Avtalsrätten och rättskällorna — med passivitet som illustration

Av professor Christina Ramberg

Tore Almén var pappa till en kasuistisk avtalslag med viktiga förarbeten. Varken lagen eller förarbetena ger vägledning om vad som gäller utanför de speciellt reglerade frågorna. I denna artikel uppmärksammas rättskällor som kompletterar lag och förarbeten. Analysen sker med frågan om passivitet i avtalsrätten som illustration och tar fasta på vilka rättskällor HD hänvisar till. Prejudikat har blivit alltmer betydelsefulla som rättskälla. I artikeln uppmärksammas särskilt prejudikat sub silentio (dvs. domskäl utan hänvisningar till rättskällor), prejudikat med generella uttalanden och prejudikat med analogiska resonemang.[1]

1 Inledning

Ett av de stora projekt som Tore Alméns deltog i var avtalslagen från 1915. Den är i tidstypisk kasuistisk stil. Torgny Håstad har beskrivit den som en punktreglering av några vanligt förekommande problem.[2] En modern avtalslag skulle med stor sannolikhet få en helt annan uppläggning med start i bestämmelser som lägger fast grundläggande generella principer.[3]

I Sverige uppkommer svåra problem eftersom vi saknar heltäckande koder och endast har fragmentarisk avtalsrättslig lagstiftning. Vilka rättskällor ska då tillämpas?

Huvudsyftet med denna artikel är att analysera vilken metod jurister ska använda för att få kunskap om vad som gäller när texten i avtalslagen inte ger svar på en fråga. Eller med andra ord: Vilka rättskällor som ger svar på vad som gäller, så att en praktiserande jurist kan göra en prognos som stöd för sina råd och beslut. En sådan prognos handlar till syvende och sist om hur HD skulle döma om frågan kom inför HD. Med ett sådan prognosambition, är det avgörande hur HD själv förhåller sig till rättskällor.[4]

[1] Stort tack till Torgny Håstad och Antonia Krzymowska för värdefulla kommentarer.

[2] Vid ett anförande i Lund 2015 i samband med högtidlighållandet av avtalslagen 100 år.

[3] O. Lando, CISG and its followers: A proposal to adopt some international principles of contract law, i Essays in honour of Jerzy Raijski, 2007, s. 579–593.

[4] C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, kap. 5.5; J. Kleineman, Ersättningsgilla tredjemansskador – än en gång, JT 2009–10 s. 309, på s. 309. Se dock D. Victor, Något om domskrivning i högsta instans, Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, s. 541, på s. 553 och s. 548; L Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning, 2018.

2 Illustration: Passivitet utanför avtalslagen

I avtalslagen finns ingen generell bestämmelse om rättsverkan av passivitet. Vi finner istället en mängd bestämmelser av innebörd att passivitet medför rättsverkningar i vissa speciella situationer.[5] Men vad är huvudregel och vad är undantag? Är huvudregeln att passivitet medför rättsverkningar? Eller är huvudregeln tvärtom att passivitet *inte* medför rättsverkningar? På denna grundläggande fråga ger texten i avtalslagen inget svar.[6]

Obligationsrättskommittén uttalar beträffande avsaknaden av en generell passivitetsregel i avtalslagen:[7]

> Att i lag uppställa bestämda regler angående förutsättningarna för att tystnad [...] må tolkas såsom samtycke låter sig svårligen göra, och ett allmänt uttalande av innehåll, att avtal under vissa förutsättningar kan komma till stånd genom underlåtenhet att avgiva svar resp. genom konkludenta handlingar, torde, [...], icke hava något värde.

Av detta uttalande framgår att skaparna av avtalslagen medvetet avstått från att ta ställning till vad som är huvudregel och undantag beträffande rättsverkningar av passivitet.

Många i doktrin har sökt efter svaret på vad som gäller om passivitet utanför uttryckligt lagreglerade situationer. Förenklat kan man konstatera att ingen hittat någon entydig heltäckande huvudregel eller utgångspunkt.[8]

[5] T.ex. avtalslagens bestämmelser i 4 § andra stycket, 6 § andra stycket, 9 och 32 §§.

[6] Avgränsning: Jag behandlar endast ren passivitet, dvs. inte rättsverkan av konkludent handlande (kommunikation genom aktivt beteende utan ord). Se om passivitet, M. Vea Lund, Passivitet, Bergen 2017; L. Gorton & N. Arvidsson, Passivitet inom avtalsrätten, Festskrift till Millqvist, 2018. s. 97.

[7] NJA II 1915. Uttalandet tas med i 1960 års upplaga av T. Almén & R. Eklund, Lagen om avtal på förmögenhetsrättens område, s. 36. Detta var antagligen ett förtydligande med anledning av de många rättsvetenskapliga studier om passivitet som skrevs under mitten av 1900-talet. C.J. Arnholm. Passivitetsvirkninger, 1932; R. Knoph, Rettslige standarder, 1939, U. Cervin, Om passivitet inom civilrätten, 1960, Hj. Karlgren, Passivitet, 1965.

[8] De flesta är överens om att passivitet endast sällan medför rättsverkningen *avtalsbundenhet*. A. Adlercreutz & L. Gorton & E. Lindell-Frantz, Avtalsrätt I, 2016, s. 117, uttalar: "Självfallet kan inte avtal komma till stånd genom ren passivitet hos anbudsgivaren" och på s. 122: "HD har hitintills varit försiktig med att tillmäta underlåtenhet att reklamera avtalsverkan [...] HD har inte uteslutit möjligheten, utan endast antytt att andra omständigheter måste tillkomma." K. Grönfors & R. Dotevall, Avtalslagen en kommentar, 2016, s. 114, framhåller att talesättet ”Den som tiger samtycker" inte är avtalslagens utgångspunkt och anser (s. 117) att 9 § avtalslagen är en bestämmelse av undantagskaraktär och att det alltså endast är i speciella fall som en mottagare av ett anbud har en plikt att vara aktiv och klargöra att hen inte vill anta anbudet. J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2016, s. 112, anser att det är illojalt av en part att inte tala om vad som gäller när parten har anledning att misstänka att motparten har misstagit sig beträffande rättsläget och felaktigt trott att ett avtal kommit till stånd. Ju mer illojalt det är av en part att förhålla sig passiv, desto större risk föreligger att den illojala parten blir utsatt för civilrättsliga påföljder. Även om det finns en allmän princip om lojalitet vid avtalsförhandlingar, är konsekvensen av illojalitet endast undantagsvis avtalsbundenhet. Utrymmet är alltså enligt Ramberg & Ramberg begränsat för att med stöd analogier och allmänna avtalsrättsliga principer komma fram till att avtalsbundenhet uppkommer genom passivitet när parterna inte tidigare har avtalat med varandra. E.P. Björkdahl, Passivitet och

3 Förarbetena ger inget stöd

Traditionellt har Sverige löst frågor som saknar svar i lagtext genom att ge stor tyngd åt uttalanden i förarbeten. Denna rättskälla medför emellertid problem av statsrättslig och kvalitetsmässig natur. Om detta har skrivits mycket. För avtalsrättens del tillkommer problemet att förarbetena nu blivit mycket gamla. Det är möjligt att synen på passivitet har förändrats sedan förarbetena skrevs, och försiktighet är därför påkallad innan de uttalanden som finns läggs till grund för innehållet i nu gällande rätt. Av naturliga skäl behandlas inte moderna problem i förarbetena till avtalslagen. Dessutom fokuserar förarbetena på själva lagbestämmelserna och ger knapphändig information om vad som gäller vid sidan av deras direkta tillämpningsområde. Förarbetena till avtalslagen innehåller inga redogörelser för huvudregler i den allmänna avtalsrätten. De ger alltså inget stöd för att avgöra vad som gäller om passivitet utanför lagtexten.

4 Prejudikat från Högsta domstolen rörande passivitet

Nu, 100 år efter Tore Alméns bortgång, finns ymnig praxis från HD. Vad säger HD om passivitet? Inledningsvis kan konstateras att HD på senare tid sagt mycket om saken. Man kan inte anklaga HD för att vara passiv beträffande passivitet.

Passivitet kan medföra olika rättsverkningar: S*kadeståndsskyldighet i samband med culpa in contrahendo,* dvs. vid avtalsförhandlingar som inte leder fram till avtalsbundenhet;[9] *avtalsbundenhet;*[10] vara avgörande för *att fastställa avtals innehåll;*[11] medföra att *villkoren i ett redan ingånget avtal förändras*;[12] samt medföra att en part *förlorar möjligheten att göra en rättighet gällande.*[13]

Sammanfattningsvis ger HD:s nyare praxis intryck av följande rörande passivitet vid sidan av lagstiftning: Passivitet kan medföra olika typer av rättsverkningar; vanligtvis krävs att den passiva parten varit försumlig eller medvetet förhållit sig passiv när hen bort inse att risken varit stor att motparten vidtar dispositioner som en aktiv handling skulle ha kunnat förebygga; i vissa fall uppställs emellertid inte så stränga krav.

konkludent handlande — särskilt i samband med hyresavtal, JT 2013–14 s. 237, analyserar ändamålen bakom huvudregeln om att passivitet inte får rättsverkan och bakom undantagen att passivitet i vissa fall har rättsverkan. I Restatement of Nordic Contract Law uttalas i kommentaren till § 1–3 (s. 72): "As a rule passivity cannot in itself be construed as a binding promise."

[9] NJA 1990 s. 745, NJA 1978 s. 147, NJA 1973 s. 175, NJA 1963 s. 105.

[10] NJA 2006 s. 638; NJA 1992 s. 243. Se även NJA 1977 s. 92 och NJA 1962 s. 276.

[11] NJA 2012 s. 3, NJA 2010 s. 559, NJA 2007 s. 962, NJA 1980 s. 46.

[12] NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby).

[13] NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby); NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya), NJA 2017 s. 1195 (Skogssällskapet), NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken), NJA 2007 s. 909 (Jehanders grus), NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé).

5 Vilken vägledning har Högsta domstolen gett beträffande metoden för att finna rättsregler vid sidan av lagstiftning?

Jag har gjort en analys av hur HD motiverat sina ställningstaganden beträffande passivitet alltsedan avtalslagen trädde i kraft 1915. Resultatet förvånade mig. Jag hade trott att HD under första hälften av 1900-talet i hög grad hänvisade till analogier (”enligt grunderna för”) eller motsatsslut. Men så var det inte. Inte i ett enda av 19 avgöranden om passivitet från första hälften av 1900-talet finns någon referens till analogi eller motsatsslut. Faktum är att HD i 90 procent av fallen inte hänvisade till en endaste rättskälla.[14] I ett fall hänvisade HD till prejudikat.[15] I ett fall hänvisade HD till lagrum i rubriken.[16] I ett fall gjorde en skiljaktig ledamot i HD lämplighetsöverväganden.[17]

HD:s referenser till rättskällor i rättsfall om passivitet 1915–1962:

Ingen hänvisning alls	90 %
Prejudikat	5 %
Lagrum	5 %
Förarbeten	0 %
Doktrin	0 %
Analogier	0 %
Lämplighetsöverväganden	0 %
Utländsk rätt	0 %
Soft Law	0 %

När HD inte förklarar hur HD har kommit fram till slutsatser och alltså inte redogör för vilka rättskällor som legat till grund för avgörandet, blir det självklart svårt för allmänheten att göra prognoser om hur HD kommer att resonera i framtida avgöranden om liknande frågor.

På senare tid har HD helt ändrat stil. Numera redogör HD vanligtvis i utförliga domskäl för de rättskällor som legat till grund för domen. Genom sådana domskäl ger HD vägledning i två avseenden; dels för den specifika rättsfråga som är föremål för prövning, dels för alla rättsfrågor genom att ge vägledning om rättskälleläran.

Hur ser rättskälleläran á la moderna HD ut? Vid en analys av samtliga förmögenhetsrättsliga avgöranden under perioden 2007–2014 hittade jag hänvisningar till rättskällor i HD:s domskäl enligt följande:[18]

[14] I följande avgöranden om passivitet saknas hänvisningar till rättskällor (i något enstaka fall finns en hänvisning till ”rättvist”): NJA 1962 s. 276, NJA 1961 s. 26, NJA 1955 s. 280, NJA 1953 s. 570, NJA 1949 s. 444, NJA 1947 s. 54, NJA 1946 s. 146, NJA 1940 s. 98, NJA 1939 s. 579, NJA 1936 s. 341, NJA 1933 s. 260, NJA 1926 s. 418, NJA 1925 s. 348, NJA 1924 s. 579, NJA 1921 s. 228, NJA 1920 s. 113, NJA 1916 s. 148. I NJA 1936 s. 334 hänvisade majoriteten inte till någon rättskälla men en skiljaktig ledamot hänvisade till en extensiv tolkningen av ett lagrum.

[15] NJA 1951 s. 468.

[16] NJA 1962 s. 276.

[17] Walin i NJA 1953 s. 570.

[18] 216 fall. I många av fallen hänvisade HD till flera rättskällor.

Prejudikat	63 %
Förarbeten	62 %
Lagrum	51 %
Doktrin	50 %
Analogier	19 %
Utländsk rätt	5 %
Soft Law	5 %
Ingen hänvisning alls	1 %
Lämplighetsöverväganden	Ej kontrollerat[19]

Vad säger oss dessa siffror? Naturligtvis säger de inget om hur HD har viktat betydelsen av olika rättskällor. Det mest slående är att HD numera sällan avstår från att hänvisa till rättskällor. Det är en helt annan bild än den som framträder vid analysen av passivitetsavgöranden under första hälften av 1900-talet.

I de tretton HD-avgöranden som handlar om passivitet under perioden 1980–våren 2018 hänvisade HD till rättskällor enligt följande.[20]

	Passivitetsfall	Förmögenhetsrätt
Prejudikat	8 fall[21] (62 %)	63 %
Analogier	6 fall[22] (46 %)	19 %
Lämplighetsöverväganden	5 fall[23] (38 %)	Ej kontrollerat
Doktrin	5 fall[24] (38 %)	50 %
Ingen hänvisning alls	4 fall[25] (31 %)	1 %
Förarbeten	2 fall[26] (15 %)	62 %
Utländsk rätt	0 fall[27] (0 %)	5 %
Soft Law	0 fall[28] (0 %)	5 %
Lagrum	0 fall (0 %)	51 %

[19] Jag genomförde analysen i samband med ett annat forskningsprojekt där frågan om lämplighetsöverväganden inte var relevant.
[20] I många av fallen hänvisade HD till flera rättskällor.
[21] NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby), NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya), NJA 2017 s. 1195 (Skogssällskapet), NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken), NJA 2007 s. 909 (Jehanders grus), NJA 2006 s. 638, NJA 2002 s. 630, NJA 1980 s. 46.
[22] NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya), NJA 2017 s. 1195 (Skogssällskapet), NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken), NJA 2007 s. 909 (Jehanders grus), NJA 2006 s. 638, NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé).
[23] NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya), NJA 2017 s. 1195 (Skogssällskapet), NJA 2007 s. 909 (Jehanders grus), NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé), NJA 1980 s. 46. I NJA 2006 s. 638 hänvisade en ledamot (Håstad) i sitt tillägg bl.a. till ändamålsöverväganden.
[24] NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby), NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken), NJA 2007 s. 909 (Jehanders grus), NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé), NJA 1990 s. 745. I NJA 2006 s. 638 hänvisade en ledamot (Håstad) i sitt tillägg bl.a. till doktrin.
[25] NJA 2012 s. 3, NJA 2010 s. 559, NJA 2007 s. 962, NJA 1992 s. 243.
[26] NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya), NJA 2017 s. 1195 (Skogssällskapet). I NJA 2006 s. 638 hänvisade en ledamot (Håstad) i sitt tillägg bl.a. till förarbeten.
[27] I NJA 2006 s. 638 hänvisade en ledamot (Håstad) i sitt tillägg bl.a. till utländsk rätt.
[28] I NJA 2006 s. 638 hänvisade en ledamot (Håstad) i sitt tillägg bl.a. till soft law-instrument.

I avgörandena om passivitet 1980–våren 2018 saknas hänvisningar till lagrum. Det är naturligt eftersom passivitetsavgörandena handlar om fall där det saknas lagstöd. Av samma anledning är det naturligt att HD endast i få fall refererar till förarbeten i avgöranden rörande passivitet.

En annan iakttagelse är att HD relativt ofta helt avstår från att hänvisa till rättskällor när det är fråga om passivitet. HD hänvisade inte till någon rättskälla i en tredjedel av fallen som rör passivitet men endast i en procent av samtliga förmögenhetsrättsliga fall.[29]

Analogier till lagrum är mer än dubbelt så vanliga beträffande passivitetsfrågor jämfört med allmänna förmögenhetsrättsliga frågor.

Hänvisningar till prejudikat och doktrin är ungefär lika vanligt i den allmänna förmögenhetsrätten som i de speciella fallen rörande passivitet.

Hänvisningar till utländsk rätt och soft law är generellt sett mycket ovanligt. HD har inte sökt stöd i analyser av vad som gäller om passivitet i andra länder, trots att frågan om rättsverkan av passivitet är universell och relevant i alla rättsordningar. Det är förvånande att HD inte sökt mer utländskt stöd för sina slutsatser rörande passivitet.

Tyvärr har jag inte haft tid att undersöka hur vanligt det är att HD resonerar med stöd av lämplighetsöverväganden i hela förmögenhetsrätten. I passivitetsfallen är det intressant att lämplighetsöverväganden förekommer i nästan hälften av fallen. Jag tror inte att det är lika vanligt med lämplighetsöverväganden i förmögenhetsrätten generellt, även om lämplighetsbedömningar säkerligen har blivit vanligare under 2000-talet än vad de var under 1900-talet.

6 Särskilt om betydelsen av att HD inte anger rättskällor (sub silentio)

Av tabellerna ovan framgår att det var vanligt i äldre rättsfall att HD inte förklarade vilka rättskällor som legat till grund för avgörandet (sub silentio). I så fall ges större svängrum för att tolka fram en rättsregel ur prejudikatet, samtidigt som innebörden av prejudikatet är mer osäker.[30] Allmänt sett har rättsfall sub silentio lägre prejudikatvärde än rättsfall där HD redogör för grunderna för sitt ställningstagande, vilket beror på att sannolikheten för ett snävt uttolkat ratio decidendi eller en avvikelse är större när avgörandet inte är underbyggt med övertygande argument.[31] Detta gäller särskilt om rättsfallet är gammalt.[32] I praktiken förefaller emellertid doktrin många gånger godta HD:s omotiverade rättsregler utan reservationer.[33] Sannolikt kommer framtida

[29] Observera att jämförelseperioderna skiljer sig åt.
[30] Se allmänt, C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, kap. 10.2.2 och s. 320. Se också D. Victor, Högsta Domstolen och prejudikaten — särskilt på straffrättens område, i Festskrift till Nils Jareborg, 2002, s. 717, på s. 721.
[31] C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, kap. 11.13.2. Lars Heuman anser att omotiverade rättsnormer har lägre prejudikatvärde eftersom det är enklare att avvika från dem, se L. Heuman, Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet, i Festskrift till Per Olof Bolding, 1992, s. 201, på s. 221 ff.
[32] C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, kap. 11.10.
[33] Se exempel i C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, s. 321.

rättsfallsanalyser i doktrin och argumentation från juridiska ombud att i högre grad ifrågasätta prejudikatvärdet av domskäl som saknar stöd i rättskällor.

7 Särskilt om analogier och motsatsslut

Vissa författningar formuleras avsiktligt med ett begränsat tillämpningsområde men med tanken att bestämmelserna ska kunna tillämpas analogt när det är lämpligt (*mutatis mutandi)*. Skuldebrevslagen från 1936 är ett exempel på detta. Tanken var att skuldebrevslagens bestämmelser om enkla skuldebrev skulle kunna tillämpas analogt på fordringar som inte regleras uttryckligen i skuldebrevslagen. Av Alméns kommentar till avtalslagen framgår inte om bestämmelserna i avtalslagen hade motsvarande syfte.[34]

Ger bestämmelserna om passivitet i avtalslagen uttryck för att all passivitet i samband med avtalsförhandlingar ska medföra avtalsbundenhet? Eller är det endast passivitet i de mycket speciella situationer som detaljerat beskrivs i avtalslagen som medför avtalsbundenhet? Med andra ord; ska vi tolka avtalslagens bestämmelser om passivitet ex analogia eller e contrario? Och är vissa bestämmelser mer lämpliga för analogier eller motsatsslut än andra (t.ex. 4 § andra stycket, 6 § andra stycket och 9 § om faktiskt ond tro respektive 32 § om culpös ond tro)?

Avtalslagens många preciserade regler med tydliga rekvisit för att passivitet ska medföra rättsverkan, ger intryck av att utgöra undantagsregler från en underförstådd huvudregel om att passivitet *inte* medför rättsverkningar.[35] Läsare kanske tänker: Varför bemöda sig om att utforma alla dessa detaljerade rekvisit om reglerna är generellt tillämpliga?[36]

För en annan läsare är det måhända mer naturligt att lägga samman specialbestämmelserna i avtalslagen och i denna helhet se ett uttryck för en generell huvudregel om att passivitet medför rättsverkningar.[37]

HD har varit tämligen försiktig med att redogöra för analogiska resonemang i förmögenhetsrätten (19 procent), även om analogier på senare tid är vanliga just beträffande avgöranden om passivitet (46 procent). När HD hänvisar till lagrum som inte är direkt tillämpliga, är det emellertid ofta svårt att förstå hur stor roll hänvisningen spelar. Endast sällan utvecklar HD resonemang beträffande analogier. Möjligen har detta ändrat sig nyligen. I HD:s avgörande NJA 2018 s. 127 (Flyget till

[34] Där finns endast ett mycket kortfattat uttalande att lagens huvudsakliga syfte varit att fastslå vad som tidigare gällt (på s. 4 i 1949 års upplaga). Detta ger inte stöd för att bedöma om avtalslagens bestämmelser ska tillämpas analogt eller e contrario.

[35] Härtill kommer bestämmelser om passivitet i andra lagar, t.ex. 3 § kommissionslagen och 19 § lagen om handelsagentur.

[36] K. Grönfors & R. Dotevall, Avtalslagen, 2010, s. 68, avvisar med kritiska anmärkningar till NJA 1919 s. 359 en analog tillämpning av 6 § andra stycket avtalslagen när avtalets innehåll ska fastställas (kritiken återfinns inte i upplagan från 2016).

[37] På samma sätt som HD i NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya) lade samman en mängd lagrum om reklamation och utläste en generell regel om reklamation (se strax nedan).

Antalya) redogör HD för fem lagbestämmelser om reklamation och drar slutsatsen att de gemensamma intressen som ligger bakom dessa bestämmelser utvisar att de ger uttryck för en allmän kontraktsrättslig princip (punkterna 21–22 i domen). Men i ett avgörande några månader tidigare, NJA 2017 s. 1195 (Skogssällskapet), har HD en särskild rubrik ”Andra lagbestämmelser” med redogörelse för reklamationsregler i sju lagar och drar slutsatsen att det *inte* går att dra några generella slutsatser (punkterna 19–20 i domen).

Sammanfattningsvis är det alltså oklart om avtalslagens passivitetsbestämmelser ger stöd för analogier eller motsatsslut. Antagligen är det säkrast att inte ta stöd i analogin eller motsatsslutet. Istället får man förlita sig på andra rättskällor.

8 Särskilt om räckvidden av generella uttalanden i prejudikat

Prejudikat är, som framgår av tabellerna ovan, viktiga rättskällor när det saknas tydliga rättsregler i författning. HD har på senare tid i allt högre grad uttalat generella rättsregler i domskälen. Exempel på detta finns inte minst i samband med avgöranden om passivitet:

NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé): ”Det finns normalt ingen plikt för en säljare, som mottagit en reklamation från köparen om fel i varan, att väcka talan om betalning inom viss tid för att undgå att fordringen på betalning faller bort.”

NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken): ”Av allmänna kontraktsrättsliga principer följer att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott, t.ex. skadestånd, inte kan förhålla sig passiv”.

I doktrin går åsikterna isär om HD:s generella uttalanden är av godo eller av ondo.[38] Det råder dock enighet om att det finns anledning att vara försiktig vid tolkningen av generellt uttalade regler i prejudikat och noga analysera om den uttalade rättsregeln är så allmän att det utgör ett obiter dictum eller om det finns skäl att avvika från den.[39] När HD uttalar vad som följer av allmänna principer, är sannolikheten stor att domstolar i senare avgöranden kommer att tillämpa den sålunda uttalade principen. Flera justitieråd ställer sig bakom ett obiter dictum, vilket gör att det får stor tyngd — i vart fall lika tungt som om fem eniga

[38] Lars Hjerner ställer sig kritisk till generellt uttalade rättsregler i prejudikat (L. Hjerner, Om rättsfallstolkning, 1981, s. 46). Bertil Bengtsson anser att HD:s uttalande av generella normer utan anslutning till konkreta problemställningar skulle kunna vara ett brott mot rättsstatens grundprinciper (B. Bengtsson, Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt, i Festskrift till Stig Strömholm, 1997 s. 109, på s. 117). Lars Heuman och Jan Andersson framhåller däremot värdet av att HD formulerar rättssatser i allmänna termer (J. Andersson, Högsta Domstolens prejudikatfunktion och bruket av obiter dicta, i Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok I, 2008, s. 11, på s. 30 f.; L. Heuman, Prejudikat som innehåller konkretiseringar eller rekvisit, JT 2015–16 s. 757, på s. 759).

[39] C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, s. 286 ff.; P. Westberg, Prejudikattolkningens ABC, i Festskrift till Anna Christensen, 2000, s. 583, på s. 596; L. Hjerner, Om rättsfallstolkning, 1981, s. 17.

rättsvetenskapsmän uttalat sig.[40] I denna ”prognosbemärkelse” har HD:s generella uttalanden högt prejudikatvärde.

I takt med att betydelsen av prejudikat som rättskälla ökar, finns anledning att rikta större uppmärksamhet mot skillnaden mellan snävt och generellt uttalade rättsregler i prejudikat. HD kan bidra till en sådan utveckling genom att i domskäl transparent förklara hur HD förhåller sig till generella uttalanden i tidigare avgöranden.

9 Sammanfattande slutsatser

På Alméns tid föredrog man kasuistisk lagstiftning som gav handfast stöd i tydligt begränsade, vanligt förekommande juridiska frågor. Lagstiftaren hade bestämt sig för att inte ge svar på alla frågor med hjälp av generella principiella lagbestämmelser.[41]

Under första hälften av 1900-talet gav HD genom sina knapphändiga domskäl synnerligen begränsad vägledning utanför lagstiftat område. Att varken lagstiftaren eller HD gav vägledning innebar att rättsvetenskapen fick stort inflytande med omfattande spelrum att spekulera i vilka generella slutsatser som kunde dras med stöd av HD:s kasuistiska avgöranden samt med stöd av resonemang ex analogi och e contrario.

Under det senaste kvartsseklet har HD helt ändrat stil.

För det första fastslår HD numera ofta allmänna principer med generella uttalanden om vad som gäller långt utanför omständigheterna i det aktuella avgörandet. HD ger alltså bredare vägledning. Prognoserna om hur HD kommer att döma i liknande fall blir på så sätt säkrare.

För det andra förklarar HD numera vanligtvis ingående vilka rättskällor som legat till grund för avgörandet. Detta har stor betydelse på så sätt att förklaringarna ger vägledning om vilka rättskällor som är relevanta för *alla* juridiska frågor som inte har säkra svar i författning. Prognoser om hur HD kommer att döma i helt andra frågor blir på så sätt säkrare.

I och med att HD på dessa sätt ger mer omfattande vägledning, förstärks betydelsen av prejudikat. HD:s roll har alltså ökat i betydelse på bekostnad av rättsvetenskapen. Det är en intressant maktförskjutning. Jag anser att den är av godo för att åstadkomma en väl fungerande rättsordning när lagstiftaren abdikerat från ansvaret att klarlägga vad som gäller i modern förmögenhetsrätt.

10 Slutord

Tore Almén skrev en kasuistisk avtalslag med viktiga förarbeten. Tyvärr hann han vara verksam i HD endast under tre år före sin alltför tidiga

[40] C. Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, s. 302 f.

[41] J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2016, s. 23 ff. För översikter av avtalslagens tillkomst, se H. Tamm, De nordiske aftalelove — mellom ”megaloman chauvinism” og nordisk pragmatisme, i M.B. Andersen m.fl., Aftaleloven 100 år, 2015, s. 17 kap. 1.2; S. Blandhol, Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt? Avtalelovene og den nordiske rettspragmatisme, i M.B. Andersen m.fl., Aftaleloven 100 år, 2015, s. 37; J. Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet, SvJT 1984 s. 755.

bortgång. Hundra år senare kan vi konstatera att prejudikat successivt vuxit fram som den viktigaste rättskällan för att få svar på frågor som inte besvaras direkt av avtalslagens bestämmelser.