

Att jämka en lagregel

Några tankar kring ett rättsfall om skuldebrev

Av docent OLA SVENSSON

I NJA 2010 s. 467 uppkom frågan vad som krävs för att ett finansbolag, som förvärvat ett löpande skuldebrev undertecknat av en konsument, ska kunna åberopa att det enligt 15 § skuldebrevslagen (1936:81) inte hade någon skälig anledning att misstänka att konsumenten betalat lånesumman i sin helhet till en tidigare innehavare av skuldebrevet. Högsta domstolen kom fram till att en förvärvare, som tillhör den finansiella sektorn, endast är i god tro om gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat att han inte har någon invändning mot den av överlåtaren angivna fodringen. Justitierådet Torgny Håstad ifrågasatte dock om inte domstolen i stället för att ha tolkat 15 § skuldebrevslagen i själva verket jämkat eller åsidosatt lagregeln inom dess kärnområde därför att en tillämpning av den på grund av ändrade betalningsrutiner skulle ha blivit oskälig. I denna artikel analyseras om detta är ett riktigt påstående och i vilken utsträckning som en domstol har kompetens att avvika från lagens bokstav. Vidare uppmärksammas minoritetens uppfattning att 16 § första stycket i den då gällande konsumentkreditlagen (1992:830) borde ha tillämpats i stället för 15 § skuldebrevslagen.¹

1 Inledning

En grundtanke i svensk rätt är att regleringen av kontraktsrätten sker genom lagstiftning, något som kommer till uttryck i 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen (1974:152), där det uttryckligen anges att föreskrifter om rättsförhållandet mellan enskilda ska meddelas genom lag. Detta innebär att kontraktsrätten inte får utformas genom exempelvis regeringsförordningar och myndighetsföreskrifter. Däremot hindrar det inte att de allmänna domstolarna i sin rättstillämpning närmare fastlägger rättsläget. Det är också ett välkänt faktum att en utfärdad lagregel kan vara oklar och att det därför inte går att enbart med hjälp av regelns språkliga innebörd fastslå vad som gäller.² I denna typ av fall har domstolarna kompetens att genom tolkning närmare bestämma regelns rättsverkningar, varvid hänsyn exempelvis kan tas till lagmotiven, de bakomliggande ändamålen och allmänna rättsgrundsatser.³

¹ Denna artikel utgör en del av Svenssons pågående projekt om en domstols kompetens att avvika från lagen på kontraktsrättens område. Arbetet genomförs med ekonomiskt stöd från Torsten Söderbergs stiftelse. Svensson är universitetslektor i civilrätt och docent i allmän rättslära vid Lunds universitet.

² Jfr B. Lehrberg *Praktisk juridisk metod* (fjärde upplagan, Uppsala 2001) s. 75.

³ Om lagtolkning, se t.ex. A. Peczenik *Vad är rätt* (Stockholm 1995) s. 329 ff.

Vidare har domstolarna kompetens att vidareutveckla kontraktsrätten i brist på lagregler. Kännetecknande för svensk kontraktsrätt är att endast en begränsad mängd avtalstyper är lagreglerade, något som inte enbart beror på svårigheter att införa en sådan lagstiftning utan också på en tradition att inte lagstifta i onödan.⁴ Som exempel på oreglerade områden kan nämnas hyra av lösa saker och kommersiella tjänster. Hur kompetensen att vidareutveckla rätten i brist på lagregler förhåller sig till tanken att föreskrifter om rättsförhållandet mellan enskilda ska meddelas genom lag går att diskutera. Men det är i vart fall en begränsad kompetens eftersom domstolarna i första hand förutsätts att vidareutveckla rätten genom att beakta de allmänna rättsgrundsatser och ändamål som ligger till grund för den befintliga rätten på området, något som exempelvis kommer till uttryck i användandet av olika typer av analogislut från lagreglerade avtalstyper.⁵

En mer kontroversiell fråga är i vilken utsträckning som domstolarna har rättslig kompetens att avvika från vad som framgår av en klar lagregel. För att kunna besvara frågan om en sådan kompetens är förenlig med gällande rätt krävs att det finns ett övergripande riktmärke med vars hjälp det går att fastslå vad som utgör gällande rätt och som alltså närmare bestämmer den svenska rättskällevärdens utformning.⁶ Om vi utgår från att rättskällevärdet är konventionellt bestämt innebär detta att en domstol i en viss typ av fall har kompetens att avvika från en lagregel om detta kommit till uttryck i domstolarnas dömande verksamhet och av dem accepterats som tillåtet.

Även om man antar att rätten är konventionellt bestämd är det svårt att på ett mer preciserat sätt ange vilken kompetens en domstol har att avvika från en lagregel på kontraktsrättens område i svensk rätt, något som helt enkelt beror på att rådande konventioner inte har förmågan att ge ett mer preciserat svar på frågan. En osäkerhet om när domstolarna är berättigade att avvika från en lagregel utgör dock ett problem: om en domstol på närmast godtyckliga grunder och i en betydande omfattning skulle ha rätt att göra sådana avvikel-

⁴ Jfr O. Svensson *Avtalsfrihet och rättvisa* (Lund 2012) s. 182. Jfr B. Bengtsson "Om civilrättens splittring", L. Gorton m.fl. (red.) *Festschrift till Kurt Grönfors* (Stockholm 1991) s. 29.

⁵ Jfr B. Lehrberg *Avtalstolkning* (sjätte upplagan, Uppsala 2014) s. 235 ff. och J. Hellner m.fl. *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet, Särskilda avtal* (sjätte upplagan, Stockholm 2015) s. 26 ff.

⁶ Vad som utgör det övergripande riktmärket är en omstridd fråga inom rättsteorin. En vanlig uppfattning är att riktmärket är konventionellt bestämt, ett synsätt som exempelvis kommer till uttryck i Herbert Harts välkända ståndpunkt att vad som utgör gällande rätt är beroende av en så kallad *rule of recognition* som är accepterad av domstolarna, se H. Hart *The Concept of Law* (andra upplagan, Oxford 1994). Om konventioner, se t.ex. A. Marmor *Social Conventions* (Princeton 2009). Det finns emellertid även naturrättsteorier inspirerade av Thomas Aquinas ståndpunkt att rätten ytterst utgörs av *the ordinance of reason for the common good*, se M.C. Murphy *Philosophy of Law* (Malden Ma 2007) s. 38. Vidare kan Ronald Dworkins teori om att rätten är ett så kallat *interpretive concept* och att dess närmare innehåll är beroende av ett moraliskt rättfärdigande av rättsreglerna nämnas, se R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge MA 1986).

ser hade lagregler inte längre gått att betrakta som en rättskälla och den princip om lagstyre som kommer till uttryck i 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen hade upphört att gälla. Det kan därför hävdas att det finns ett behov av en teori som närmare klargör under vilka förutsättningar som en domstol har rätt att avvika från en lagregel.⁷

Med utgångspunkt från NJA 2010 s. 467 uppmärksammas i denna artikel frågan i vad mån en domstol inte endast har kompetens att på kontraktsrättens område tolka en lagregel utan också har kompetens att avvika från en lagregel genom att jämka regeln i fråga.

Framställningen inleds med ett kortfattat referat av fallet. Därefter ges en analys av Högsta domstolens dom, varvid både majoritetens och minoritetens bedömning uppmärksammas. Avslutningsvis undersöks om det går att dra några slutsatser av fallet.

2 Referat av fallet

2.1 Kort om omständigheterna och underinstanserna bedömning

I det aktuella fallet hade två låntagare, som fått kredit om 110 000 kronor av ett finansbolag för att köpa en bostadsrätt, undertecknat ett skuldebrev ställt till finansbolaget eller order. Som säkerhet för betalningen pantsattes bostadsrätten. Skuldebrevet kom därefter att överlåtas ett antal gånger inom den finansiella sektorn. När den slutlige förvärvaren yrkade betalning i tingsrätten bestred låntagarna käromålet och anförde att hela lånesumman återbetalats till en tidigare innehavare av skuldebrevet.

I sina domskäl framhöll tingsrätten att en förutsättning för att svaranden skulle befrias från betalningsansvar var att käranden vid förvärvet kände till att betalning skett i förtid eller haft skälig anledning till misstanke om den, alltså att käranden enligt 15 § skuldebrevslagen var i ond tro vid sitt förvärv. Eftersom käranden vid en efterforskning innan förvärvet hade kunnat få kännedom om att svaranden gjort betalningsinvändningar mot en tidigare innehavare av skuldebrevet ansågs käranden ha varit i ond tro vid sitt förvärv. Trots detta kunde svaranden inte göra invändningen om betalning gällande. Anledningen till detta var att en tidigare innehavare av skuldebrevet ansågs ha varit i god tro vid sitt förvärv och om en invändning en gång blivit utsläckt genom ett förvärv i god tro är den för alltid utsläckt.

Tingsrätten kom dock fram till att avtalet i dess helhet skulle lämnas utan avseende med stöd 36 § avtalslagen (1915:218) och att käromålet därför i slutändan skulle ogillas. Någon närmare utläggning om varför något av avtalsvillkoren skulle vara oskäligt enligt detta lagrum gjordes inte, domstolen beaktade dock att det första kravet kom först sju år efter slutbetalningen. Man får närmast intrycket att domstolen ansett att det med hänsyn till omständigheterna var oskä-

⁷ Jfr O. Svensson "Att avvika från lagen", *JT* 2014–15 s. 967.

ligt att låta låntagarna vara bundna av ett löpande skuldebrev med de rättsverkningar som detta gav upphov till.

Hovrätten ansåg att en förvärvare av ett löpande skuldebrev är skyldig att företa en viss undersökning av det bakomliggande skuldförhållandets bestånd, exempelvis genom att hos överlåtaren begära besked om ställningen till det till krediten kopplade skuldkontot eller kontrollera pantsättningsens bestånd. Eftersom en sådan kontroll bland annat visat att den ursprungliga säkerheten i form av panten i bostadsrätten inte längre fanns i behåll ansåg domstolen att det var bevisat att varken käranden själv eller något tidigare förvärvare av skuldebrevet var i god tro vid förvärvet.

2.2 Högsta domstolens bedömning

Vid sin bedömning av den närmare innebörden av rekvisitet "skälig misstanke" enligt 15 § skuldebrevslagen framhöll Högsta domstolen att detta rekvisit enligt lagmotiven enbart är uppfyllt om det finns en kvalificerad anledning att misstänka att gäldenären har en berättigad invändning och att syftet med reglerna är att löpande skuldebrev lätt ska kunna omsättas. Domstolen tog dock även hänsyn till att betalningsrutinerna i kreditväsendet förändrats. Av de yttranden som avgetts i målet framgick nämligen att en förtidsbetalning aldrig antecknas på skuldebrevet och att en gäldenär sällan återfår skuldebrevet efter en slutbetalning. Detta innebar enligt domstolen att en förvärvare inom den finansiella sektorn måste inse att det kan förekomma förtidsbetalningar som inte framgår av dokumentet på det sätt som förutsattes vid skuldebrevslagens tillkomst.

Den slutsats som Högsta domstolen drog var att om inte gäldenären är ett finansiellt institut kan en förvärvare av ett löpande skuldebrev, för att vara i god tro, inte nöja sig med att undersöka de bakomliggande förhållanden enbart när det finns särskilda skäl till detta. Det framhölls att kravet på god tro hos en förvärvare, som tillhör den finansiella sektorn, därför numera bara är uppfyllt om gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat att han inte har någon invändning mot den av överlåtaren angivna fordringen. Eftersom någon sådan bekräftelse inte inhämtats av någon förvärvare i det aktuella fallet fastställdes hovrättens domslut.

Justitierådet Agneta Bäcklund var dock skiljaktig i fråga om motiveringen och ansåg att domstolen skulle ha tillämpat den då gällande 16 § första stycket konsumentkreditlagen. Enligt denna bestämmelse får en konsument, om kreditgivaren överlätit sina rättigheter enligt ett kreditavtal, mot den nye borgenären göra samma invändningar som han vid överlåtelsen kunde göra mot överlåtaren. Då bestämmelsen inte begränsats till att enbart gälla vissa typer av fordringshandlingar ansåg Bäcklund i strid mot lagmotiven att den även omfattade löpande skuldebrev. Resultatet blev att svaranden med framgång kunde göra invändningen om betalning gällande.

Referenten, justitierådet Torgny Håstad, tillade vidare för egen del att Högsta domstolens ställningstagande i praktiken innebar att löpande skuldebrev i fråga om betalningsinvändningar behandlades på samma sätt som enkla skuldebrev. Han framhåll därför att det kunde ifrågasättas om inte domstolen jämkat eller åsidosatt 15 § skuldebrevslagen inom dess kärnområde därför att en tillämpning på grund av ändrade betalningsrutiner blivit oskälig.

3 Analys av fallet

3.1 Inledning

Högsta domstolens bedömning i NJA 2010 s. 467 ger upphov till en rad frågor. Av domskälen framgår att domstolen beaktade de ändrade betalningsrutinerna inom den finansiella sektorn och kom fram till att dessa borde påverka möjligheterna för en gäldenär, som inte tillhör denna sektor, att med framgång kunna göra gällande en betalningsinvändning. Som framgått innebar detta enligt Högsta domstolen att en förvärvare inom den finansiella sektorn inte längre kan nöja sig med att undersöka de bakomliggande förhållandena bara när det finns särskild anledning till detta.

Frågan är då om kravet på att gäldenären ska tillfrågas och bekräfta att han inte har någon betalningsinvändning utgör en möjlig precisering av rekvisitet ”skälig anledning till misstanke” i 15 § skuldebrevslagen eller om domstolen avlägsnat sig så mycket från lagtexten att det blir fråga om en jämkning av lagregeln. Om domstolen får anses ha jämkat regeln uppkommer frågan i vilken utsträckning en domstol har kompetens att göra detta och om Högsta domstolen hållit sig inom dessa ramar samt om domstolens skäl för jämkningen är hållbara. Ytterligare frågor är om en tillämpning av 36 § avtalslagen hade utgjort en framkomlig väg för att slita tvisten och om minoritetens uppfattning att 16 § första stycket konsumentkreditlagen borde ha tillämpats hade varit att föredra. Nedan uppmärksammas de ovan ställda frågorna. Framställningen avslutas med några sammanfattande slutsatser.

3.2 Jämkade Högsta domstolen 15 § skuldebrevslagen?

En huvudfråga i NJA 2010 s. 467 var om gäldenärerna med befriande verkan kunde åberopa att de redan betalat lånet när de blev krävda av förvärvaren av det löpande skuldebrevet. Enligt 15 § skuldebrevslagen är så endast fallet om borgenären vid förvärvet kände till att betalning skett i förtid eller hade skälig misstanke om den. Av lagmotiven framgår vidare att förvärvaren endast haft en skälig misstanke om att betalning skett när det fanns en särskild anledning att misstänka detta.⁸

Högsta domstolen framhöll dock med hänvisning till underrätterna att 15 § skuldebrevslagen inte fungerar på ett tillfredsställande sätt i förhållande till en banks kunder om dessa kan förpliktas att betala än

⁸ NJA II 1936 s. 73 f.

en gång på grund av att förvärvaren inte haft särskild anledning att misstänka att betalning skett. För att ändra på detta förhållande tolkade Högsta domstolen rekvisitet ”skälig anledning misstänka” på ett nytt sätt. Enligt domstolen gäller sålunda numera att borgenären vid sitt förvärv har skälig anledning att misstänka att betalning skett om inte gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat att han inte har någon invändning.

Detta innebär att oavsett om det vid förvärvet fanns något som tydde på att betalning redan skett och oberoende av hur ingående annan undersökning än har varit så anses förvärvaren ha haft skälig misstanke att betalning skett om han avstått från att tillfråga gäldenären och inhämta dennes bekräftelse. Visserligen är rekvisitet ”skälig anledning misstänka” vagt och kan preciseras på olika sätt. Det är ju ett typiskt exempel på en allmän bedömningsstandard som ger domstolarna ett visst utrymme att närmare precisera vilka krav som ska ställas på en förvärvare med hänsyn till omständigheterna: de krav som underrätterna ställde på förvärvaren låg förmodligen inom denna ram. Men av detta följer inte att rekvisitet kan tolkas hur som helst om man utgår från normalt språkbruk och frågan är om inte Högsta domstolen avlägsnade sig allt för mycket från detta språkbruk när den fastslog att förvärvaren alltid är i ond om inte kravet på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse är uppfyllt.

I sitt tillägg till domen framhöll Torgny Håstad att en bekräftelse av betalningsskyldighet utgör en självständig ansvarsgrund och att detta innebär att det av Högsta domstolen ställda kravet i stället för att precisera ondrosrekvisitet enligt 15 § skuldebrevslagen innebär att förvärvaren, om inget nytt åtagande görs, inte har bättre rätt än överlåtare. Negotiabiliteten är därmed enligt Håstad i praktiken upphävd och ett löpande skuldebrev behandlas beträffande invändningar om betalning i den aktuella partskonstellationen som ett enkelt skuldebrev. Av detta drog Håstad slutsatsen att Högsta domstolen får anses ha jämkat eller åsidosatt 15 § skuldebrevslagen inom dess kärnområde därför att en tillämpning av bestämmelsen på grund av ändrade betalningsrutiner skulle ha blivit oskälig.⁹

3.3 Har Högsta domstolen kompetens att jämka en lagregel?

Om det är så att Högsta domstolen får anses ha jämkat eller åsidosatt 15 § skuldebrevslagen på grund av ändrade förhållanden är det av vikt att bedöma i vilken utsträckning som domstolen har kompetens att göra detta. En utgångspunkt i svensk rätt är självfallet att en lagregel ska tillämpas i enlighet med sin ordalydelse. Vad som anges i en lagregel är ju ett auktoritetsargument och antas därför gälla just därför att det står i den av lagstiftaren antagna regeln.

⁹ Jfr M. Mellqvist/I. Persson *Fordran & skuld* (nionde upplagan, Uppsala 2011) s. 125 f. och J. Munukka ”Är orderskuldebrev negotiablå”, *JT* 2010–11 s. 464 (s. 471 f. och s. 473 f.).

Det är dock sedan länge erkänt att det finns vissa undantag. Ett exempel är obsoleta lagar.¹⁰ Dessa är förvisso inte formellt upphävda, men har förlorat sin giltighet på grund av att de är föråldrade och inte uttrycker en lämplig reglering på området. Ett annat tänkbart exempel är en felskrivning som en domstol kan ha kompetens att rätta till.¹¹ Håstad har vidare undersökt rättstillämpning i strid mot lag i Högsta domstolens praxis. Den slutsats som han drar av undersökningen är att det finns ett antal fall där Högsta domstolen utövat rättstillämpning i strid mot lagens klara bokstav utifrån överväganden om bestämmelsens ändamål.¹² Han påpekar dock att någon mer generell teori om när domstolarna är berättigade att bedriva lagstridig rättstillämpning knappast är att vänta.

Även i andra länder finns en möjlighet att avvika från lagen. I tysk rätt har domstolarna använt BGB § 242 om att avtal ska fullgöras i enlighet med *treu und glauben* för att jämka lagregler inom kontraktsrätten och i engelsk rätt ger den så kallade *golden rule* en domstol kompetens att avstå från att tillämpa en lagregel om en bokstavstrogen tillämpning i ett visst fall skulle ge upphov till en absurt eller alltför oskäligt resultat.¹³

Att ändamålsöverväganden inte enbart ges relevans vid tolkningen av oklara regler utan också ges relevans för frågan om en avvikelse ska ske från lagens bokstav är en ståndpunkt som också företrädare för den ändamålsinriktade tolkningsmetoden har förordat.¹⁴ I litteraturen beskrivs detta ofta så att domstolarna i vissa fall ska vara berättigade

¹⁰ Se t.ex. A. Peczenik *Vad är rätt* s. 297 f.

¹¹ Se t.ex. T. Gregow "Hur bör felaktiga lagbestämmelser tillämpas?", J. Gernandt m.fl. (red.) *Festskrift till Gertrud Lennander* (Stockholm 2010) s. 107, T. Håstad *Köprätt* (sjätte upplagan, Uppsala 2009) s. 117 n. 136 och J. Munck "Rättskällor förr och nu", *JP* 2014 s. 199 (s. 200). Jfr dock J. Ramberg/J. Herre *Köplagen* (andra upplagan, Stockholm 2013) s. 356.

¹² Håstad nämner NJA 1980 s. 743 (där Högsta domstolen gick längre än lydelsen av den då gällande 12 § tredje stycket förmånsrättslagen (1970:979)), NJA 1993 s. 3 (där Högsta domstolen införde ett undantag från 19 § tredje stycket samägandearättslagen (1904:48)), NJA 1997 s. 211 (där Högsta domstolen bortsåg från en hänvisning i 4 kap 7 § handelsbolagslagen (1980:1102)), NJA 2002 s. 332 (där Högsta domstolen avstod från att tolka 32 a § stämpelskattelagen (1984:404) efter ordalydelsen), NJA 2005 s. 44 (där Högsta domstolen inskränkte tillämpningsområdet för 8 § andra stycket preskriptionslagen (1981:130)), NJA 2006 s. 275 (där Högsta domstolen avstod från den mest ordagranna tolkningen av punkt 2 till övergångsbestämmelserna till förmånsrättslagen) och NJA 2007 s. 510 (där Högsta domstolen inskränkte tillämpningsområdet för 18 kap 14 § första stycket rättegångsbalken (1942:740)). Se T. Håstad "Rättstillämpning i strid mot lag", B. Flodgren m.fl. (red.) *Vänbok till Axel Adlercreutz* (Lund 2007) s. 167 (168 ff.).

¹³ Jfr vad Håstad tillade för egen del i NJA 2010 s. 467 om BGB § 242 och europeiska modellagar. Se också J. Munukka "Är orderskuldebrev negotiabla", *JT* 2010–11 s. 464 (s. 473). Om den så kallade *golden rule*, se B. Bix *Jurisprudence* (sjätte upplagan, London 2012) s. 165.

¹⁴ Om ändamålsinriktad tolkning, se t.ex. P.O. Ekelöf *Är den juridiska doktrinen en teknik eller vetenskap?* (Lund 1951), A. Peczenik *Vad är rätt* s. 362 ff. och S. Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (tredje upplagan, Stockholm 1988) s. 428 ff.

att göra ett reduktionsslut.¹⁵ Liksom vid tolkning av oklara lagregler torde hänsyn vidare kunna tas det rättsliga sammanhang i vilken lagregeln förekommer.

En av orsakerna till att det kan finnas ett behov av att ge domstolarna kompetens att avvika från en lagregel är att den kan vara alltför generell och därför riskera utgöra en olämplig reglering i vissa fall. Genom att utgå från att det finns så kallade outtalade undantag ges domstolarna därmed kompetens att på ett mer nyanserat sätt skilja mellan olika fall och införa de nödvändiga undantagen om det finns starka skäl för detta.¹⁶

I doktrinen har vidare framhållits att när det i 3 § köplagen står att lagen inte gäller om något annat följer av avtalet indikerar detta inte enbart att lagen kan åsidosättas när något annat uttryckligen är avtalat utan också när något annat följer av en utfyllning av avtalet med stöd av överväganden som inte finns i köplagen, vilket bygger på tanken att lagens regler kan få vika för vad som framstår som ändamålsenligt med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet.¹⁷ Om detta antas gälla för köp ligger det nära till hands att genom en analogi låta motsvarande gälla för andra avtalstyper. Resultatet blir att den nämnda möjligheten att avvika från lagen upphöjs till en allmän rättsgrundsats inom kontraktsrätten. Till grund för detta synsätt skulle kunna anföras den övergripande tanken att lagar på detta rättsområde ska tillämpas i enlighet med vad god sed kräver.

Detta torde innebära att Högsta domstolen har en viss kompetens att utifrån ändamålsöverväganden och liknande avvika från en lagregels ordalydelse. Av intresse att notera är att Håstad, som öppet framhöll att Högsta domstolen jämkade eller åsidosatte 15 § skuldebrevslagen inom dess kärnområde, inte hade något att erinra mot detta, vilket tyder på att han ansåg att detta låg inom domstolens kompetens.¹⁸ Att en tillämpning i strid mot ordalydelsen kan vara påkallad, exempelvis om tillämpningen skulle strida mot grundläggande rättsprinciper, är också något som Håstad uttryckligen gjorde gällande i sin skiljaktiga motivering i NJA 2006 s. 275.¹⁹

¹⁵ Om reduktionsslut, se t.ex. S. Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 412 och s. 421 f.

¹⁶ Se O. Svensson "Att avvika från lagen", *JT* 2014–15 s. 967 (där författaren beskriver hur en teori om bristande finhet kan ligga till grund för en teori om när outtalade undantag bör medges). Jfr J.F. Beltrán / G.B. Ratti (red.) *The Logic of Legal Requirements* (Oxford 2012). Om faran med bokstavstrogen tillämpning, se t.ex. A. Marmor "The Immorality of Textualism", *Law in the Age of Pluralism* (Oxford 2007) s. 197.

¹⁷ Se T. Håstad *Köprätt* s. 32 f. och B. Lehrberg *Köprätt* (Uppsala 2008) s. 90 f.

¹⁸ Jfr J. Munukka "Är orderskuldebrev negotiabilia", *JT* 2010–11 s. 464 (s. 474) och G. Walin/J. Herre *Lagen om skuldebrev m.m.* (tredje upplagan, Stockholm 2011) s. 154 n. 121.

¹⁹ Jfr T. Håstad *Köprätt* s. 20.

3.4 Vad låg till grund för Högsta domstolens bedömning?

Vad var det då för ändamålsöverväganden som låg till grund för Högsta domstolens bedömning. Anledningen till att invändningar om gjord betalning med mera inte ska kunna göras gällande mot en godtroende förvärvare av ett löpande skuldebrev är att fordringshandlingar av detta slag lätt ska kunna omsättas. Någon skyldighet för en gäldenär att underteckna ett löpande skuldebrev finns dock inte och om gäldenären inte gjort detta så betraktas borgenärens krav som en enkel fordring, vilket innebär att en förvärvare av fordringen inte får bättre rätt än den ursprunglige borgenären.²⁰ Däremot kan det ligga i gäldenärens intresse att skriva på ett löpande skuldebrev om han därigenom lättare kan få kredit och är beredd att goda de risker som undertecknandet av ett sådant ger upphov till.

Ändamålet bakom 15 § skuldebrevslagen är emellertid inte enbart att löpande skuldebrev lätt ska kunna omsättas utan också att på ett godtagbart sätt skydda gäldenärens intresse av att bland annat inte behöva betala på nytt. Det krav på god tro som uppställs i regeln ger uttryck för detta: om inte detta krav är uppfyllt får förvärvaren skylla sig själv om han inte med framgång kan indriva sin fordran. Detta påverkar självfallet gäldenärens benägenhet att godta de risker som ett undertecknande av ett löpande skuldebrev ger upphov till.

En förståelse av de risker som en gäldenär utsätter sig för genom att underteckna ett löpande skuldebrev förutsätter emellertid att hänsyn tas till 21 § skuldebrevslagen. Enligt denna regel är nämligen gäldenären inte skyldig att infria ett löpande skuldebrev utan att det återställs till honom och en förtidsbetalning behöver inte göras om den inte antecknas på skuldebrevet. Den avvägning mellan parternas intressen som kommer till uttryck i 15 § skuldebrevslagen bygger på att gäldenären kan skydda sig genom att utnyttja sina rättigheter enligt 21 § skuldebrevslagen. Ett utnyttjande av rättigheterna enligt denna bestämmelse minskar ju onekligen de risker att behöva betala på nytt som 15 § skuldebrevslagen ger upphov till.

Av de yttranden som avgetts i målet framkom dock att betalningsrutinerna ändrats på initiativ av bankerna innebärande att en förtidsbetalning aldrig antecknas på skuldebrevet och att gäldenären sällan återfår skuldebrevet efter slutbetalning.²¹ Visserligen har gäldenären rätt att kräva återställande av skuldebrevet och anteckning om

²⁰ Se 27 § skuldebrevslagen.

²¹ I de yttranden som inlämnats av Finansbolagens Förening och Svenska Bankförbundet framgick att löpande skuldebrev ofta överläts i stockar i samband med ändrad verksamhetsinriktning, strukturomvandling eller för efterbevakning och indrivning. Förvärvaren gör normalt enbart stickprovsundersökningar. Fordringens giltighet brukar garanteras och förvärvaren får en frist för reklamation, om en gäldenär efter att han underrättas om överlåtelsen gör en invändning. Finansbolagens Förening framhöll att transaktionskostnaderna skulle öka och riskera hindra omsättningen ifall förvärvaren måste visa att varje överlåtelse undersöks. Enligt Svenska Bankförbundet fungerar bruket av löpande skuldebrev tillfredsställande. Se NJA 2010 s. 467 (s. 479 p. 10).

förtidsbetalning enligt 21 § skuldebrevslagen. Men bankernas inställning gör det svårt för en gäldenär att i praktiken få gehör för ett sådant krav.²² Den slutsats som kan dras är alltså att reglerna om löpande skuldebrev numera inte fungerar på det sätt som var tänkt vid lagens tillkomst.²³ Högsta domstolen framhöll därför att ett finansinstitut måste inse att det kan finnas förtidsbetalningar som inte framgår av dokumentet i den utsträckning som förutsattes vid skuldebrevslagens tillkomst.

Detta kan ses som bakgrunden till det nya kravet på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse: om banker och andra finansinstitut inte vill återställa löpande skuldebrev och göra betalningsanteckningar får de finna sig i — för att anknyta till Håstad — att skuldebrevet beträffande betalningsinvändningar i praktiken behandlas som en enkel fordring. Jori Munukka har uttryckt saken så att om kreditgivningssystemet *väljer att avvika från det noggrant genomtänkta mönstret i skuldebrevsregleringen, är de som bestämmer spelreglerna närmare att bära risken för fallissemang som orsakats av den mönsteravvikande hanteringen.*²⁴

Att det är de ändrade betalningsrutinerna i den finansiella sektorn som påverkat bedömningen framgår också av de partskonstellationer som omfattas av kravet på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse. Kravet gäller ju enbart överlåtelser mellan institut som tillhör den finansiella sektorn, alltså mellan institut som kan antas vara väl införstådda med och ansvariga för de nya betalningsrutinerna. En förutsättning för att kravet ska gälla är vidare att gäldenären inte tillhör den finansiella sektorn, vilket torde bero på att finansinstitut har större möjligheter att bedöma riskerna med dagens betalningsrutiner. Däremot gäller kravet inte enbart när gäldenären är en konsument utan också när gäldenären är en näringsidkare som inte tillhör den finansiella sektorn. Huruvida kravet på tillfrågan och bekräftelse enbart gäller betalningsinvändningar framgår inte klart i domskälen, men det faktum att det är de ändrade betalningsrutinerna i den finansiella sektorn som motiverade kravet talar i denna riktning.²⁵

3.5 Fanns det tillräckligt starka skäl för att jämka 15 § skuldebrevslagen?

Det kan dock göras gällande att det bör finnas starka skäl för att jämka 15 § skuldebrevslagen inom dess kärnområde och att utgångs-

²² Se J. Munukka "Är orderskuldebrev negotiabla", *JT* 2010–11 s. 464 (s. 475).

²³ Jfr den kritik mot särskilt orderskuldebrev som framförts av Walin/Herre. Se G. Walin/J. Herre *Lagen om skuldebrev m.m.* s. 150 ff.

²⁴ J. Munukka "Är orderskuldebrev negotiabla", *JT* 2010–11 s. 464 (s. 475).

²⁵ I sin kommentar till fallet framhåller Walin/Herre att när privatpersoner använder sig av orderskuldebrev och det inte är fråga om masshantering inom den finansiella sektorn så finns det skäl att tillämpa 15 § enligt sin ordalydelse med iakttagande av vad som krävs enligt lagmotiven för god tro. Se G. Walin/J. Herre *Lagen om skuldebrev m.m.* s. 154. Walin/Herre påstår också att avgörandet i strikt mening endast har prejudikatvärde för orderskuldebrev. Som de medger täcker dock domskälen alla typer av löpande skuldebrev, alltså även innehavarskuldebrev. Se G. Walin/J. Herre *Lagen om skuldebrev m.m.* s. 154 n. 121.

punkten därför måste vara att Högsta domstolen i första hand tillämpar regeln på ett sätt som är förenligt med dess ordalydelse. En alternativ möjlighet hade därför varit att i stället för att uppställa ett krav på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse låta det räcka med att förvärvaren gjort en viss undersökning av det bakomliggande skuldförhållandet hos överlåtare, en standpunkt som också låg till grund för underrätternas bedömning. Även ett krav på en sådan undersökning hade utgjort en signal till den finansiella sektorn om att de bär ett ansvar för de nya betalningsrutinerna samtidigt som det framstår som mer förenligt med ordalydelsen av 15 § skuldebrevslagen än kravet på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse.²⁶

Vid en analys finns det vidare anledning att skilja mellan olika partskonstellationer. Att det kan finnas skäl att särskilt skydda en konsument som skrivit på ett löpande skuldebrev medges. En sådan person kan ofta antas vara dåligt insatt i reglerna om skuldebrev och betalningsrutinerna inom kreditväsendet, vilket gör att ett beslut att skriva på ett löpande skuldebrev inte är grundad på en genomtänkt och informerad vilja.²⁷ En konsument har ofta även en begränsad budget och en skyldighet att få betala på nytt kan därför drabba personen i fråga hårt. Något behov att skapa detta skydd genom att uppställa ett krav till tillfrågan och bekräftelse finns dock inte. Som jag återkommer till i nästa avsnitt kan det nämligen hävdas att en konsument enligt konsumentkreditlagens regler inte med bindande verkan kan skriva på ett löpande skuldebrev. Följden blir att 15 § skuldebrevslagen inte kommer att omfatta konsumentfordringar och att regeln därför inte behöver jämkas eller åsidosättas i något avseende för att skydda konsumenter.

Högsta domstolens krav på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse omfattar dock inte enbart gäldenärer som är konsumenter utan också gäldenärer som är näringsidkare om de inte tillhör den finansiella sektorn. De som tillhör denna kategori kan dock normalt sett förväntas vara mer förtrogna med löpande skuldebrev och förhållandena inom kreditväsendet än konsumenter. Vidare kan näringsidkare oftare än konsumenter förväntas ha förmågan att bära de risker som är förknippade med undertecknandet av ett löpande skuldebrev. Behovet av särskilda skyddsregler är alltså mindre på detta område. Det kan därför hävdas att det hade räckt med införandet av en försiktigare undersökningsplikt av det slag som underrätterna förordade.

²⁶ Underinstansernas val att lägga bevisbördan om god tro på förvärvaren utgör också en sådan signal och står inte i strid mot vad som framgår av lagregeln och lagmotiven (denna fråga uppmärksammas inte av dessa rättskällor).

²⁷ Se t.ex. O. Bar-Gill "The Behavioral Economics of Consumer Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 92, 2007–2008, s. 749 (s. 758 ff.), R.J. Mann "Contracting for Credit", O. Ben-Shahar (red.) *Boilerplate* (Cambridge 2007) s. 106 (s. 109) och O. Svensson *Avtalsfrihet och rättvisa* s. 342 ff. och s. 349 ff.

3.6 Hade 36 § avtalslagen kunnat tillämpas?

Av betydelse för att skapa ett skydd för gäldenären är också möjligheten att kunna tillämpa 36 § avtalslagen, alltså att jämka eller lämna ett avtalsvillkor utan avseende om det med hänsyn till omständigheterna är oskäligt.²⁸ Som framgått lämnade tingsrätten i det aktuella fallet avtalet utan avseende med hänsyn till omständigheterna. I sin kommentar till tingsrättens bedömning framhöll Håstad att det inte kan vara orden "eller order" som jämkades eftersom dessa ord enbart betyder att fordringen får överlätas, vilket skulle vara möjligt även utan dessa ord.²⁹ I stället anser han att det var villkoret att gäldenärerna skulle betala 110 000 kronor som jämkades.

Munukka påpekar dock att orden "eller order" inte bara leder till att skuldebrevet kan överlätas utan också till att det utgör ett löpande skuldebrev med begränsad invändningsrätt. Att jämka skuldebrevets villkor så att det blir ett enkelt skuldebrev anser han inte vara en orimlig tanke, särskilt om det går att visa att gäldenären varit ovetande om rättsverkningarna av ett löpande skuldebrev.³⁰ Om ett löpande skuldebrev omvandlas till ett enkelt skuldebrev blir följden att det inte finns något behov av att jämka 15 § skuldebrevslagen, denna regel blir ju då över huvud taget inte tillämplig. Den praktiska effekten kan dock bli ungefär densamma.

En kreditgivare kan vidare i avtalet med gäldenären införa villkor som minskar förvärvarens ansvar för att ta reda på om betalning har skett. Den tvingande konsumentkreditlagen gör visserligen att 36 § avtalslagen inte spelar någon större roll vid konsumentfordringar. Men om gäldenären är en näringsidkare fyller den en funktion om kreditinstituten i sina avtal tar in bestämmelser som minskar förvärvarens ansvar. Sådana villkor kan ju neutralisera det skydd som lagstiftaren skapat för gäldenären. Här kan hänsyn tas till förhållandena i det enskilda fallet. Om gäldenären är en näringsidkare med lång erfarenhet och det kan antas att han gått med på avtalsvillkoret med en informerad och genomtänkt vilja finns det mindre anledning att jämka avtalet än om gäldenären är en mindre näringsidkare med begränsad erfarenhet och det kan antas att han inte gått med på avtalsvillkoret med en informerad och genomtänkt vilja.

3.7 Borde 16 § första stycket konsumentkreditlagen ha tillämpats?

Agneta Bäcklund var skiljaktig om motiveringen och tillämpade 16 § första stycket i den då gällande konsumentkreditlagen i stället för 15 § skuldebrevslagen.³¹ Enligt den förstnämnda regeln får en konsument,

²⁸ Om 36 § avtalslagen, se t.ex. A. Norlén *Oskälighet och 36 § avtalslagen* (Linköping 2004), C.R. von Post *Studier kring 36 § avtalslagen* (Stockholm 1999) och O. Svensson *Avtalsfrihet och rättvisa* s. 234 ff. och s. 244 ff.

²⁹ Se vad Håstad tillade för egen del i NJA 2010 s. 467.

³⁰ Se J. Munukka "År orderskuldebrev negotiabl", *JT* 2010–11 s. 464 (s. 473 f.).

³¹ 16 § första stycket i den då gällande konsumentkreditlagen motsvaras idag av 28 § första stycket i dagens konsumentkreditlag (2010:1846).

om en kreditgivare har överlåtit sina rättigheter enligt ett kreditavtal, mot den nya kreditgivaren göra samma invändningar som han vid överlåtelsen kunde göra mot överlåtare. Bäcklund framhöll att bestämmelsen enligt sin ordalydelse inte är begränsad till att gälla vissa fordringshandlingar, vilket innebär att den även omfattar fordringar som kommit till uttryck i löpande skuldebrev.

I lagmotiven anges dock att 16 § första stycket inte omfattar löpande skuldebrev. Det framhålls att det inte ansetts nödvändigt att ange detta uttryckligt i lagtexten och motivet för undantaget är att civilrättslig ogiltighet av löpande skuldebrev skulle komma i konflikt med grundläggande principer som skyddar en godtroende förvärvare av en sådan fordringshandling.³² Bäcklund finner dock inte dessa uttalanden övertygande. Hon tycker att det framstår som märkligt att en konsument med bindande verkan skulle kunna uppge sin rätt att göra invändningar om gjord betalning genom att skriva på ett löpande skuldebrev samtidigt som det inte är möjligt för konsumenten att i en enkel fordringshandling avsäga sig invändningsrätten. Bäcklund anser därför att 16 § första stycket, trots uttalandena i lagmotiven och skälen bakom dessa, omfattar löpande skuldebrev.

Det skulle kunna göras gällande att ett undantag i lagmotiven måste komma till uttryck i lagtexten för att kunna beaktas. Tanken är då att motiven ska beskriva skälen för en viss lagstiftning och hur reglerna ska tolkas och inte att skriva om lagreglerna.³³ Men att i lagmotiven införa ett undantag från lagregeln innebär just att lagregeln skrivs om på så sätt att en obetingad regel omvandlas till en betingad regel. Majoriteten i Högsta domstolen tycks dock ha godtagit undantaget i lagmotiven, det faktum att den ansåg att 15 § skuldebrevslagen var tillämplig på en konsumentkredit talar ju för detta. Det finns också vissa andra fall, där ett undantag intaget i lagmotiven, godtagits trots att det inte framgått av lagregeln.³⁴ Den slutsats som kan dras är alltså att hänsyn kan tas till ett undantag i lagmotiven om inte själva lagtexten på ett tillräckligt nyanserat sätt skiljer mellan olika fall.

Ett uttalande i lagmotiven är dock enbart vägledande, vilket gör att en domstol kan bortse från uttalandet i fråga om den kan anföra rimliga skäl.³⁵ Det är också detta som i första hand låg till grund för Bäcklunds bedömning, hon anser ju att skälen bakom undantaget i lagmotiven inte räcker för att avstå från en bokstavstrogetolkning av 16 § första stycket. Varför inte majoriteten i Högsta domstolen kom till samma slutsats kan framstå som något märkligt om man beaktar

³² Se prop. 1991/92:83 s. 83 f. och s. 125.

³³ Se t.ex. S. Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 319. Jfr T. Håstad *Köprätt* s. 19 f. A. Peczenik *Vad är rätt* s. 252 ff., F. Schmidt "Domaren som lagtolkare", *Festskrift till Nils Herlitz* (Stockholm 1955) och O. Svensson "Att avvika från lagen", *JT* 2014–15 s. 967 (s. 971).

³⁴ Se t.ex. NJA 1993 s. 3 och NJA 2007 s. 86 och O. Svensson "Att avvika från lagen", *JT* 2014–15 s. 967 (s. 972).

³⁵ Om lagmotiv som rättskälla, se t.ex. B. Lehrberg *Praktisk juridisk metod* s. 86 ff. och A. Peczenik *Vad är rätt* s. 241 ff.

dess kritiska utläggning av betalningsrutinerna inom kreditväsendet. Att närmare bilda sig en uppfattning om hur majoriteten resonerade är dock svårt med tanke på att den inte uttalade sig om varför den inte valde att tillämpa 16 § första stycket. Den kan dock inte ha uppfattat sig som bundna av lagmotiven och dess bedömning måste därför ha byggts på vissa ändamålsöverväganden eller liknande.

Av betydelse för bedömningen är också att konsumentkreditlagen utformats på grundval av EG-direktiv. I artikel 9 i det direktiv som låg till grund för 16 § första stycket i den då gällande konsumentkreditlagen anges att om en kreditgivares rättigheter enligt ett kreditavtal överläts till en tredje man ska konsumenten ha rätt att göra gällande samma invändningar gentemot förvärvaren som han kunde göra gentemot den ursprungliga kreditgivaren.³⁶ Bäcklund framhåller att det inte finns något undantag för löpande skuldebrev och åberopar detta som ett ytterligare stöd för sin bedömning.³⁷ Med tanke på kravet på direktivkonform tolkning av EG-direktiv är detta självfallet i så fall ett starkt argument för att bortse från uttalandet i lagmotiven.³⁸ Munukka påpekar dock efter att ha utrett saken att det sannolikt är så att alla slags bolån är undantagna från direktivets tillämpningsområde, vilket skulle göra att något krav på direktivkonform tolkning inte förelegat i det aktuella fallet.³⁹ Men detta hindrar givetvis inte att domstolen likväl bortser från lagmotiven och tillämpar 16 § första stycket enligt sin ordalydelse.

4 Avslutning

I inledningen till denna artikel framhölls att en grundtanke i svensk rätt är att regleringen av kontraktsrätten ska ske genom lagstiftning och att detta kommit till uttryck i 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen, där det anges att föreskrifter om rättsförhållandet mellan enskilda meddelas genom lag. Denna bestämmelse hindrar dock inte de allmänna domstolarna från att genom tolkning närmare bestämma en lagregels rättsverkningar och att i brist på lagregler vidareutveckla rätten så att tvister mellan enskilda kan lösas.

En mer kontroversiell fråga är i vilken omfattning som en domstol har kompetens att avvika från vad som framgår av en lagregel. Denna fråga aktualiserades i NJA 2010 s. 467. Visserligen beskrev Högsta domstolen kravet på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse som en tolkning av 15 § skuldebrevslagen. Men genom att upphäva negotiabiliteten beträffande invändningar om betalning kom domstolen i prak-

³⁶ Se direktiv 87/102/EEG. Motsvarande bestämmelse finns numera i artikel 17.1 i direktiv 2008/48/EG.

³⁷ I sitt tillägg skrev Håstad att han, liksom Bäcklund, ansåg att utformningen av lagtexten och motivuttalandets oförenlighet med bakomliggande EG-direktiv medförde att kärandens talan skulle kunna ogillas med stöd av 16 § första stycket i den då gällande konsumentkreditlagen.

³⁸ Om direktivkonform tolkning, se U. Bernitz/A. Kjellgren *Europarättens grunder* (femte upplagan, Stockholm 2014) s. 123 ff.

³⁹ J. Munukka "Är orderskuldebrev negotiabilia", *JT* 2010–11 s. 464 (s. 472 f.).

tiken att behandla ett löpande skuldebrev som ett enkelt skuldebrev. Detta utgjorde bakgrunden till Håstad påstående att domstolen i själva verket jämkat eller åsidosatt 15 § skuldebrevslagen inom dess kärnområde på grund av ändrade betalningsrutiner inom kreditväsendet.

Att domstolarna har en viss kompetens att avvika från lagens bokstav är något som framgått av framställningen ovan. Kompetensen är dock oklar till sin omfattning och det är därför svårt att säga hur långt en domstol kan gå utan att överskrida vad som faller inom kompetensramen. Som framhölls i inledningen är detta ett problem: om en domstol på närmast godtyckliga grunder och i en betydande omfattning skulle ha rätt att avvika från lagen hade lagregler inte längre gått att betrakta som en rättskälla och den princip om lagstyre som kommer till uttryck i 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen hade upphört att gälla.

Enligt min uppfattning är det viktigt att kompetensen att avvika från lagen på kontraktsrättens område inte utvidgas så mycket att den riskerar sätta principen om lagstyre ur spel.⁴⁰ Detta innebär att en avvikelse endast bör ske undantagsvis och om starka skäl talar för en sådan samt att den bör redovisas öppet och inte döljas genom fiktiva omtolkningar av lagregeln. Av vikt är också att de ändamålsöverväganden som ligger till grund för avvikelsen är förankrade i rättfärdigande grunden för rättsområdet, vilket innebär att en domstol som avviker från en lagregel ska visa trohet för rätten på så sätt att den i sin bedömning ska vägledas av de värden som ligger till grund för rätten på området i fråga.⁴¹

Anta — för att anknyta till ett välkänt exempel — att en bestämmelse föreskriver att fordon i parken är förbjudna och att en ambulans ryckt ut för att ta hand om en person som fått en hjärtattack i parken.⁴² I så fall är det ett fall som på ett klart sätt täcks av bestämmelsen, en ambulans är ju utan tvekan ett fordon. Likväl anser vi att det finns starka skäl att göra ett undantag och att detta kan förankras i rättfärdigande grunden för rättsområdet i fråga. Det framstår nämligen som uppenbart att om man utgår från de värden som ligger till

⁴⁰ Jfr t.ex. M.C. Murphy *Philosophy of Law* (Malden MA 2007) s. 69 ff. och F. Schauer "Is Defeasibility an Essential Property of Law?", J.F. Beltrán / G.B. Ratti (red.) *The Logic of Legal Requirements* (Oxford 2012) s.77 och *Thinking like a Lawyer* (Cambridge MA 2012) s. 13 ff. och s. 163 ff.

⁴¹ Jfr C. Dahlman *Neutralitet i juridisk forskning* (Lund 2006) s. 45 ff. (där han beskriver den så kallade skäl bilden för reglerna). Tilläggas kan att vad som beskrivs som rättfärdigande skäl i sin tur kan grundas på andra skäl. Högst upp i en sådan hierarki av skäl finns det som kan kallas rättens grundläggande värden. Att anförda skäl kan härledas från sådana grundläggande skäl är ofta något som tas för givet eller underförstås. Jfr F. Schauer *Playing by the Rules* (Oxford 1992) s. 73 ff. Se vidare hur en teori om bristande finhet kan kopplas till en teori om rättfärdigande grunden i O. Svensson "Att avvika från lagen", *JT* 2014–15 s. 967 (s. 972 ff.).

⁴² Exemplet om fordonsförbudet i parken är hämtat från Herbert Hart och har blivit legendariskt i rättsfilosofisk litteratur. Se H.L.A. Hart *The Concept of Law* s. 128 ff. Jfr F. Schauer *Thinking like a Lawyer* s. 163 ff. Om ambulansfallet, jfr S.J. Shapiro *Legality* (Cambridge MA 2011) s. 254.

grund för rätten så är det viktigare att rädda liv än att genom ett fordonsförbud minska oljud och föroreningar i parken.⁴³

I det aktuella fallet kan det dock ifrågasättas om Högsta domstolen borde ha jämkat eller åsidosatt 15 § skuldebrevslagen genom att uppställa ett krav på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse. Visserligen var avvikelsen från lagregeln förankrad i rättfärdigande grunden eftersom de ändrade betalningsrutinerna inom kreditväsendet rubbat den avvägning mellan parternas intressen som förutsatts vid lagens tillkomst. Men frågan är om detta är tillräckligt för att avvika från lagregeln.⁴⁴ Det kan ju hävdas att ett krav på starka skäl för en avvikelse innebär att det inte räcker att en tillämpning av lagregeln i någon mån blivit olämplig med hänsyn till rättfärdigande grunden utan att en tillämpning av regeln i en betydande omfattning ska ha blivit olämplig i detta avseende. Detta innebär att det kan göras gällande att om Högsta domstolen velat skärpa kraven för en förvärvare så borde den ha nöjt sig med ett krav på en undersökning hos överlåtare som är förenlig med vad som framstår som en möjlig tolkning av 15 § skuldebrevslagen.

Ståndpunkten att det krävs starka skäl att avvika från vad som är förenligt med ordalydelsen baseras bland annat på uppfattningen att medborgarna ska ha en viss möjlighet att på förhand kunna förutse hur en lagregel tillämpas. Högsta domstolens krav på tillfrågan och inhämtande av bekräftelse har uppfattats som överraskande av många och var nog inte något som kreditinstituten räknade med, vilket talar för att ett sådant krav borde ha införts av lagstiftaren så att den finansiella sektorn hade kunnat anpassa sig efter reglerna.

Av betydelse är också att Högsta domstolen hade kunnat valt att tillämpa 16 § första stycket i den då gällande konsumentkreditlagen. Om man enbart beaktar regelns ordalydelse framgår det ju att denna även omfattar löpande skuldebrev, vilket innebär att om domstolen valt att göra detta så hade den kunnat ogilla käromålet utan att behöva avvika från lagregelns tillämpningsområde. Varför Högsta domstolen — till skillnad från minoriteten — avstod från att tillämpa denna regel är svårt att svara på. Förvisso görs i motiven ett undantag för löpande skuldebrev och det är möjligt att det bakomliggande EG-direktivets tillämpningsområde inte omfattar bolån. Men ett uttalande i lagmotiven är inte bindande och med tanke på den kritik som Högsta domstolen riktade mot de ändrade betalningsrutinerna inom kreditväsendet finns det inget som talar för att domstolen ansåg att undantaget var sakligt motiverat.

I denna artikels inledning framhölls att det finns ett behov av en teori som närmare klargör under vilka förutsättningar som en domstol har rätt att avvika från en lagregel. Någon sådan teori har visserligen inte lagts fram ovan, men det har varit min ambition att med ut-

⁴³ Jag bortser här från regler om nöd och liknande på annat håll i lagstiftningen.

⁴⁴ Jfr F. Schauer *Playing by the rules* s. 137 ff.

gångspunkt från NJA 2010 s. 467 påvisa behovet av en sådan teori och att formulera några allmänt hållna riktlinjer om vad som kan utgöra grunden för den.