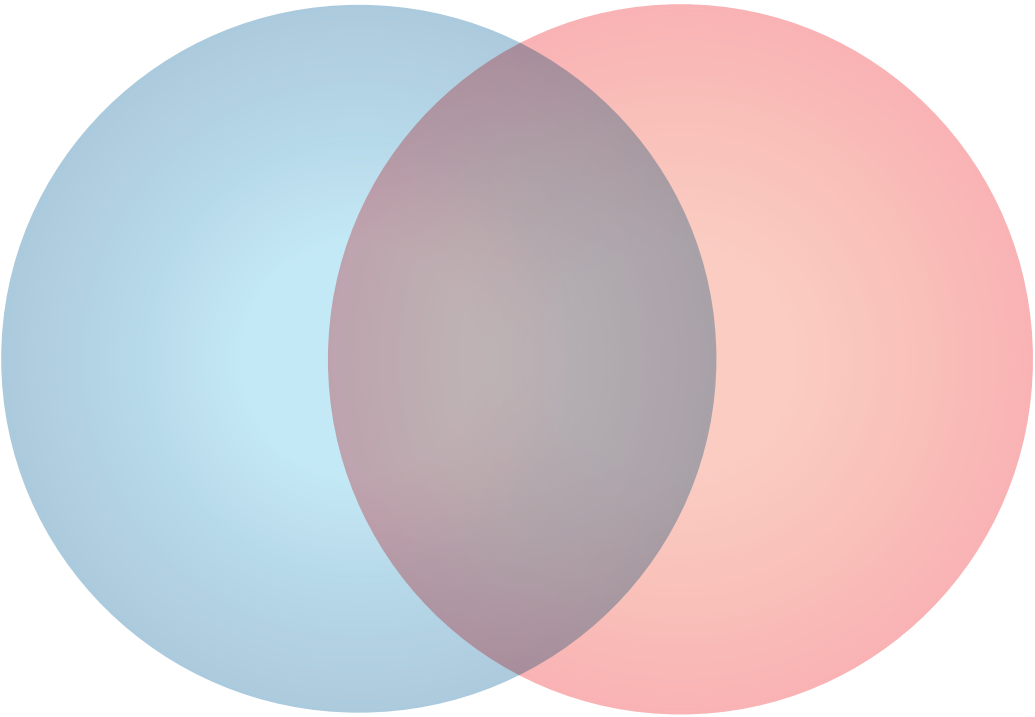
Red. Lisa Mattea Elvevold & Joel Samuelsson

OVER GRÄNSEN



NORSK-SVENSKA DIALOGER OM FÖRMÖGENHETSRÄTTSLIG PRAXIS

iUSTUS

Over gränsen

Norsk-svenska dialoger om förmögenhetsrättslig praxis

REDAKTÖRER
LISA MATTEA ELVEVOLD
OCH JOEL SAMUELSSON

iUSTUS
FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2025
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-268-4
Produktion: eddy.se ab, Visby 2025
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Telefon: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Eurographic Group, 2025

INNEHÅLL

Förord 9

Slik små barn leker. En slags innledning 11

Therése Fridström Montoya
It's never too late to be a rockstar 19

Markus Hoel Lie
Om å forske rett – noen tanker om rettsdogmatikk og tilhørende herligheter i lys av Montoyas tekst 48

Gunnar Ketil Eriksen
Hvordan skillet mellom synbare og usynbare bruksrettigheter ved hevd oppsto gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis i Norge på 1800-tallet 59

Marc Landeman
En kommentar till "Hvordan skillet mellom synbare og usynbare bruksrettigheter ved hevd oppsto gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis i Norge på 1800-tallet" 77

Bjørn Løtveit
Prioritetsreglers anvendelighet på tredjemannskonflikter knyttet til «knowhow» 87

Therése Fridström Montoya
To know what you know and what you don't know, that is true knowledge 113

Benjamin Svensson
Avtalstolkningsalternativ och processuella bördor 127

Marie Helness Haug & Crystal Ho-Yee Lam
En kommentar til «Avtalstolkningsalternativ och processuella bördor» av Benjamin Svensson 170

Kristine Alteren Schwenke
Erstatningsansvar for medlemmer av avviklingsstyre i aksjeselskap 175

Marigó Oulis
Några reflektioner rörande skadeståndsskyldigheten för avvecklingsstyre och/eller likvidator 199

Marigó Oulis
Om entire agreementklausuler och avtalade skriftkrav i svensk rättspraxis samt något om no waiverklausuler 211

Gunnar Ketil Eriksen
Om artikkelen «Om entire agreementklausuler och avtalade skriftkrav i svensk rättspraxis samt något om no waiverklausuler» 251

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Høyesteretts bruk av juridisk litteratur som rettskilde på formuerettens område 253

Oskar Mossberg
Nietzscheanska fantasier om Salvesens impact 283

Mikael Hansson
”Procentmetoden” vid köp av bostadsrätt i befintligt skick och drömmen om den mätbara juridiken 299

Kristine Helen Korsnes
«Procentmetoden» vid köp av bostadsrätt i befintligt skick – Noen kommentarer til Mikaels artikkel 321

Markus Hoel Lie
God tro ved overskridelse av preseptorisk lov i lys av Rt. 2015 s. 600 339

Benjamin Svensson
Några tankar kring rättslig föreställningsförmåga 356

Oskar Mossberg
Spekulationer om implikationer 375

Lisa Mattea Elvevold
Noen assosiasjoner og projeksjoner 450

Kristine Helen Korsnes
Om Høyesteretts rolle som utvikler av norsk internasjonal privatrett 455

Joel Samuelsson
Några anteckningar om regel och skön 501

Marie Helness Haug & Crystal Ho-Yee Lam
En analyse av transportørers lojalitetsplikt i lys av HR-2019-231-A 509

Mikael Hansson
Problem – för en transportör, för en domstol, för två norska stipendiater och för mig 528

Joel Samuelsson
Teori är obiter. Ett bidrag till svensk prejudikatlära 535

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Rettsvitenskap eller rettens vitenskap? 558

Lisa Mattea Elvevold
En skattkiste til besvær 563

Alexander Unnersjö
Som man ropar får man svar, men vad ska man ropa? 600

Liten ordlista 607

Författarpresentationer 611

Joel Samuelsson

TEORI ÄR OBITER. ETT BIDRAG TILL SVENSK PREJUDIKATLÄRA

> ”F.ö. kan en prejudikatdomstol inte ägna sig åt teoretiska klassificeringssofismer.”
>
> *Stefan Lindskog*

> ”I bästa fall kan skadeverkningarna av ett dåligt prejudikat neutraliseras genom ett eller flera nya prejudikat. I värsta fall sprider sig verkningarna av prejudikatet som ett smittande virus och bryter ned delar av den rättsorganism som det förmögenhetsrättsliga regelsystemet utgör.”
>
> *dens.*

I.

I NJA 2021 s. 1017 (”Låneavtalet med Svea Ekonomi”) hade Högsta domstolen (HD) att ta ställning till om en person som lämnat över sin e-legitimation till sin sambo, i syfte att sambon skulle hjälpa honom att betala hans del av hushållets räkningar, var bunden av ett låneavtal som sambon med användning av e-legitimationen ingått med ett kreditföretag.[1] Närmare bestämt var frågan om bundenhet förelåg på den grunden att e-legitimationen överlämnats, i det aktuella syftet, det vill säga om denna handling gav den sambo, som mottagit e-legitimationen, behörighet att binda den sambo, som lämnat över legitimationen, till låneavtalet ifråga.

[1] Fallet har kommenterats av Aagard (SvJT 2023 s. 541 ff.), Berg (Fullmakten och dess uppkomst: Särskilt om huvudmannens viljeförklaring och tredje mans befogade tillit, Örebro 2023 s. 227 ff.) och Unnersjö (JT 2022–23 s. 647 ff.); se även Lundberg, JT 2023–24 s. 227 ff.; J. Samuelsson, Svensk avtalsrätt. Fullmaktsläran, Uppsala 2023; O. Svensson, SvJT 2023 s. 835 f. och 840 f.

Principiellt sett är frågan enkel. Eftersom det inte finns någon anledning att anta att partsautonomin inskränkts på den här punkten – det finns till exempel inga formkrav – kan en person företa rättshandlingen att ge en annan person behörighet att ingå ett låneavtal genom att lämna över sin e-legitimation. Huruvida så också skett i det enskilda fallet beror på om den resulterande viljeförklaringens mottagare givits fog för uppfattningen att avsikten varit att åstadkomma den effekt det gäller – här att förmedla en sådan behörighet. Den saken ska, som alltid,[2] bedömas objektivt utifrån mottagarens perspektiv[3] och med hänsyn tagen till de specifika, synbara omständigheterna.[4] Eftersom e-legitimationer av det aktuella slaget svarar mot högt ställda säkerhetskrav, lånevillkoren inte var anmärkningsvärda och omständigheterna vid låneavtalets tillkomst inte gav anledning att reagera, hade e-legitimationens innehavare genom att lämna över e-legitimationen till sambon enligt HD givit kreditföretaget fog för uppfattningen att e-legitimationen användes av en behörig person (domskälen p. 37). Vid all användning av en sådan legitimation är det ju, som HD anmärker (samma punkt), ”en given utgångspunkt att det är innehavaren själv som använder legitimationen eller, i vart fall, att användningen sker på hans eller hennes uppdrag”. Följaktligen förelåg behörighet. Överlämnandet av e-legitimationen konstituerade en rätts-

[2] Som *alltid*, också t.ex. hos Windscheid och andra ”viljeteoretiker”; jfr, bara t.ex., Grönfors, Tolkning av fraktavtal, Göteborg 1989 s. 11, som citerar Windscheids uttalande ”Die Wirkung der Rechtsgeschäfte bestimmt sich durch den Inhalt des in ihnen erklärten Willens. Es ist die Aufgabe der Auslegung diesen Willen festzustellen.” (Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd I, 1 Aufl., Düsseldorf 1862 s. 188) utan att fästa något avseende vid att detta alldeles uttryckligen gäller just *den genom rättshandlingen förklarade* viljan. Det har alltid bara handlat om den förklarade avsikten, dvs. innebörden i de ord som används och av de handlingar som i övrigt utförs, eller inte utförs. Hur många gånger motsatsen än påstås förblir distinktionen mellan viljeteori och tillits-/förklaringsteori (den stora berättelsen om vilja och tillit) ett historiskt falsarium, låt vara ett identitetsskapande sådant.

[3] Det är vad som menas med att mottagaren ska ha givits fog för den uppfattning det gäller.

[4] Jfr HD:s formulering under rubriken ”Frågan i målet” (p. 5): ”Målet aktualiserar i första hand frågan om den som lämnar över sin e-legitimation till annan i avsikt att mottagaren ska använda den ger mottagaren behörighet att rättshandla för hans eller hennes räkning och, i så fall, hur långt denna behörighet sträcker sig.” Svaret på *den* frågan är: Ja, så klart (även om den subjektiva avsikten inte har någon betydelse), men det beror på omständigheterna; se härtill Aagard, SvJT 2023 s. 545 f.

handling av innebörd att sambon givits den nödvändiga kompetensen.[5] Med det är saken klar.

Enkelt, som sagt. HD:s domskäl, som omfattar fyrtiotre punkter, är emellertid mindre enkla. Istället för att rakt av tillämpa vanliga avtalsrättsliga principer och fokusera på den konkreta bedömningen plockar man upp tillitsfullmaktskonstruktionen från NJA 2014 s. 684 (”Divisionschefen”) – det mest kritiserade avgörandet i modern avtalsrättslig debatt[6] – vilket tvingar upp resonemanget på rättssystematisk abstraktionsnivå, och domstolens försök att hantera begreppen där genererar, inte överraskande, en del oreda.

Utgångspunkten är alltså det tillitsfullmaktsbegrepp som etablerades i 2014 års fall. Tillitsfullmakter konstrueras där som motsatsen till fullmakter som vilar på en viljeförklaring från huvudmannen (skälen p. 13). För att en fullmakt istället ska kunna anses vila på tredje mans befogade tillit ska enligt HD följande krav vara uppfyllda:

a. tredje man ska rent faktiskt ha hyst *tillit* till att behörighet finns (p. 14),

b. tilliten ska vara *befogad* (p. 14–16),

c. de förhållanden som ligger till grund för bedömningen av huruvida tilliten varit befogad *ska härröra från huvudmannen* (p. 17 och 18),

d. huvudmannen ska ha haft *erforderlig insikt* om att omständigheterna skulle kunna föranleda en tredje man att hysa befogad

[5] Jfr O. Svensson, SvJT 2023 s. 835 f.

[6] Se Håstad, Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag med mera, Bryde Andersen–Bärlund–Flodgren–Giertsen (red.), Aftaleloven 100 år – Baggrund, status, udfordringer, fremtid, Copenhagen 2015 s. 185; dens., SvJT 2020 s. 324 n. 5; dens.–P. Björkdahl–Brattström–Zackariasson, Civilrättens grunder, 3 uppl., Uppsala 2022 s. 96; Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 3 uppl., Uppsala 2020 s. 184, 185 f. och 187; Lundberg, JT 2015–16 s. 735 ff.; dens., JT 2023–24 s. 227 ff.; J. Samuelsson, DCFR som svensk rättskälla? Dahlberg–Åhman (red.), de lege 2015, Europarätten – 20 år i Sverige, Uppsala 2016 s. 223 ff.; dens., Fullmaktsläran; O. Svensson, JT 2015–16 s. 333 f.; Unnersjö, JT 2022–23 s. 652 f.; Wännström, SvJT 2019 s. 21 och 25 f.; jfr dock Berg, Fullmakten och dess uppkomst s. 259 ff.; Lie, Fs. Skoghøy, Oslo 2025 s. 93 ff. (under utgivning).

tillit i behörighetshänseende (p. 19 och 20) (Läser man dessa stycken motsatsvis framgår att kravet åtminstone är uppfyllt om huvudmannen måste inse att tredje man skulle kunna komma att med fog hysa uppfattningen att behörighet föreligger.)

Dessutom har man i vissa fall att räkna med att:

e. huvudmannen i vissa misstagssituationer – när tredje man felaktigt tror att behörighet föreligger – kan undgå bundenhet genom att visa att han eller hon inte har varit *oaktsam* (p. 21).

HD:s försök att applicera denna modell på situationen i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” väcker bland annat följande frågor (och nu blir det tekniskt, men detaljerna är inte viktiga för poängen):

a. I en inledande redogörelse för rättsläget ifråga om fullmakter – som ska rättfärdiga användandet av tillitsfullmaktskonstruktionen – hävdas (i p. 18) att avtalslagens bestämmelser om fullmakt inte är avsedda att vara uttömmande och att en fullmakt alltså kan komma till stånd även på andra sätt än de som anges i lagen. Det är missvisande.[7] Återkallelsereglerna i 13–18 §§ AvtL är visserligen exemplifierade, inte uttömmande, men det har inte med saken att göra. Lagens och lagstiftarens utgångspunkt är att en fullmakt kan meddelas *hursomhelst*, eftersom det i allmänhet inte finns något formkrav (jämför 27 § 2 st.),[8] och att en fullmakt är en rättshandling som föreligger så snart någon kommunicerat sin

[7] Det är en central tanke i Grönfors teoribygge, men det är en annan sak. Tanken har ofta upprepats. T.ex. inleder Unnersjö sin kommentar till fallet med samma påstående (JT 2022–23 s. 647) och hänvisar till Förslag (1914) till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m. (Förslag (1914)) s. 67 och ”särskilt s. 79”. Det är inte vad som står där. På den förra sidan markeras kort att reglerna i avtalslagens andra kapitel inte är avsedda att uttömmande reglera fullmaktsfrågorna i allmänhet. På den senare sidan förklaras bara att förslaget inte innehåller någon uttömmande uppräkning av konkreta exempel på hur fullmakt kan stiftas respektive återkallas. Se vidare J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 140 f.

[8] Förslag (1914) till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m. s. 71: ”För fullmaktens giltighet kräves lika litet enligt förslaget som enligt gällande rätt viss form.”; se även a.försl. s. 114.

avsikt att åstadkomma den rättsverkan som beskrivs i 10 § 1 st., det vill säga bundenhet genom kontraherande mellan mellanman och tredje man. *Den* bestämmelsen är heltäckande.[9] Eller menar HD att formfrihet inte råder här?

b. I följande mening (samma stycke) hävdar HD att det *exempelvis* står ”klart att ett fullmaktsförhållande ibland kan uppkomma till följd av konkludent handlande från huvudmannen”. Fullmakter förmedlade genom konkludenta viljeförklaringar skulle i så fall ligga utanför tillämpningsområdet för 10 § 1 st. AvtL. Det kan inte stämma. Som HD konstaterar i ”Divisionschefen” p. 9 bygger lagmodellen på att ”[a]llmänna principer om viljeförklaringar är tillämpliga” och att en fullmakt därför kan ”tillkomma genom bl.a. ett konkludent handlande”.[10] På denna punkt är skälen till avgörandena 2014 och 2021 oförenliga. Hur ska det förstås?[11]

c. I p. 19 i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” skriver HD: ”Med utgångspunkt i vad som anses gälla i fråga om tolerans- och kombinationsfullmakter har HD i rättsfallen ’Reseföretagsrepresentanten’ NJA 2013 s. 659 och ’Divisionschefen’ NJA 2014 s. 684 utvecklat vissa kriterier för s.k. tillitsfullmakter.” Detta är inte helt lojalt med domskälen i 2014 års fall.[12] I detta senare fall (som för övrigt bygger på en smått illojal tolkning av 2013 års avgörande)[13] bryter HD med den Grönforska

[9] Jfr NJA 2021 s. 1017 p. 31: ”Det i lagens förarbeten centrala, när det gäller en mellanmans behörighet att binda huvudmannen genom en viss rättshandling, är att tredje man har fog för uppfattningen att rättshandlingen grundar ett rättsförhållande till huvudmannen (jfr NJA II 1915 s. 190).” Exakt så. Det är allt.

[10] Se t.ex. Förslag (1914) s. 71 och 93.

[11] En teori: HD har 2021 läst p. 10 i ”Divisionschefen” för snabbt. En annan teori: Grönfors normativa önskan i aktuellt hänseende har på ett eller annat sätt förvridit läsningen; se härtill J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 198.

[12] Jfr Adlercreutz–Gorton–Lindell-Frantz, Avtalsrätt I, 14 uppl., Lund 2016 s. 232: ”Det kan naturligtvis diskuteras om införandet av tillitsfullmakt innebär att tolerans- och kombinationsfullmakten numera fått en minskad praktisk betydelse. Mot detta talar att kraven för att en tillitsfullmakt ska anses vara för handen verkar vara högre ställda än vad som gäller vid tolerans- och kombinationsfullmakt. Med tanke på att NJA 2014 s. 684 inte avgjordes i plenum är det knappast troligt att HD avsett att ändra sin tidigare praxis på området.”

[13] Jfr Unnersjö, JT 2022–23 s. 647, som betonar kontinuiteten fallen emellan.

begreppsbildningen (”tolerans- och kombinationsfullmakter”), och det är *inte* bara en terminologisk fråga.[14] HD markerar 2014 tydligt mot idén att frågan vilka rättsfakta som ska räknas som fullmaktsgrundande är öppen, för att mot denna ställa två övergripande modeller som konstruerats med hjälp av just den typ av ideologiskt färgade dogmatiska grundbegrepp (”vilja”, ”tillit”) som Grönfors ville befria avtalsrätten från.[15]

d. I p. 23 i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” hävdas med hänvisning till p. 19 och 20 i ”Divisionschefen” att det är en ”förutsättning för att det ska föreligga en tillitsfullmakt […] att huvudmannen i vart fall ska ha insett risken för att omständigheterna skulle kunna föranleda en tredje man att hysa befogad tillit till att mellanmannen är behörig”. Den ”erforderliga insikt” som det talas om 2014 och som HD då menade föreligger när huvudmannen ”måste inse” risken ifråga har nu blivit ett rakt insiktskrav. Här kan jämföras med tillämpningen i p. 39 i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi”, där uttrycket är ”erforderlig insikt”, men detta krav anses uppfyllt då det ”är uppenbart” att huvudmannen ”måste ha insett” att tredje man skulle tro att rättshandlingen företagits av en behörig person. Vad detta säger om den bevislättnad och det normativa inslag som vanligen associeras med uttrycket ”måste inse”,[16] och som det kan antas att HD syftade på i skälen till 2014 års fall, är en öppen fråga.[17]

e. En annan fråga är hur den exculpationsmöjlighet som HD införde 2014 numera ska förstås. Det referat av p. 21 i ”Divisionschefen” som HD erbjuder i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” p. 24 är

[14] Jfr Lynge Andersen–Madsen, Aftaler og mellemmænd, 8 udg., København 2022 s. 296; Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 5 udg., København 2021 s. 321; Lie, TfR 2017 s. 436; Woxholth, Avtalerett, 11 utg., Oslo 2021 s. 246; se härtill J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 196 f. n. 517.

[15] Detta avståndstagande accentueras i JustR Lindskogs tillägg (för egen del) till skälen 2014; se vidare nedan i avsnitt III. Vad gäller Grönfors inställning artikuleras den tydligast i ”Avtalsgrundande rättsfakta” (1993).

[16] Se Adlercreutz–Gorton–Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 48 och härtill J. Samuelsson, SvJT 2012 s. 997 ff.

[17] Se härtill Unnersjö, JT 2022–23 s. 659 f.

rimligen missvisande.[18] Där hävdas att HD i det tidigare fallet slagit fast att huvudmannen kan undgå bundenhet ”trots att kraven på en tillitsfullmakt i övrigt är uppfyllda […] om han eller hon inte av oaktsamhet har orsakat den tredje mannens felaktiga uppfattning”. Men kraven i övrigt inbegriper ju insiktskravet. För bundenhet räcker *inte* att ”huvudmannen oaktsamt har orsakat att en tredje man felaktigt har utgått från att en uppgiven fullmäktig är behörig” (”Divisionschefen” p. 20), men huvudmannen ska ändå kunna undgå bundenhet om han eller hon inte varit oaktsam i detta specifika avseende? Hur blir detta begripligt?[19] Förslagsvis ska inte exculpationsmöjligheten förstås som ett separat rekvisit, som tillkommer utöver insiktsrekvisitet. Snarare bör HD:s resonemang i ”Divisionschefen” p. 19–21 läsas som en sammanhållen utläggning avsedd att precisera innebörden i kravet på ”erforderlig insikt”. Operationen genomförs väsentligen genom en jämförelse med 19 § avtalslagen. När huvudmannen framkallat en faktisk befogad tillit hos tredje man är situationen enligt HD jämförbar med den som behandlas i 19 § och ett kvalificerat insiktskrav är motiverat – skrivningen i 19 § är ”särskild anledning att befara” (p. 19). Oaktsamhet på huvudmannens sida är ”i regel” (jämför NJA 1974 s. 706[20]) inte tillräckligt för bundenhet ”i en tveksam behörighetssituation” (p. 20). ”Däremot” bör ”i vissa fall” när situationen inte är så kvalificerad som i 19 § – nämligen när det är fråga om tillit hos en för huvudmannen *okänd* tredje man – huvudmannen kunna exculpera sig (p. 21). Möjligen, men även denna läsning väcker frågor. Särskilt undrar man vilken bäring analogierna till misstagsreglerna har utanför viljeförklaringsmodellens tillämpningsområde.

[18] Jfr Lundberg, JT 2023–24 s. 229 f.; O. Svensson, SvJT 2023 s. 830 f.; Unnersjö, JT 2022–23 s. 660 ff.

[19] Jfr Berg, Fullmakten och dess uppkomst s. 255 f.

[20] Se härtill Lindskog, Betalning. Om kongruent infriande av penningskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 3 uppl., Stockholm 2022, s. 153 n. 437; O. Mossberg, Avtalets räckvidd I. Om avtals tredjemansverkningar, särskilt vid tredjemansavtal och direktkrav, Uppsala 2020 s. 26 f. n. 51; J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 96 f.

f. I p. 27 i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” hanteras frågan om tillämpningen av 11 § när det är fråga om en tillitsfullmakt. HD menar att en sådan får ”när det gäller betydelsen av inskränkande instruktioner närmast jämställas med en ställningsfullmakt”, vilket vill säga att fullmakten ska sortera under 11 § 1 st. Detta följer i och för sig redan av lagtexten i 11 § och har ingenting med ställningsfullmakt att göra. Det är ju inte fråga om uppdragsfullmakt, och alltså står sig huvudregeln i paragrafens första stycke. Att göra denna regel tillämplig också när det är fråga om sådan behörighet som *inte* följer med det befogade intrycket av huvudmannens agerande (fullmakt som rättshandling), utan av generella rättsliga normer (lag eller sedvänja), är den enda egentliga poängen med 10 § 2 st.[21] Den senare regeln förutan hade en ondtroende tredje man kunnat åberopa den behörighetsgivande generella normen trots viljefelet (att mellanmannen agerar i strid med inskränkande instruktioner).[22] Det är inte direkt fel att, som HD gör, hänvisa till ställningsfullmakt i detta sammanhang, men det är onödigt och antyder en sammanblandning – av fallen 1) behörighet på grund av huvudmannens agerande och 2) behörighet enligt lag eller sedvänja – men denna kommentar är så övermåttan petig att det kan räcka nu.[23]

Allt detta har vi i tillägg till de grundläggande svårigheter som avgörandet i ”Divisionschefen” givit upphov till. (*Icing on the cake…*)

Vad skulle det vara för ”grundläggande svårigheter”? Här ett försök på kortast möjliga sammanfattning:

I p. 14 i ”Divisionschefen” skriver HD att en ”given utgångspunkt för att en fullmakt ska kunna grundas på den tredje mannens uppfattning av mellanmannens behörighet är att det ska föreligga en faktisk tillit i det hänseendet” och tillägger: ”Men tilliten måste också vara befogad.” Har emellertid huvudmannen givit tredje man fog för uppfattningen att

[21] Jfr Förslag 1914 s. 73 f.

[22] En annan sak är att denna regel torde gälla som allmän princip oaktat att den lagfästs i 10 § 2 st.

[23] Se härtill O. Svensson, SvJT 2023 s. 823 ff; jfr t.ex. Lundberg, JT 2023–24 s. 230 f.

behörighet finns så föreligger – såväl enligt lag, förarbeten och en rikhaltig praxis – fullmakt som rättshandling, och inget krav på att inställningen ifråga faktiskt ska ha intagits uppställs.[24] Viljeförklaringsgrundad fullmakt föreligger alltid redan när fogrekvisitet är uppfyllt och distinktionen mellan viljebaserad och tillitsbaserad fullmakt faller.[25] Tillitsfullmakten, som skulle utöka möjligheterna till bundenhet på grund av fullmakt, inskränker – försåvitt konstruktionen tas på allvar – i realiteten desamma. Ridå.

Vad vi lämnats med efter ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” är en dubbel uppsättning, delvis oförenliga, och inkonsekvent uttryckta, principer för partsbindning – som visserligen utformats specifikt med sikte på fullmaktsfrågan, men som lämnar öppet hur långt de ska dras.[26] Å ena sidan har vi då en ny viljeförklaringsmodell, som inte är identisk med den som förutsätts i lagtexten, utan är betydligt mer subjektivistisk, men som saknar skarpa konturer, och å andra sidan en modell för partsbindning som bygger på dubbla subjektiva rekvisit, fakticistiskt tolkade, och som paras med kausalitets- och riskbedömningar (med denna dikotomi har vi förflyttats till en annan värld).[27] Den senare modellen, tillitsvarianten, är dessutom oförenlig med avtalslagens grundschema, i det att den ställer

[24] Skulle till exempel en anbudsgivare inte vara bunden till innehållet i sitt anbud om mottagaren felaktigt läst det som oförbindande? Naturligtvis inte. *Faktisk* tillit har aldrig varit ett krav i nordisk avtalsrätt.

[25] Här bortses från övriga rättshandlingskriterier, som också måste vara uppfyllda. Lindskog, SvJT 2020 s. 789 n. 16, skriver: ”Vad man än vill kalla det, så finns det (möjligt) avtalsrelevanta förhållanden som ligger bortom gränsen för vad som är en konkludent viljeförklaring.” Självfallet, men det är inte vad frågan gäller, på tal om sofistik. Vad det gäller är, om det finns anledning att ställa upp några rekvisit utöver kravet på fog när detta väl är uppfyllt – och svaret på den frågan är tveklöst nekande.

[26] Jfr Lindskog, Betalning s. 152 n. 437: ”Enligt min mening förutsätter i allmänhet avtalsbundenhet för A mot B på grund av Bs befogade tillit dels att Bs tillit skall bero på ett förhållande som på ett relevant sätt kan knytas till A, dels att B skall ha fog för sin tillit, dels att A skall ha måst inse i allt fall risken för dess förhandenvaro. Redan ett culpöst orsakande av tilliten är i regel inte tillräckligt. Jfr ”Divisionschefen” NJA 2014 s. 684 och ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” NJA 2021 s. 1017 […]. Fallen avsåg visserligen fullmakt, men det finns inte anledning att se annorlunda på fallen när det gäller kravet på subjektiv täckning avseende det tillitsgrundande konkludenta handlandet”. Jfr det förhållandet att Grönfors expanderande sin analys av fullmaktsfrågorna till frågan om partsbindning i stort.

[27] Se härtill O. Mossberg, JT 2023–24 s. 85 ff.

upp ett krav på kvalificerad ond tro på avgivarens sida, trots att det inte är fråga om en misstagssituation (det upphäver skillnaden mellan första och andra stycket i 6 § AvtL,[28] och osäkrar den tidigare raka kopplingen mellan fog (*inte* faktisk tillit) och bundenhet (se redan 1 § 1 st. AvtL; man binds till det man sagt och gjort; inga subjektiva rekvisit kommer i spel).[29]

Det är krångligt.[30] Mot denna bakgrund ställer jag i denna uppsats frågan hur rättsvetenskapen ska förhålla sig till HD:s begreppsliga manövrar på fullmaktsområdet, specifikt i ”Låneavtalet med Svea Ekonomi”. Svaret ger uttryck för min hållning till prejudikatläran och det är, med nödvändiga modifikationer, tillämpligt på HD:s verksamhet på andra rättsområden.

II.

Den första akademikern i HD var Matthias Calonius (1738–1817). Han innehade en professur i Åbo (1778–1815) och var justitieråd åren 1793–1800. Calonius utmärkte sig även på andra sätt. Bland annat var han tre gånger rektor vid Åbo Akademi och Finlands förste prokurator (under den ryska tiden en kejserlig motsvarighet till justitiekanslersämbetet; Calonius utarbetade i stora delar själv ämbetsmannainstruktionen).[31] Calonius var rentav, åtminstone enligt vad Wrede skriver i sin stora Caloniusbiografi (1917), ”på sin tid […] Sveriges erkändt främste jurist” och därtill ”den största jurist Finland frambragt”.[32] I sin artikel i festskriften till Karlgren (1964) uppger Beckman att Calonius ”alltjämt [räknas] som Finlands främste jurist”.[33]

[28] Jfr NJA 2014 s. 684 p. 19. Se även Unnersjö JT 2022–23 s. 660.
[29] Se ovan n. 2.
[30] Jfr Lundberg, JT 2023–24 s. 227.
[31] Uppgifterna har jag från Wredes ”Matthias Calonius” (1917).
[32] Wrede, Matthias Calonius, Helsingfors 1917 s. 2.
[33] Beckman, Fs. Karlgren, Stockholm 1964 s. 8.

Hur man ska bedöma uppgifter av det senare slaget är väl inte så givet,[34] men antagligen var det så, att få vid denna tid visste mer om den svenska rätten än Matthias Calonius. Ändå fick han inte alltid med sig kollegorna i HD på sina resonemang.[35] Beckman skriver:

> ”[N]ågon mindre fallen för att vända kappan efter vinden får man leta efter. Calonius förfäktade sina egna meningar med snille och oräddhet, ej sällan även med strävhet. Kolleger i HD med annan mening klandrade han skarpt för brist på förstånd och kunskaper; ibland ifrågasatte han också deras ärlighet och uppriktighet. I icke mindre än två tredjedelar av de mål, i vilka hans vota för år 1799 publicerats, blev Calonius överröstad. Måhända får man häri söka orsaken till att hans förordnande som ledamot i HD – trots

[34] Det finns en uppenbar tendens i historieskrivningen här, vilket Björne, Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia, del I. Tiden före år 1815, Lund 1995 s. 133, understryker: ”[Forskningsläget måste betecknas som otillfredsställande. [Caloniusforskningen utgår] från forskningsobjektets ’storhet’ som ett axiom. Det har därför närmast gällt att med exempel belysa Calonius’ storhet och självständighet […].”; se även a.a. s. 140.

[35] Det är inte konstigt, utan följdriktigt, vilket kommer att vara poängen här. Rättstillämpningsfrågor är inte entydigt kunskapsfrågor, märkligt som det kan te sig, särskilt i ett lekmannaperspektiv. Jfr: En av frågorna som ställdes till Högsta domstolens ordförande Anders Eka i Ekots lördagsintervju (28 september 2019 (https://sverigesradio.se/avsnitt/1362004)) var: ”Hur kan även ni, som sitter där i Högsta domstolen, komma till så olika slutsatser?”

> hans utomordentliga insatser i HD:s verksamhet – år 1800 icke förnyades. Han drog sig då för alltid tillbaka till Finland."[36]

Calonius var tydligen inte helt anpasslig. I sitt snabba porträtt (två sidor) tenderar Beckman att vilja skriva detta på Calonius bakgrund och personlighet. Han var den "gustavianska HD:s färgstarkaste personlighet" – "finnen […] från ett fattigt hem i Saarijärvi", orädd och sträv. Samtidigt anas här en mer principiell konflikt mellan akademi och dömande verksamhet. Efter Calonius dröjde det 25 år innan en akademiker utnämndes till justitieråd, Uppsalaprofessorn Sven Themptander. Minnet av föregångaren dröjde sig då ännu kvar. Beckman igen:

> "På domarhåll väckte […] utnämningen [av Themptander] ingen omedelbar förtjusning. Justitiestatsministern Gyllenborg, som var HD:s främste ledamot, förklarade sig hysa 'platt ingen förkärlek till de flinthårde teoretici uti praktiska värv; ty jag kommer ihåg att det ej alltid var så helt med själve Calonius'." […] Themptander [lyckades visserligen] komma bättre överens med sina kolleger i HD […] låt vara att hans vota avfattades med en viss akademisk bredd och docerande stil och att han någon gång kunde tillgripa 'ett så typiskt Calonius-ord' som 'solklara'."[37]

Och visst, det finns fog för att påstå att den generella motsättningen mellan teoretiker och praktiker – dikotomisk och urgammal; redan Thales var så opraktisk att han ramlade ner i en brunn när han var ute och gick,[38] och så vidare – gör sig gällande också i detta sammanhang. Calonius särart förklaras möjligen bättre av att han var akademiker, och att de akademiska dragen var accentuerade hos honom, än av hans finska ursprung. Som man kan förvänta sig av en akademiker höll han sig inte alltid till saken, i processuell mening.[39] Han skrev *långt* och *principiellt* – det vill säga både brett (med räckvidd) och djupt (om grundläggande frågor). Samtidigt

[36] Beckman, a.a. s. 7. Björne, SvJT 2002 s. 237, anmärker: "[D]et sena 1700-talets mest berömde jurist, finländaren Matthias Calonius (1738–1817), professor i Åbo, blev under sin tid som medlem av den gustavianska högsta domstolen i Stockholm pinsamt ofta nedröstad av sina mindre lärda kolleger."; se även dens., Patrioter och institutionalister s. 139.

[37] Beckman, a.a. s. 8.

[38] Se härtill J. Samuelsson, Vb. Olsen, Uppsala 2019 s. 220.

[39] Jfr Wrede, a.a. s. 242.

skrev han *personligt*, *egensinnigt* och *självsäkert*. Wrede karakteriserar hans domskrivning på följande vis:

> ”Han går alltid till botten av saken, och hans yttranden äro därför […] stundom rätt utförliga. […] Såsom bekant undvika domstolarna i Sverige och Finland, af farhåga att binda sina händer, i allmänhet att uttala rättssatser i allmän form. I motsats härtill icke blott anför Calonius utan tvekan allmänna rättsgrundsatser, utan gör det därtill gärna på ett sätt, hvarigenom den uttalade grundsatsens betydelse ytterligare framhäfves. […] Öfver hufvud skyr Calonius icke att, där det lämpar sig, hopa flere skäl för sin mening, hvarvid vanligen de viktigaste och afgörande skälen först anföras och därefter tilläggsvis andra, stundom, såsom han själf säger, ’till öfverflöd’ äfven sådana som strängt taget ej vore nödiga. […] Huruvida Calonius för sin mening vann flertal eller stannade i minoritet var […] en omständighet, som icke vållade honom bekymmer. I fråga om några domslut meddelar han [i sin brevväxling] med synbar förnöjelse att han i dem ingen del haft; ja, äfven då han någon gång blef ensam om sin åsikt, tog han det med lugn.”[40]

Inget tvingar en akademiker som sitter i HD att ofta vara skiljaktig, att skriva tillägg, eller att skriva långt, principiellt och docerande (som i en lärobok) – men tendensen finns där, på gott och ont, även om motexemplen är många.[41] Min poäng är att denna tendens är *naturlig* – i svenska HD kunde den, som vi sett, konstateras redan under gustaviansk tid, och den finns där än idag…[42]

Det faller sig gärna just naturligt för en akademiker att skriva akademiskt. Och till det akademiska skrivsättet hör – vilket kanske verkar paradoxalt om man inte är närmare bekant med akademin – egensinnigheten, åtminstone inom humaniora och samhällsvetenskap. Varje professor med självaktning har sin egen lära. Det hör till genren. Den som inte tänker själv, *tänker*, nämligen, inte alls (för att återknyta till Thales).[43]

[40] Wrede, a.a. s. 242 f.

[41] Jfr Bengtsson, JT 2012–13 s. 747.

[42] Under senare decennier kan vi som bekant också konstatera en tilltagande generell akademisering av HD:s domskrivningsteknik; se och jfr t.ex. Andgren–S. O. Johansson, SvJT 2022 s. 486; Asp, SvJT 2021 s. 470; Bengtsson, JT 2012–13 s. 743 ff.; dens., SvJT 2014 s. 438; Kleineman, JT 2014–15 s. 495 ff. Se även JustR Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2012 s. 535.

[43] Thales, den mytiske upphovsmannen också till frasen *gnothi seauton* (”Känn dig själv!”); se Diogenes Laertios, Berömda filosofers liv och läror. Översättning och inled-

Följaktligen är de framställningar hos oss som är förenade med de största anspråken på allmängiltighet – de som gäller grundbegreppen, lärorna, principerna, de rättssystematiska sammanhangen – också de mest personliga. Adlercreutz avtalsrätt är inte Grönfors, som inte är Lehrbergs, som inte är Rambergs, och så vidare. Lärostrider är logiska.

Om man tycker att det är konstigt att det som ska vara mest grundläggande, liksom själva fundamentet, kan vara så individuellt till sin prägel och därmed så osäkert, obeständigt, kan man besinna att de rättsvetenskapliga lärorna ju inte *är* fundamentet för rättssystemet utan bara försök att beskriva detsamma. Teorier. Och teoretisera kan man alltid göra. Det går mode i sådant.[44] Finns det till exempel skäl att prata om obehörig vinst som en självständig allmän princip i svensk civilrätt? Det beror på vem man frågar, och när. *Naturligtvis* utgör obehörig vinst en självständig allmän princip i svensk civilrätt.

---

ning av Johan Flemberg, Stockholm 2016 s. 37 jfr Platon, Protagoras. Skrifter. Bok 2. Översättning, förord och noter av Jan Stolpe, Stockholm 2001 343 a–b.

[44] För att anknyta till Tuoris välbekanta kritiska rättspositivism: Även om de mest abstrakta teorierna systematiskt sett hör hemma i den trögrörliga djupstrukturen, är teoretiserandet som levd praktik allt annat än trögrörligt; i filosofin finns *ingen* stadga (kunde man enas vore frågorna inte filosofiska). Det gamla skämtet: ”Those are my principles. If you don’t like them, I have others” (som ibland tillskrivs Groucho Marx), är också roligt därför att det säger något om principiella grunder i allmänhet (*funny ’cause it’s true*.) Jfr C. Ramberg, SvJT 2022 s. 519: ”Det är svårt att identifiera rättsregler i HD:s avgöranden. Engelsmän och amerikanare tränar på detta i sina juristutbildningar från första dagen. I Sverige har vi knappt ens börjat ’se’ att HD är en regelskapare. Och vi har definitivt inte hittat någon metod för hur man ska gå till väga för att vaska fram rättsreglerna ur HD:s avgöranden. Vi vet *att* vi måste lära våra studenter om prejudikat, men är osäkra på *vad* vi ska säga till dem. Kanske kan det vara en tröst att inte heller anglo-amerikanarna har nått enighet om prejudikatläran.”; jfr dens., Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, Stockholm 2017, s. 217; Asp, SvJT 2021 s. 445. (Våra praktiker vilar inte på teori.) Jfr Wittgenstein, Särskilda anmärkningar, Stockholm 1993, s. 11: ”Om någon tror sig ha funnit lösningen på livets problem och ville säga att allting nu är helt lätt, så behöver han för att vederlägga sig själv bara påminna sig att det har funnits en tid då denna ’lösning’ inte var funnen; men också på *den* tiden måste man kunna leva […].”

III.

Lärostrider *är* logiska – i akademin; i rättstillämpningen har de inte en lika självklar plats. Lärostrider hör dock till det som lätt följer med när man skriver akademiskt. Det gäller också för HD:s domskrivning. Enligt Stefan Lindskog får HD genom ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” anses ha slagit fast att ”måste-insikt” krävs vid ”tillitsfullmakt” *eftersom* målet avgjordes efter ett meningsutbyte mellan Håstad och Lindskog i SvJT, som bland annat gällde just den frågan.[45]

HD avgör alltså lärostrider – till exempel sådana som gäller de avtalsrättsliga grundbegreppen? Nej, självfallet[46] inte. Lärostrider gäller ju de rättssystematiska grundfrågorna, alltså vilka teorier som bäst beskriver rättsläget. Vetenskapliga spörsmål avgörs per definition inte genom auktoritativa ställningstaganden. Allt HD kan göra är att utöka underlaget för bedömningen, men enskilda avgöranden förändrar inte mycket när det gäller den övergripande frågan hur avtalsrätten ska systematiseras och förstås. I HD är inte heller förutsättningarna för rättssystematiskt grundarbete de bästa.[47] Det är alls inte konstigt – utan, åter igen, naturligt – att rättsvetare, som kanske ägnat decennier åt att bilda sig en uppfattning om sammanhangen på något avgränsat fält, reagerar när HD råkar uttala sig i de begreppsliga grundfrågorna på just deras område.[48] Finns det något rättsvetenskapligt djup i sådana uttalanden från HD:s sida, så bör det bero på att de på ett eller annat sätt kommer från en ledamot med erfarenhet av rättsvetenskapligt arbete, *men då är de också högst personliga*.[49]

Tillitsfullmaktskonstruktionen är ett belysande exempel. I ”Divisionschefen” presenteras den som en nyordning (låt vara att denna förment

[45] Lindskog, Betalning s. 153 n. 437. Se Håstad, SvJT 2020 s. 323 ff.; Lindskog, SvJT 2020 s. 785 ff.

[46] Jfr ovan precis vid n. 37.

[47] En poäng som också görs av Bengtsson, JT 2012–13 s. 749. Jfr Agell, SvJT 2002 s. 247; jfr även Heuman, SvJT 2021 s. 18 ff.; O. Johansson–Asp–Runesson, JT 2023–24 s. 885. Se härtill Korsnes, ovan s. 500; Elvevold, nedan s. 587 ff.

[48] Jfr Lind, JT 1995–96 s. 233. Man kan också göra en dygd av att kämpa emot den impulsen; se t.ex. H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, bok I, Uppsala 2013 s. 37.

[49] Vilket antagligen inte minskar risken för att en sådan ledamot vinner gehör för sin ståndpunkt i överläggningarna; jfr Bengtsson, JT 2012–13 s. 750 i och vid n. 16.

ska följa av avgörandet i ”Reseföretagsrepresentanten”) och innebär rent faktiskt ett ställningstagande i en lärostrid, nämligen huruvida fullmaktsläran ska återföras på Grönfors begreppsbildning eller förklaras på något annat sätt. HD bryter som ovan konstaterats med Grönfors terminologi för att introducera distinktionen mellan viljeförklaringsbaserade och tillitsbaserade fullmakter. Och att det är fråga om ett ställningstagande i en lärostrid är särskilt tydligt i det tillägg som JustR Lindskog för egen del fogade till skälen. Lindskog inleder (p. 1):

> ”I rättslitteraturen har det etablerats benämningar för olika slags fullmaktstyper. Betydelsen av goda begrepp ska inte underskattas, men det kan sättas i fråga om inte de förekommande fullmaktsbegreppen har i viss mån fördunklat synen på de grundläggande strukturerna när det gäller uppkomsten av en fullmakt. Således har det först genom rättsfallet NJA 2013 s. 659 tydligt klargjorts att vi systematiskt sett har två huvudtyper av fullmakter, sådana som är grundade på huvudmannens vilja och sådana som är grundade på den tredje mannens befogade tillit (i vissa fall mellanmannens befogade tillit, se p. 4). Dessa huvudtyper åtskiljs efter rekvisit som inte sammanfaller med den vanliga uppdelningen i ställningsfullmakt, toleransfullmakt och kombinationsfullmakt.”

Lindskog har, alltså, också i SvJT försvarat konstruktionen mot rättsvetenskapliga angrepp och företräder i rättsvetenskapliga sammanhang just den i 2014 års fall uttryckta synen på ”befogad tillit” som förutsättning för bundenhet genom konkludent handlande. Det rör sig om Lindskogs personliga uppfattning.[50] Hur ska man förhålla sig till denna?

Förslagsvis, om man är rättsvetare: *Fritt*.[51] I ”Betalning” skriver Lindskog, till exempel, och han stödjer sig bland annat på ”Divisionschefen” och ”Låneavtalet med Svea Ekonomi”:

[50] Notera dock att Lindskog anser sig förhindrad att i sin rättsvetenskapliga gärning kritisera sådana avgöranden av HD i vilka han själv deltagit; se Lindskog, Betalning s. 27 n. 14. Jfr Mellqvist, SvJT 2017 s. 814: ”Ett exempel på […] att prejudikat, inte minst inom förmögenhetsrätten, är ett frekvent föremål för kritik, ibland häftig sådan, är Stefan Lindskogs *Betalning* där upp emot 100 prejudikat angrips mer eller mindre skarpt.”

[51] Jfr Lindskog, Rättsvetenskapens betydelse för prejudikatbildningen på förmögenhetsrättens område, Kleineman (red.), Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, Stockholm 2018, s. 168, som tycks kräva av vetenskapen att den ska vara samhällsnyttig, vilket i sammanhanget i princip betyder att rättsvetenskapen inte ska kritisera HD om kritiken inte är konstruktiv.

> ”Vilka rättshandlingsverkningar som kan föranledas av en betalning såsom uttryck för en konkludent avtalsrättshandling bestäms av tillämpliga allmänna avtalsrättsliga principer. I linje med 6 § AvtL torde gälla, att betalningsmottagarens befogade tillit blir bestämmande, om denna tillit har måst inses av betalaren.
>
> Alltså gäller att betalningsmottagaren skall ha varit i god tro beträffande det förklaringsinnehåll som han påstår att betalningen är ett uttryck för. Av särskild betydelse i det hänseendet – och beträffande vad betalaren har måst inse – är att i vissa sammanhang utgör en betalning ett så naturligt uttryck för ett visst slags förklaringsinnehåll, att det kan presumeras. […] Vad som i övrigt krävs för att betalningen skall få sådana rättshandlingsverkningar som här diskuteras är att hänföra till förhållanden på betalarens sida. Utgångspunkten är att han skall ha måst inse betalarens tillit.”[52]

Nej, nej, nej… *Allmänna avtalsrättsliga principer* innebär att en betalning är en viljeförklaring,[53] som när den får verkan som rättshandling får det i enlighet med det genom betalningen objektivt sett kommunicerade syftet – det vill säga vad som med fog *kan* läsas in i densamma.[54] Vilken tillit mottagaren rent faktiskt hyst är irrelevant, om inget viljefel föreligger,[55] och detta betyder i sin tur att i det läge som Lindskog tänker sig krävs ingen ond tro på betalarens sida (det finns ingenting relevant att vara i ond tro om).

Detta handlar, bland annat, om hur viljeförklaringsbegreppet, avtalslagen och den massiva mängden praxis i avtalsrättsliga frågor ska förstås. Grundmönstret är tydligt nog redan i avtalslagen. Rättshandlingar binder enligt sitt innehåll (och detta behöver inte vara explicit), men om det *inte* finns fog för tolkningen kan bundenhet ändå uppstå till mottagarens *obefogade* uppfattning under förutsättning av kvalificerad ond tro på

[52] Lindskog, Betalning s. 152.

[53] Viljeförklaringar är allt som låter sig förstås som uttryck för en avsikt, och det gör en betalning; se närmare J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 26.

[54] Gäldenärens faktiska avsikt har däremot betydelse som ogiltighetsgrund; jfr Lindskog, Betalning s. 145.

[55] En svag ogiltighetsanledning är ju relevant under förutsättning av att rättshandlingens mottagare insåg eller borde ha insett densamma, det vill säga det bakomliggande viljefelet.

avgivarens sida; se alldeles uttryckligen 6 § 2 st. AvtL.[56] Källorna är så pass entydiga på denna punkt att det inte *borde* gå att diskutera … att det ändå går beror bara på att det förmögenhetsrättsliga tänkandet under så lång tid tagit för givet att man kan förhålla sig ganska fritt till källorna och istället laborera med spekulativa ändamålsskäl, i en missriktad strävan efter ”realism”. Och det blir inte bättre tänkt, frågan är inte avgjord, bara därför att HD gick på Lindskogs linje 2014, eller därför att man följde upp det ställningstagandet 2021.

IV.

Jag *argumenterar* inte för min ståndpunkt i de materiella frågorna här, åtminstone inte så mycket som jag *deklarerar* den. Poängen i den här uppsatsen är inte att jag har rätt och att Lindskog, och därmed HD, har fel. (Men så är det.) Poängen är att jag *kan* ha en annan uppfattning, och, vidare, att om jag råkar ha det, så *bör* jag försvara densamma. Det är en vetenskaplig skyldighet.

Naturligtvis står det HD fritt att bidra till det rättsvetenskapliga samtalet,[57] men man har då inte rätt att vänta sig någon följsamhet från rättsvetenskapen i kraft av sin ställning. Det måste finnas en gräns för hur långt HD kan gå i abstraherande riktning – uppåt, bort från den sak som skulle prövas – med bibehållen auktoritet som prejudikatinstans.[58]

Senare års långa och principiellt hållna domskäl ställer frågan på sin spets. För vad är till exempel en läroboksmässig mall värd om den är felaktig? De primära rättskällornas innebörder låter sig inte manipuleras. Praktiskt som det är med mallar, ersätter de inte de rättsregler som

[56] Jfr vad Lindskog, Rättsvetenskapens betydelse för prejudikatbildningen på förmögenhetsrättens område s. 176, skriver om ”systemsyn och förklaringsmodeller”. Svaren på de i punktlistan a.st. uppställda frågorna är i sammanhanget: ”Nej.”, ”Se ovan.”, ”Ja.” och ”Nej.”

[57] Jfr Bengtsson, JT 2012–13 s. 746; Lind, JT 1996–97 s. 363.

[58] Vilket framhålles av Bengtsson, JT 2012–13 s. 748: ”I och för sig kan det väl vara lika besvärligt att skriva kort och koncist som att skriva långt; men mer eller mindre teoretiska resonemang av den aktuella typen öppnar ju för en kritik särskilt från rättsvetenskapligt håll på annat sätt än mera kortfattade formuleringar. Domstolen lämnar […] sin auktoritativa position och ställer sig på samma nivå som rättsvetaren.” Se även O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 248 vid n. 926.

faktiskt är tillämpliga. En rimlig hållning till övergripande, systematiska och begreppsliga uttalanden från HD:s sida är att hantera dem som obiter dicta. *Teori är obiter*, alldeles oavsett om teorin ifråga i skälen uttryckligen lagts till grund för avgörandet eller ej.

Teori är obiter. Vilken syn på prejudikatläran ger denna rekommendation uttryck för? Jag vill ta spjärn mot en passage hos Christina Ramberg:

> ”Det finns inga lagstadgade regler om fastställande av avtals innehåll (avtalstolkning i vid bemärkelse). HD har i knappt 40 avgöranden sedan millennieskiftet gett vägledning om hur avtalstolkning ska gå till. HD ger ofta anvisningar i sina domskäl för hur man ska gå till väga för att lösa ofta återkommande problem, s.k. metodprejudikat. […] Trots att HD tydligt anvisat en modell för avtalstolkning, ser vi i den rättsvetenskapliga litteraturen många varianter som ibland är tämligen fristående från HD:s anvisade modell. Problemet är alltså inte egentligen att identifiera rättsregeln, utan snarare att acceptera att HD:s prejudikat är en viktigare rättskälla än djuplodande tankar och analyser av rättsvetenskapare. […] I detta sammanhang är det viktigt att betona att HD *hittar på* nya regler. Det är alltså inte fråga om att HD endast ger uttryck för redan befintliga regler. HD har – till skillnad från rättsvetare – mandat att *skapa* rättsregler.”[59]

Den logik som kommer till uttryck här är i sig tydlig. Om HD till skillnad från rättsvetenskapen har mandat – makt – att skapa rätt, så är HD:s praxis per definition en primär rättskälla, och i det hänseendet likställd med lagstiftningen. Jämförelsevis väger då den rättsvetenskapliga doktrinen minst sagt lätt. Men kanske tål den bilden att nyanseras något.

Rätt är text, och rättens innehåll kan bara bestämmas genom tolkning. Man kan inte lämna tolkningen ur räkningen när man diskuterar prejudikatbildning.[60]

Texten är tolkningens objekt. I något annat avseende dikterar texten inte tolkningens resultat. Varje tolkningsanvisning måste ju också tolkas.

[59] C. Ramberg, SvJT 2022 s. 521 f. Jfr Lind, JT 1995–96 s. 232 ff; dens., JT 1996–97 s. 362 f.

[60] Jfr Asp, SvJT 2021 s. 445: ”[M]ina slutsatser pekar i huvudsak bort från den generella frågan om prejudikatbundenhet (möjligen också bort från en mer elaborerad prejudikatlära) och mot – tja – närmast generella frågor om tolkning och tillämpning.”

Allt författaren kan göra är att ändra lydelsen, det vill säga att modifiera tolkningsobjektet.[61]

Lagstiftaren fixerar lagens lydelse, men lagen tolkar inte sig själv. Den består såtillvida, som man brukade säga, av döda bokstäver.[62] Rättstillämparen ger lagen innebörd, genom tillämpningen,[63] men här får man ta hänsyn till, dels, att ingen tolkning är slutgiltig – för den tolkade texten ändras inte genom tolkningen, och det är textens innebörd det gäller (varför en ny tolkning alltid är möjlig) –, dels, att också tolkningen, det vill säga domskälen, är text, vars innebörd endast kan fastställas genom tolkning, och domstolen kan inte diktera hur domskälen ska tolkas, lika litet som lagstiftaren kan diktera lagens tolkning.[64] Annorlunda uttryckt är skäl och prejudikat inte samma sak.[65] Skälen är tolkningsobjektet, prejudikatet tolkningsresultatet (svaret på frågan: Vilken innebörd har detta avgörande som rättskälla betraktat?).

Vid tolkningen av rättsfall artikuleras innebörden av den tolkning rättstillämparens ställningstagande i saken förutsätter.[66] Alltså är det inte möjligt att tolka domskäl utan att samtidigt självständigt värdera de relevanta rättskällorna vid tiden för avgörandet.[67] Frågan är om, och i så fall hur, rättsläget har förändrats.

Rättstillämpning kräver, precis som lagstiftning, naturligtvis kreativitet – all tolkning är kreativ, konstruktiv – men vid rättstillämpning

[61] Med det är allt som behöver sägas om integrationsklausuler sagt? Kanske inte; se Oulis, ovan s. 211 ff.

[62] Se von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1853, bd II s. 189: ”in dem todten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unserer Betrachtung wieder entstehen zu lassen.”; se också dens., System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840, bd I s. 213.

[63] Jfr Asp, SvJT 2021 s. 455: ”För den som befinner sig i en rättstillämpningssituation är gällande rätt alltid något som nås efter en konstruktion – inte ett enkelt faktum – låt vara att rätten domineras av standardfall där konstruktionen är så enkel att den närmar sig ett faktum.”

[64] Jfr O. Johansson–Asp–Runesson, JT 2023–24 s. 868 ff.

[65] Så också i den i svensk debatt kanske mest uppmärksammade prejudikatläran, nämligen den som brukar återföras på Goodheart; se t.ex. Håstad, Vb. Olsen, Uppsala 2019 s. 243 ff.

[66] Den legitimitet som ett domstolsavgörande har är *huvudsakligen* avledd från primärkällornas.

[67] Asp, SvJT 2021 s. 460, betonar att prejudikat ”inte är självständiga, utan bygger på den rättsliga situationen såsom den såg ut vid prejudikatets tillkomst”.

är kreativiteten hårdare bunden. Det som ska konstrueras är ju rättens *innebörd*, vilket vill säga att avgörandet måste formuleras som resultatet av en tolkning. Tolkningsterminologin är ingen fasad. Lord Mansfields berömda dictum – ”The law works itself pure”[68] – håller än som karakteristik av all rättsbildning genom prejudikat.

Som tolkningsfråga är vidare frågan, vilket prejudikatet är – alltså om och hur rättsläget har förändrats genom avgörandet – alltid öppen. Den kan bara besvaras genom ett konkret, värderande ställningstagande som är direkt avhängigt det specifika, individuella tolkningsunderlaget, det vill säga de texter och omständigheter som saken gäller.[69] Av det skälet är abstrakta uttalanden om hur tolkningen ska genomföras av begränsat värde. Det kommer aldrig att finnas någon entydig prejudikatlära, och det är inte ett problem.[70] Kaos och godtycke står inte för dörren. Vår praktik fungerar, trots att var och en i det enskilda fallet själv måste avgöra vad prejudikatet består i.[71]

Det finns en stadga, men den är alltid kontextspecifik. Med andra ord tillhandahålls stadgan av det konkreta underlaget – den ligger i kravet att utfallet måste kunna förstås som en följd av just *detta* underlag. Frågan är till exempel vad som i sammanhanget följer av en viss paragraf. Det är uppenbarligen inte fråga om fritt tyckande. Man kan ha rätt och man kan ha fel i juridiska frågor – annars vore det inte meningsfullt att diskutera dem.[72]

[68] Belysande på temat: Bezemek, The Law Works Itself Pure, Bersier–Bezemek–Schauer (eds.), Common Law – Civil Law. The Great Divide?, Cham 2021 s. 17 ff.

[69] Sandvik, Prejudikat som ska, bör, kan och inte kan beaktas, Kleineman (red.), Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, Stockholm 2018, s. 222, skriver: ”En meningsfull juridisk argumentation förutsätter att prejudikatvärdet klargörs.” Jag vill snarare säga: Varje juridisk argumentation som hanterar prejudikat ger uttryck för en hållning i frågan om de specifika avgörandenas prejudikatvärde.

[70] Den teoretiska grunden för min hållning här, som går tillbaka på Kants estetik, har jag utvecklat i J. Samuelsson, Tolkningslärans gåta, Uppsala 2011.

[71] Att skriva under på en allmänt spridd uppfattning är också ett ställningstagande. Ett riskabelt sådant. Hur många av de som upprepat Grönfors påstående, att vissa alternativa fullmaktstyper – de som Grönfors ville ringa in med begreppen ”kombinationsfullmakt” och ”toleransfullmakt” – utvecklades i praxis under första halvan av nittonhundratalet, har själva läst de fallen och dragit samma slutsats?

[72] Se på detta tema J. Samuelsson, Vb. Eklund, Uppsala 2022 s. 297 ff.

Sällsynt som det är, kan ett avgörande av en prejudikatinstans bygga på en uppenbart felaktig tolkning av ett enskilt lagstadgande (eller motsvarande), och det bör då frånkännas prejudikatvärde på den grunden.[73] Risken för misstag ökar med insatserna. Långa och principiellt hållna domskäl är svårtolkade, men det hindrar inte HD från att regelmässigt infoga tolkningar av tidigare avgöranden i sina skäl. Ibland slår det fel, som till exempel i fallserien som givit oss ”tillitsfullmakten” – i flera led: Vad HD 2014 säger om vad HD gjorde 2013 är skevt, och 2021 läser HD 2014 års fall tämligen illojalt – en del detaljer förvrängs dessutom i överföringen (se avsnitt I ovan). Den regel HD tillämpade 2021 ska vara den som fastslogs 2014, men det är uppenbarligen inte samma regel. Vilken är då regeln? HD har ju ingen makt att i efterhand justera *innebörden* i sina egna avgöranden – att ett äldre avgörande medvetet eller omedvetet kan förvanskas är en annan sak.[74] Vad än någon säger ger, till exempel, NJA 1950 s. 86 inte uttryck för någon ”kombinationsfullmakt”. Det är inte vad som står där. Att en tolkning är populär gör den inte sann.[75]

[73] Asp, SvJT 2021 s. 461, skriver: ”[D]et [blir] lätt […] missvisande när man jämför bundenhet av lagstiftning med bundenhet av prejudikat. Stig Strömholm säger t.ex. att det är klart att lagen har företräde om ett enstaka avgörande skulle vara att bedöma som klart felaktigt, men det framstår som tydligt att ett prejudikat, precis som annan rättstillämpning, kan innebära att man går på tvärs med lagtextens ordalydelse (anta t.ex. att en prejudikatinstans […] skulle nå slutsatsen att ett förbud mot att ta in glass i klädbutiker inte ska tillämpas på ett medhavt tvåliterspaket i en konsumkasse) utan att det är något konstigt med det. Och lika tydligt är att den efterföljande domstol som i ett sådant fall uttalar att ’prejudikatet går på tvärs med ordalydelsen och därför inte ska följas – lagen har företräde’ inte kan sägas ha förstått prejudikatet och ’gör fel’.” Jag är med Strömholm här. Ordalydelsen som sådan har ingen innebörd alls. Den måste tolkas. Anledningen till att prejudikatet i exemplet framstår som invändningsfritt är att prejudikatinstansens tolkning är uppenbart rimlig givet den tolkade bestämmelsens antagliga syfte. Skulle emellertid en underinstans i ett enskilt fall komma fram till att prejudikatinstansens tolkning är oförenlig med lagtexten, efter en självständig tolkning av den senare, så är underinstansen *skyldig* att bortse från prejudikatet – det senare saknar legitimitet. Jfr Sandvik, Prejudikat som ska, bör, kan och inte kan beaktas s. 231.

[74] Jfr t.ex. Lundberg, JT 2023–24 s. 231.

[75] Ett ombud har all anledning att vara uppmärksam på vad som i denna mening ”gäller”, men en domare kan inte utan vidare tänka så, och gör en akademiker det blir det en sorts svek. (Svensk rättsvetenskap har, hävdar jag, inte den kritiska massa som krävs för att arbeta med ”härskande läror”.) Se härtill Bergslid Salvesen, ovan s. 259 f., 264 och 277 ff.

Insatserna ökar också med abstraktionsgraden.[76] Gäller det som i tillitsfullmaktsfallen grunderna för ett helt rättsområde är HD:s möjligheter att åstadkomma större förändringar så gott som obefintliga. Kliver man snett – som när man hävdar att det är en förutsättning för bundenhet genom konkludent handlande att risken för, att motparten skulle komma att uppfatta att bundenhet förelåg, måste ha insetts – har det ingen verkan. Och går man utanför gränserna för vad som meningsfullt kan göras till föremål för rättslig reglering blir det ingen rättsbildning överhuvudtaget.

”Metodprejudikat” på avtalstolkningens område är ett bra exempel. Inte ens lagstiftaren förfogar över avtalstolkningens väsen. Det är givet att HD:s hantering av avtalstolkningstvisterna i praktiken har en normerande verkan på avtalstolkningsargumentationens utformning, och att den senare, därför, varierar med tiden, men avtalstolkningens grunder förblir desamma – i svensk rätt och i alla andra rättsordningar:

> Tolkningens syfte är att fastställa vad parterna kommit överens om (”den gemensamma partsavsikten”). Innebörden är en effekt av lydelsen. Texten, när en sådan finns, är i regel det primära uttrycket för avsikten och en rimlig utgångspunkt för tolkningen. Eventuella individuella tolkningsdata går före generella hänsyn, och i denna mening har ”det subjektiva” företräde framför ”det objektiva”. Kontraktstexten ska i utgångsläget betraktas som en sammanhängande helhet. Kontexten är avgörande för innebörden. En helhetsbedömning måste alltid göras…

Detta är ingenting som svenska HD har hittat på, och skulle HD hitta på någonting annat skulle det sakna verkan, för här gäller det helt enkelt att fastställa innebörden av parternas göranden och låtanden inom partsautonomins gränser.[77]

[76] Jfr Strömholm SvJT 1984 s. 944: ”Det framstår […] – trots de vådor och nackdelar som kan följa – som önskvärt att de prejudikatbildande instanserna i möjligaste mån formulerar de generella regler deras avgöranden ger uttryck åt.”; jfr C. Ramberg, SvJT 2022 s. 520: ”Det är vanligt att HD *skapar* – eller mer korrekt *uttalar* – mycket generella, oskrivna rättsregler. Catharina Månsson kallade vid sitt föredrag detta för HD:s *generösa domskäl*.” Nå, generositeten kan vara missriktad.

[77] HD kan till exempel inte ”upphäva gränsen mellan tolkning och utfyllning”. Tillämpar man rättsregler, tolkar man inte avtalet – oavsett vad man vill kalla det. HD kan ignorera denna distinktion, som i ”Ramavtalet” NJA 2021 s. 643 (jfr dock minoriteten), men det gör ingen skillnad.