997

Campbell, Courtney S/Lustig, B Andrew, *A Call to Respond: Duties to Others*. I: Duties to Others, Dordrecht 1994, s vii-xvii
Collins, Hugh, *The Law of Contract*, 3 uppl, London 1997
Collste, Göran, *Inledning till etiken*, Lund 1996
Cooke, John/Oughton, David, *The Common Law of Obligations*, 2 uppl, London 1993

Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002, s 441-457
Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass, 1985
Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass, 1977

Ebke, Werner F/Steinhauer, Bettina M, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*. I: Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford 1997, s 171-190
Ekelöf, Per Olof, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* I: Valda skrifter 1942-1990, de lege, Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok 1991, s 91-126
Ekstedt, Olle, *Journalismen och rätten*, JT 1997-98, s 994 ff

Fletcher, George P, *Basic Concepts of Legal Thought*, New York 1996
Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft*, 4 uppl, Berlin 1992
Frankena, William K, *Ethics*, 2 uppl, New Jersey 1973
Frändberg, Åke, *Justness as the Cardinal Virtue of the Lawyer*. I: Festskrift till Stig Strömholm I, Uppsala 1997, s 239-252
Fuchs, Angelika, *A Common Frame of Reference – How should it be filled?* I: ERA-Forum nr 2/2003, s 99-100
Fuller, Lon L, *The Morality of Law*, 2 uppl, New Haven 1969

Gorton, Lars, *Recension av Claes-Robert von Post, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, SvJT 2000, s 751-760
Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, 14 uppl, Lund 1998
Gründel, Johannes, *Die Lehre von den Umständen der menschlichen Handlung im Mittelalter*, Münster Westfalen 1963
Grönfors, Kurt, *Avtal och omförhandling*, Stockholm 1995
Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Stockholm 1993
Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, 3 uppl, Stockholm 1995

Hare, R M, *Moraliskt tänkande*, Stockholm 1994
Hellner, Jan, *Förutsättningsläran 1997*, JT 1997-98, s 201-210
Hellner, Jan, *Högsta domstolen och avtalsrätten 1929-1989*. I: Köp och avtal, uppsatser 1980-1992, Stockholm 1992, s 169-212
Hellner, Jan, *Jämkning av långvarigt avtal m m*, JT 1994-95, s 137-141
Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm 2001
Hellner Jan, *Recension av Eric M Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, JT 1996-97, s 497-507
Hellner, Jan, *Rättsteori. En introduktion*, 2 uppl, Stockholm 1994
Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, 2 häftet, 2 uppl, Stockholm 1993
Hellner, Jan, *Unidroit's principer för internationella avtal*. I: Lex Ferenda. Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet, skriftserien nr 50, Stockholm 1996, s 69-84
Herre, Johnny, *Konsumentköplagen. En kommentar*, Stockholm 1999
Hesselink, Martijn, *Good Faith*. I: Towards a European Civil Code, 2 uppl, Haag 1998, s 285-310
Hillman, Robert A, *The Richness of Contract Law. An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht 1997
Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Linköping 2004
Holmberg, Carl/Hult, Bengt/Leijonhufvud, Madeleine/Wennberg, Suzanne, *Kommentar till Brottsbalken, del I (1-12 kap). Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m m*, 6 uppl, Stockholm 1994
Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet*, Oslo 1998
Hultmark, Christina, *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, JT 1995-96, s 655-669
Hultmark, Christina, *Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kioskrörelse*, JT 1991-92 s 701-704
Hultmark, Christina, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, Stockholm 1993
Hursthouse, Rosalind, *On Virtue Ethics*, Oxford 1999
Hübner, Heinz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1984

Håstad, Torgny, *Säljarens upplysningsplikt*, JT 1992-93, s 607-619
Håstad, Torgny, *36 § avtalslagen i praktiken, Konsumenträtt & ekonomi 2/85*, s 13-20

Jareborg, Nils, *Straffrättens gärningslära*, Stockholm 1995
Jägerskiöld, Stig *Handelsbalkens utländska källor*, Stockholm 1967

Kagan, Shelly, *Normative Ethics*, Boulder 1998
Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*, 2 uppl, Stockholm 1954
Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*, Stockholm 1982
Katzin, Jeannette, *Oskäliga avtalsvillkor inom civilrätten*, Lund 1984
Kellgren, Jan, *Mål och metoder vid tolkning av skattelag – med särskild inriktning på användning av förarbeten*, Uppsala 1997
Kellgren, Jan, *Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning*, SvJT 2002, s 514-530
Kihlman, Jon, *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*, Stockholm 1999
Kihlman, Jon, *Recension av Principles of European Contract Law, Parts I and II*, JT 2000-01, s 194-205
Klami, Hannu Tapani, *Sanningen om rätten. Rättsfilosofins historia från antiken till våra dagar*, Uppsala 1990
Kleineman, Jan, *Förutsättningsläran och jura novit curia*, JT 1993-94, s 881-892
Kleineman, Jan, *Förutsättningsläran tre steg tillbaka?*, JT 1996-97, s 438-441
Kleineman, Jan, *Jämkning av försäkringsavtal med stöd av 36 § avtalslagen*, JT 1989-90, s 103-108
Kleineman, Jan, *Skäliga och oskäliga villkor i avtal mellan näringsidkare – en skiljedom om kreditgivares rätt till riskfördelning*, JT 1993-94, s 568-584
Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989
Küsters, Gerd-Walter, *Kants Rechtsphilosophie*, Darmstadt 1988

Larenz, Karl, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8 uppl, München 1997
Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts I*, 14 uppl, München 1987
Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 uppl, Berlin 1995
Le Goff, Jacques, *Ockraren och döden*, 1990
Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran*, Uppsala 1989
Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt*, SvJT 1990, s 187-215
Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 3 uppl, Uppsala 1996
Lehrberg, Bert, *36 § avtalslagen och förutsättningsläran*, SvJT 1986, s 249-261
Lind, Johan, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*, JT 1996-97,
s 362 ff
Lind, Johan, *Recension av NJA 1993 s 163*, JT 1993-94, s 601-602
Lindskog, Stefan, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar*, Stockholm 2001

Lindström, Dag, *Skrå, stad och stat. Stockholm, Malmö och Bergen ca 1350-1622*, Uppsala 1991
Lundmark, Thorsten, *Recension av Claes-Robert von Post, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, JT 1999-2000, s 957-962
Lynge Andersen, Lennart/Nørgaard, Jørgen, *Aftaleloven*, 3 uppl, Köpenhamn 1999
Lynge Andersen, Lennart/Madsen, Palle Bo, Nørgaard, Jørgen, *Aftaler og mellemmænd*, 3 uppl, Köpenhamn 1997

MacIntyre, Alasdair, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, London 1981
MacIntyre, Alasdair, *A Short History of Ethics*, New York 1966
MacIntyre, Alasdair, *Dependent Rational Animals. Why Human Beings Need the Virtues*, London 1999
Martinson, Claes, *Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten?*, JT 1992-93, s 436-455
Mayer-Maly, Theo, *Römisches Recht*, 2 uppl, Wien 1999
Medicus, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 1997
Molander, Joakim, *Strafftänkandet har vänt ryggen åt moralen*, Svenska Dagbladet 2003-02-23

Nationalencyklopedien, band 19, Höganäs 1996
Natural Law, Liberalism, and Morality, Oxford 1996
Naucke, Wolfgang, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 3 uppl, Berlin 1996
Nises, Anna/Wadström, Paula, *Organhandel – en avtalsrättslig analys*, kandidatuppsats, Affärsjuridiska programmet med Europainriktning, Linköping, 2003
Norberg, Per, *Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, Lund 2002
Norstedts stora engelsk-svenska ordbok, 2 uppl, Stockholm 1993
Nystén-Haarala, Soili, *The Long-Term Contract. Contract Law and Contracting*, Helsingfors 1998

Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58 uppl, München 1999
Peczenik, Aleksander, *Objektiva värden i domarens samvete*, JT 1999-2000, s 504-508
Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm 1995
Peczenik, Aleksander, *Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken*, JT 1998-99, s 462-490
Peterson, Claes/Sandström, Marie, *Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda*, JT 1999-2000, s 751-768
Peterson, Claes/Sandström, Marie, *Vett och etikett i rättsvetenskapen. Slutreplik*, JT 2000-2001, s 234
Posner, Richard A, *Economic Analysis of Law*, 5 uppl, New York 1998
Posner, Richard A, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass 1990

von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm 1999
Principles of European Contract Law, parts I and II, Haag 2000
Principles of European Contract Law, part III, Haag 2003
Pufendorf, Samuel, *Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten i två böcker*, Stockholm 2001

Ramberg, Jan, *Avtalsskrivaren och 36 § avtalslagen*. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 503-516
Ramberg, Jan/Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 6 uppl, Stockholm 2003
Ramírez, José Luis/Silfverberg, Gunilla, *Dygd i yrke och samhälle. Aristoteliska undersökningar om etisk klokhet och social yrkesskicklighet*, Tullinge 1999
Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford 1971
Remy-Corlay, Pauline, *The Law of Sales: Acquis and Improved Acquis in European Contract Law*. I: ERA-Forum, nr 2/2003, s 39-55
Roberts, Lani, *Duty, Virtue and the Victim's Voice*. I: Duties to Others, Dordrecht 1994, s 109-124
Runesson, Eric M, *Rekonstruktion av avtal och rättsekonomi; en replik*, JT 1996-97, s 844-850
Runesson, Eric M, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, Stockholm 1996

Samuel, Geoffrey, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot 2003
Sandgren, Claes, *En social avtalsrätt? Del I*, JT 1992-93, s 456-486
Sandgren, Claes, *En social avtalsrätt? Del II*, JT 1992-93, s 643-665
Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter*, Stockholm 1988
Strömholm, Stig, *Avtalsfrihetens komponenter – ett analysförsök*. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 531-551.
Strömholm, Stig, *Ein Wort kommt zur Juristenwelt*. I: Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997, Lund 1997, s 373-382
Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl, Stockholm 1996
Svensson, Ola, *Viljeförklaringen och dess innehåll. Om avtalsrättslig begreppsbildning och systematik*, Stockholm 1996

Tallon, Denis, *Hardship*. I: Towards a European Civil Code, 2 uppl, Haag 1998, s 327-332
Taxell, Lars Erik, *Avtal och rättsskydd*, Acta Academiae Aboensis, Ser A Humaniora, Vol 43, Åbo 1972
Thompson, E P, *Herremakt och folklig kultur*, 1983

Vahlén, Lennart, *Avtal och tolkning*, Stockholm 1960

Wessén, Johan, *Allmänna rättsgrundsatser, svensk juridisk dogmatiks heta gröt*. I: Vänbok till Hans Stenberg, Linköping 2002
Whincup, Michael H, *Contract Law and Practice, the English System and Continental Comparisons*, 3 uppl, Haag 1996
Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 uppl, Göttingen 1967
Wilhelmsen, Trine-Lise, *Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*, TfR 1995, s 1-246
Wilhelmsson, Thomas, *Contract and Equality*. I: Scandinavian Studies in Law, volume 40, Legal Theory, Stockholm 2000
Wilhelmsson, Thomas, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht 1992
Wilhelmsson, Thomas, *En social civilrätt? – Några kommentarer*, JT 1993-94, s 499-508
Wilhelmsson, Thomas, *Social civilrätt*, Helsingfors 1987
Wilhelmsson, Thomas, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot 1995
Winroth, A O, *Anteckningar i allmän obligationsrätt efter Professor Winroths föreläsningar och kollegieundervisning i ämnet, utgifna utan föregående granskning af Professor Winroth och såsom skriftliga prof till juris kandidatexamen*, Uppsala 1902
Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, 3 uppl, Oslo 1998

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 3 uppl, Oxford 1998
Zimmermann, Reinhard, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001
Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996

VISSA FÖRKORTNINGAR

AC	Appeal Cases (England)
ADD	Arbetsdomstolens domar
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Avtalslagen	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland)
BrB	Brottsbalken
CB	Law Reports, Common Bench Division (England)
Cod rat	Codex rationum (dag för överläggning)
Cir	Circuit, Court of Appeals (USA)
CISG	United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods ”Wienkonventionen” av år 1980

HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalken
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
ND	Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
PECL	Principles of European Contract Law
QB	Queen's Bench (England)
RH	Rättsfall från hovrätterna
Rt	Norsk Retstidene
RR	Regeringsrätten
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt
U	Ugeskrift for Retsvæsen. Afdelning A
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen. Afdelning B
Unidroit	International Institute for the Unification of Private Law
Wheat	Wheaton (U.S. Supreme Court Reports)