

PRESS JUDICATA

Tema
avtalsrätt

PACTUM TURPE –
olagliga och
osedliga avtal

Palmefilmen
konstnärlig frihet eller
förtal?

**Christina
Ramberg**

-bort med lagen





En bra start på **KARRIÄREN**

Vinge är en av de största och mest framgångsrika affärsjuridiska advokatbyråerna i Norden. Att arbeta för Vinge är utmanande och tillsammans med erfarna kollegor kommer du att hjälpa våra klienter till framgångsrika affärer.

Nyckeln till vår framgång är skickliga jurister och vi arbetar målmedvetet med att vara ett självklart val för duktiga medarbetare som vill utvecklas och göra en framgångsrik karriär som affärsjurist.

Välkommen till Vinge!



Följ Vinge på facebook och håll dig uppdaterad om allt ifrån lediga tjänster och praktikplatser till eventinbjudningar och aktiviteter.

www.facebook.com/vinge.se

STOCKHOLM GÖTEBORG MALMÖ HELSINGBORG BRYSSEL HONG KONG SHANGHAI

INNEHÅLL

Huvudsamarbetspartners

Gernandt & Danielsson
Linklaters

LINDAHL

Samarbetspartners

HAMMARSKIÖLD & Co

ROSCHIER

 MANNHEIMER
SWARTLING

CEDERQUIST

VINGE

WHITE & CASE

Chefredaktören har ordet	5
Avtalsrättens framtid	6
Bort med lagen!	10
Avtalstvånget, ofriheten och förpliktelserna	12
Ordförande	15
Rättssäkerhet vid avtalstolkning	16
Kollektivavtal – en viktig del av arbetsrätten	18
Ett utvidgat avtalsbegrepp	21
Utskottet	22
Information från institutionen	23
Palmefilmen-förtal eller konstnärlig frihet?	26
Pactum turpe – olagliga och osedliga avtal	28

TRYCK

Exakta, Malmö

PJ, Press Judicata, är ett medlemsorgan för Juridiska Föreningen i Uppsala. De åsikter som förs fram i tidningen återspeglar inte nödvändigtvis föreningens.

Omslagsfoto: Christina Ramberg (Fotograf: Staffan Westerlund)

CHEFREDAKTÖR OCH
ANSVARIG UTGIVARE

Frida Jansdotter
redaktion@jf-uppsala.se

BITR. CHEFSREDAKTÖR
Axel Waltré

LAYOUTANSVARIG

Anna Seppälä Martinez
layout@jf-uppsala.se

BITR. LAYOUTANSVARIG
Andreas Strandberg

BESÖKSADRESS

Övre slottsgatan 3
753 11 UPPSALA

TELEFON

018 - 71 01 60



VÅRA VIKTIGASTE VERKTYG

Är Du precis som vi övertygad om att man måste ha de vassaste verktygen för att få jobba med de roligaste uppdragen? Hos oss är individen likaväl som affären i fokus. Kanske är det därför vi idag rankas som en av Sveriges främsta affärsjuridiska byråer.

CEDERQUIST

Bland vintersol och avtal

Enligt kalendern närmar sig våren, snön börjar smälta och Press Judicata inleder ännu ett år av tryckta tankar och funderingar. Detta är årets första nummer men det inleder även början på slutet av mina studieår vid Uppsala universitet.

Av all den kunskap som delgetts mig under de år jag levt i symbios med lagboken, har avtalsrätten varit den del av juridiken som gjort störst intryck på mig, kanske för att avtal så tydligt förekommer i så många delar av våra liv. Mitt intresse för avtalsrätt grundades emellertid långt innan jag visste att det fanns en juridisk institution vid Uppsala universitet, ja långt innan jag förstått vilka möjligheter som en juridisk utbildning kunde ge mig.

Som yngsta syskonet har jag alltid behöva försvara mig från något av ett underläge och argumentera hårt för min rätt. Att försvara sig mot argument som "Det har jag aldrig sagt" kan jag säga är ytterst svårt. Vid den späda åldern av 5 år, insåg jag inte vitsen med skrivna avtal utan försökte ofta förgäves att finna vittnen till min utsaga. Vis av min uppväxt har jag nu lärt mig att helst ha både skriftlig bevisning samt bildbevis innan jag ger mig in i en debatt om vem som egentligen är ägare till den sista godisbiten i påsen.

Varför vi har avtal och hur de ska tolkas är inte alla gånger lätt att förstå. En liten del av denna avtalsproblematik berörs i detta första nummer. Oavsett om du emellertid öppnar upp detta nummer för att göra en djupdykning i ett enskilt avtalsområde eller om du helt enkelt vill fylla ett par minuter under en paus från studierna eller arbetet, hoppas jag att du finner stort nöje med läsningen.

Varmt välkommen till ett nytt nummer av Press Judicata och en ny vårtermin vid det bästa av bästa universitet.

Frida Jansdotter

Chefredaktör



AVTALSRÄTTENS FRAMTID

Vart är avtalsrätten på väg? När jag nu tar mig för att säga någonting om den saken, är det med följande förbehåll: Jag tar det bara halvt på allvar och i viss mening personligt; tänker med tangenterna, mer eller mindre utan självcensur. Framställningen blir alltså ohöljt subjektiv och långt ifrån vetenskaplig i vedertagen mening.

Jag vill börja med frågan. Det är ofta en god idé. Man bör inte ta för givet att de frågor man ställer faktiskt betyder någonting. Och i det här fallet finns det god anledning att behandla frågan med misstänksamhet.

Två skäl:

För det första. Har vi någonting att lära av historien är det möjligt att vi inte vet någonting om framtiden. Uttalanden om framtidens beskaffenhet är projektioner, som nödvändigtvis bygger på kategorier hämtade ur det förflutna. Men framtiden har inget språk. Framtidens historia är ännu inte skriven. Inte nuets heller, för den delen. Det är visserligen populärt att försöka fånga utvecklingen i flykten – att komma med en lägesbeskrivning eller en prognos – men man får ta sådana försök på rätt sätt: som uttryck för prognosmakarens världsåskådning och, ytterst, som ett sätt att göra anspråk på makten över den diskurs det gäller. (Och detta är tillämpligt också på förevarande text, trots alla förbehåll.)

För det andra. Vilket objekt handlar det om? Vadå "avtalsrätten"? Rättsområden är diffusa företeelser – delar av det svårgripiga "rättssystemet" – som inte utan vidare låter sig förstås som föremål, som kan ha, till exempel, rörelseriktning. Frågan "Vart är avtalsrätten på väg?" förutsätter att avtalsrätten kan förstås i rumsliga termer. Men var är det rummet beläget? Vem känner det? (Ett universum av abstraktioner, endast tillgängligt för inbillningssjuka. Där är kallt och ödsligt, föreställer jag mig.)

Jag vill stanna vid frågan vad som menas med "avtalsrätt".

Det är rättsvetenskapens uppgift att uttala sig om rättens abstrakta sida, alltså om systemet. Lagstiftaren föreskriver. Rättstillämparen fastställer rättsläget med avseende på enskilda fall. Endast rättsvetaren har brukardetheta, tid och möjlighet att setilldestoralinjerna.

Denna rollfördelning är tydligare i avtalsrätten än på många andra håll. Under den era som inleddes med avtalslagens tillkomst, och som sträcker sig in i nutiden (avtalslagen är, fortfarande, konstitutiv för den svenska (nordiska) avtalsrätten) har lagstiftaren som bekant avhållit sig från större ingripanden. (Införandet av den stora generalklausulen i 36 § utgör det enda egentliga undantaget.) Och den ursprungliga ambitionen var inte att tillhandahålla en heltäckande systematik; tvärtom valdes mycket medvetet vissa praktiskt betydelsefulla frågor ut för reglering. Följdenligt har rättstillämpningen stor betydelse på avtalsrättens område, och denna betydelse har ökat med åren – allteftersom rättstillämparen ostört har kunnat lägga avgörande till avgörande. Dagens avtalsrätt har i väsentlig mån bildats i praxis. Den har växt fram – organiskt, som i common law. Men domstolarna undviker, så långt det är möjligt, teoretiska frågor. De övergripande strukturerna har alltså lämnats åt rättsvetenskapen – och givet rättskälletaget har fältet för kreativ vetenskaplig verksamhet varit förhållandevis fritt.

Nu har rättsvetenskapen visserligen inte utnyttjat möjligheterna fullt ut. Långt ifrån, faktiskt. Systematik har inte varit på modet, särskilt inte i civilrätten och särskilt inte de senaste femtio åren. Längre dominerade också föreställningen att rättsvetenskapen i första hand har att agera hjälpreda åt rättstillämpning och annan praktik – och servera lösningar på konkreta

juridiska problem. (I uppenbar strid med varje rimlig förståelse av det grundläggande kravet på vetenskaplighet; V e t e n s k a p e n tar, märk väl, inga beställningar. Inga!) Det är alltså ont om brett upplagda och seriöst menade systematiska avtalsrättsliga verk. Helheten behandlas företrädesvis i läroböckerna (Någonting måste man ju ändå säga till studenterna!) – och bland dessa intar Axel Adlercreutz "Avtalsrätt" en särställning (numera under medverkan av Lars Gorton). För svenska juristers uppfattning om avtalsrättens beskaffenhet har knappast någon annan text varit så betydelsefull, under så lång tid.

Och där har vi ett konkret svar på frågan efter avtalsrättens väsen. De befintliga läroböckerna definierar ämnet. Adlercreutz böcker har varit tongivande. Avtalsrätt är det som finns mellan pärmar i "Avtalsrätt". Och frågar vi vad som kommer att hända med avtalsrätten i framtiden frågar vi i praktiken vilka som kommer att skriva framtidens läroböcker, vad de kommer att innehålla och hur de kommer att tas emot.

Men vänta här nu. Blandar jag inte fullständigt ihop beskrivning och objekt? Det är väl en sak hur de avtalsrättsliga texterna är beskaffade och en helt annan hur avtalsrätten som sådan ser ut?! Det vore ju högst märkligt om avtalsrätten blev sådan som rättsvetenskaparna påstår att den är därför att de påstår det. Vore inte det ... ordmagi, av något slag?

Kanske det. Och ändå är det exakt så det förhåller sig. Här föreligger inga missförstånd. I rättsvetenskapen kan inte beskrivning och objekt hållas isär. (Inte någon annanstans heller, men det behöver vi inte fördjupa oss i.) Frågan om avtalsrättens framtid är liktydig med frågan hur den rättsvetenskapliga berättelsen om avtalsrätten framöver kommer att konstrueras.

Vad kommer då denna berättelse att handla om? Låt oss för all del spekulera, med utgångspunkt i de teman som den hittillsvarande avtalsrättsliga debatten har kretsat kring.

Det faller sig naturligt att först ta upp avtalslagens ställning och öde – av flera skäl. Lagen är ålderstigen, åtminstone relativt sett, och det ger i sig anledning att fundera över dess relevans. Vi jurister rör oss ju med föreställningen att rätten ska svara mot samhällets behov. Vi tänker – helt oreflekterat – instrumentellt. Och det har ju hänt så mycket! Genomgripande förändringar av de sociala strukturerna. Välfärdsstaten har byggts upp och monterats ned. Vi har sjuttioalets våg av konsumentskyddslagstiftning. EU-medlemskapet och globaliseringen överlag. Och sen det här med den tekniska utvecklingen. Med mera, med mera... Måste inte avtalsrätten på något sätt anpassa sig efter dessa förändringar?

Nej, det "måste" den inte – här finns, om man tänker efter, ingenting som tvingar fram en rättslig förändring, bara en alltför enkel bild av förhållandet mellan rätt och samhälle, vars enda uppenbara förtjänst är att den verkar förnuftig. Någon egentlig grund har denna instrumentella ideologi emellertid inte – vilket inte hindrade den från att härska i princip oinskränkt i civilrättsvetenskapen under nittonhundratalet. Antagligen kunde det inte ha varit på något annat sätt. Instrumentalismen i juridiken framstår i ett vidare perspektiv som ett konsekvent uttryck för den modernism som dominerade kulturen under förra århundradet.

Avtalsrättens meste modernist var Kurt Grönfors. Han liknade själv sin rättsvetenskap vid det kubistiska måleri som modernisterna Braque och Picasso utvecklade under seklets första decennier. Och liknelsen är träffande. Just som kubisterna

forts.

"Vi jurister rör oss ju med föreställningen att rätten ska svara mot samhällets behov."

*Nu drivs kampanjen mot avtalslagen hårdast
av Christina Ramberg – med argument som i många fall kan
spåras tillbaka till Grönfors tänkande.*

ville Grönfors slå sönder perspektiven – i juridiken närmast de rättsliga begreppen och teorierna – och redovisa bitarna i ett plan, eller som Grönfors uttryckte det: i "en bredare och mera nyanserad matris". Och precis som kubisterna drevs Grönfors av viljan att komma verkligheten närmare. Man ska frigöra sig från dogmerna för att kunna se tingen så som de verkligen är. Detta stämmer Grönfors mot juridiken som sådan – mot det nedärvda tänkandet och mot de befintliga texterna. Istället tar han ställning för "verkligheten", och han betonar genomgående praktikens företrädare framför teorin. Ytterst handlar det om att de värderingar, som i realiteten är avgörande, ska synliggöras.

Avtalslagen betraktar Grönfors följdriktigt som ett monument över sedan länge döda ideologier och såtillvida som ett hinder mot rättsutvecklingen. Hans berömda ord på dödsbädden – "Avtalslagen är en ruin!" – sammanfattar i en slogan hans rättsvetenskapliga gärning på avtalsrättens område. Och han har varit inflytelserik. Nu drivs kampanjen mot avtalslagen hårdast av Christina Ramberg – med argument som i många fall kan spåras tillbaka till Grönfors tänkande. Under alla omständigheter handlar det i grunden om en och samma sak – hos Grönfors som hos Ramberg: avtalslagen anses inte svara mot verklighetens behov. Den är orealistisk, dogmatisk – full av hål, som måste täckas med avancerade fiktioner, för att fungera hjälpligt.

Det är bara det att det inte är lika enkelt att vara modernist idag som det var vid nittonhundratalets början (kubisterna) eller ens vid dess mitt (Grönfors). Vi lever ju post modernismen. Utanför civilrättsvetenskapens snäva krets saknar de premisser på vilka Grönforsianismen vilar fullständigt legitimitet. Att denna inriktning har kunnat fortleva in i vår tid är kuriöst och kan bara förklaras med hänvisning till (civil)rättsvetenskapens särart. Jag tänker på sådant som att denna vetenskapsgren a) i hög grad är isolerad från andra vetenskaper och kultursfärer, b) är så pass praktikertillvänd, så inriktad på att vara nyttig (många gånger är den rentav öppet antiintellektuell) och c) är så auktoritetstrogen och traditionsbunden (jo, faktiskt – även om den officiella retoriken säger motsatsen; det ligger i modernismens själva formel att den ska spränga de etablerade ramarerna ... men det är länge sedan det var mer än just en formel).

Den som i nuläget insisterar på en skarp distinktion mellan "rätten" och "verkligheten" är illa ute, i teoretiskt hänseende. Vi vet för det första ingenting om de "reella behoven". Vilka dessa är, om sådana ens existerar, är en empirisk fråga som i dagsläget saknar svar. Som jurister saknar vi, vidare, alla förutsättningar att underrätta oss om hur det verkligen förhåller sig (såvida det inte gäller rättsläget). Vill vi veta någonting om utomrättsliga verkligheten får vi vända oss till de empiriska vetenskaperna – frågan är dock varför vi skulle underkasta oss andra vetenska-

pliga regimer för att hantera våra egna, disciplininterna, problem. Det är en ren fördom att juridiken skulle vara beroende av empiriska data. Så länge juridiken överhuvudtaget har existerat – och det är länge – har den klarat sig fint utan empiri.

För det andra finns det inget hållbart sätt att göra jämförelsen mellan "rätten" och "verkligheten" (här får vi bortse från att vi inte vet någonting om den senare). Avtalslagen, till exempel, är ett stycke normativ materia (eller svårare: den är sin egen verklighet), inte ett försök att korrekt redogöra för verklighetens beskaffenhet.

Låt oss ta anbud-accept-modellen som exempel – det är vanligen det första som avtalslagens kritiker tar upp, och argumentet är då att avtal i realiteten ingås på många andra sätt. Men: Påstås någonstans i avtalslagens bestämmelser att avtal rent faktiskt ingås genom utbyte av anbud och accept? Nej. Avtalslagen innehåller överhuvudtaget, märk väl, ingen definition av avtalsbegreppet. Allt som konstateras i lagens första paragraf – för det är den som det gäller här – är att avgivare av anbud respektive accept är bundna var för sig (att de också är bundna till det resulterande avtalet kan man sluta sig till genom att reflektera ett ögonblick över dessa rättshandlingars innebörd – i lagtexten tas det för givet). Vad regeln gör, är att den kodifierar löftesprincipen – alltså regeln att avgivare av anbud presumeras ha bundit sig ensidigt – samt förklarar att tolkningsreglerna i 2-9 §§ är tillämpliga på rättshandlingar som kvalificerar sig som anbud i lagens mening. I övrigt sägs ingenting om avtals ingående ... vilket beror på att svensk rätt i likhet med alla (?) andra moderna rättsordningar endast undantagsvis ställer några krav på formen för avtals ingående. Enligt huvudregeln har vi helt enkelt ett avtal när parterna är överens. Punkt. Hurvida de är överens eller inte är en tolkningsfråga. Rätten lägger sig inte i den saken (det kallas "avtalsfrihet"). Anything goes!

Men ... ger inte lagens utformning ändå intrycket att just utväxling av anbud och accept på något sätt är en särskilt viktig form av avtalsslutande, och kan inte denna utformning förklaras med att denna form var särskilt viktig vid tiden för avtalslagens tillkomst ... och är inte det missvisande? Nja, nej, man behöver inte göra problemet större än vad det är. Det är visserligen sant att avtalslagens förarbeten ger intrycket att lagstiftaren utgått från att avtal i praktiken ofta ingås genom utväxling av anbud och accept, men det innebär inte att det verkligen var så det förhöll sig (i svenskt affärliv vid artonhundratalets slut) eller för den delen att lagstiftaren verkligen trodde att så var fallet. Förarbetstext syftar till att sälja in den ifrågavarande lagstiftningsprodukten – är ideologisk, och som sådan opålitlig. Anbud-accept-modellen har vi, precis som alla andra västerländska rättsordningar, de facto efter den första moderna civillagen – den preussiska allmänna landslagen från 1794. Denna modell har alltså ingenting med de verkliga

Allt jag kan erbjuda är, egentligen, propaganda.

förhållandena på den svenska marknaden vid tiden för avtalslagens tillkomst att göra. Vad modellen gör, är att den tillhandahåller ett enkelt normativt mönster, som är tacksamt att ta till utgångspunkt när man resonerar kring avtalslutande i juridiken. Avtalet är en frivillig överenskommelse. Båda parter ska, tänker vi oss, ta del i avtalslutandet, och det på ett sätt som ger ett tydligt uttryck för deras vilja att komma överens. Anbud och accept. På det grundtemat får vi sen avtalslärans alla variationer. Inga problem.

Visserligen utsattes denna modell för skarp kritik under nittonhundratalet – Grönfors representerar såtillvida en internationell idéströmning – men kraften i den rörelsen har ebbat ut. Jag nämner två ytterligare aspekter: en ideologisk och en teoretisk.

Ideologi: I anslutning till vänstervågen under sjuttioalet blev det populärt att hävda att avtalsfriheten hade satts på undantag och att utrymmet för att beakta parternas vilja följaktligen hade minskat. Emellertid – och alldeles bortsett från att det politiska läget i dag är ett annat – har ingen lyckats visa att denna eventuella omständighet skulle påverka avtalsbegreppets konstruktion innanför gränserna för den avtalsfrihet som ändå obestriddligen kvarstår. (Och det är ju högst oklart vad det överhuvudtaget innebär att påstå att avtalsfrihetens utrymme har minskat, att avtalsfriheten inte längre skulle vara huvudregeln etc. Hur mäter man det?) Avtal är frivilliga överenskommelser. Några begripliga alternativ till den uppfattningen föreligger inte.

Teori: Under artonhundratalets slut kollapsade den tyska idealismen under sin egen vikt och subjektiviteten hamnade i en utdragen kris. Givet tidens vetenskapliga mode – som var positivistiskt, scientistiskt och realistiskt – framstod det som ett komplett mysterium att subjektets fria vilja spelat en så framträdande roll i den dittillsvarande teoribildningen. Om vetenskapen ska röra sig med ett viljebegrepp – så resonerade man nu – måste detta rimligen motsvaras av någon form av psykologisk realitet. Överfört på avtalsrätten: "Påstår man att parterna avsett det ena eller det andra så måste de ju verkligen medvetet ha föreställt sig detta ... och har man inga belägg för att så är fallet rör man sig med en ren fiktion (Ve och fasa!). Bättre då att förlita sig på objektiva kriterier." I teorin är detta tankemönster överspelat, åtminstone sedan femtiotalet. (Vad ord och annat mänskligt handlande innebär har ingenting med "psykologiska realiteter" att göra.) Nog sagt.

Men jag måste avrunda. Vart är avtalsrätten på väg? Ingen vet. I konkreta termer gäller frågan hur området kommer att konstrueras i framtida rättsvetenskapliga framställningar. Det tidiga nittonhundratalets vetenskapliga väckelserörelse hade en enorm kraft, som satte formen också för avtalsrätten. Spåren är överallt – till exempel i Adlercreutz avtalsrätt. Det är först under de senaste decennierna som det överhuvudtaget har blivit möjligt att tänka annorlunda. Min gissning är att förra seklets

idéer även fortsättningsvis kommer att tappa i kraft – allteftersom tiden går, och i takt med att nya generationer av forskare tillkommer (i vetenskaperna är det så sällsynt med konvertiter att man i praktiken kan bortse från den möjligheten). På utelistan hamnar då till exempel:

- a) positivism i allmänhet och lagpositivism i synnerhet (dvs. attityden att endast det som är explicit, tydligt och klart är på riktigt – så som det som är lagfäst)
- b) objektivism (t.ex. i form av skepsis mot avtalslagens dubbla subjektiva rekvisit)
- c) instinktiv motvilja mot "begreppsjurisprudens"
- d) oproblematiserat bruk av dikotomin fakta (bra)/fiktioer (dåligt)
- e) teorifientlighet
- f) föreställningen att juridiska begrepp saknar substans, att de egentligen endast är "kopplingsbegrepp"
- g) historielöshet
- h) tendensen att vilja ersätta hävdvunna rättsliga figurer och strukturer med allmänna skälighetsbedömningar
- i) tron att det går att synliggöra "de rättsliga värderingarna som sådana"
- j) funktionalism

...med andra ord allt det som jag slåss mot i mitt eget skrivande. Ha! Framtiden är min och rättvisan ska segra! Om jag får gissa ... och det var ju just det. Allt jag kan erbjuda är, egentligen, propaganda. Det bästa man kan göra i sammanhang som dessa är antagligen att erkänna det. Och den som lever får se.

Joel Samuelsson

Universitetslektor i civilrätt, ssk. förmögenhetsrätt vid Uppsala universitet

Bort med lagen!

Det stora tomrummet

1994 såg jag ett exempel på hur en modern avtalslag kan se ut och blev helt paff. Plötsligt såg jag i strålkastarljus allt det som inte står i den svenska avtalslagen från 1915.

Här är en lista över några av de saker som man inte får svar på i avtalslagen från 1915:

1. Vad gäller om ansvaret vid avtalsförhandlingar som inte leder fram till avtal (culpa in contrahendo)?
2. Hur sluts avtal på andra sätt än genom anbud-accept-modellen?
3. Vad är rättsföljden av att ett avtal är ogiltigt?
4. Hur tolkar man avtalsinnehåll?
5. Hur ska man resonera om risken för ändrade förhållanden?
6. Vad händer om man inte håller sina avtalslöften?

Som du förstår är det grundläggande, centrala och vanligt förekommande frågor som inte får något svar i avtalslagen från 1915. Jag hade under mina studier blivit itutad att vår svenska lagstiftning rörande avtal var heltäckande med några få "svårlösta fall" – som ett tjockt stabilt istäcke av lagstiftning med några tunna sprickor här och där. Så är det ju inte alls. Det är tvärtom. Avtalsrätten är som en stormig öppen ocean av icke lagreglerade frågor som inte får något svar. Det finns bara en och annan ödslig oljerigg gupandes i det vida havet som motsvarar sporadiska lagparagrafer.

Det är ganska vanligt att det finns för många lagar. Ett sådant exempel är köprätten. Vi har för närvarande fem köplagar (köplagen, konsumentköplagen, CISG, jordabalken kap. 4 och skuldebrevslagen § 9) och det pågår diskussioner i EU som kan medföra att vi får en sjätte köplag (CESL). Jag tycker att det är överdrivet med så många lagar om en enda avtalstyp. För den allmänna avtalsrätten är problemet det omvända; det finns nästan inga lagparagrafer alls. Det är lagstiftningstomt.

Emil-i-Lönneberga-juridik

Avtalslagen skrevs i början av 1900-talet. Den är från Emil-i-Lönnebergatiden. Därför är det inte så konstigt att avtalslagen inte ger svar på det som man idag i praktiken behöver svar på. Avtalslagen var avsedd att ingå i ett "paket" tillsammans med 1905 års köplag. Köp var en totalt dominerande avtalstyp vid förra sekelskiftet. Nuförtiden är det en massa transaktioner som inte är köp och som det inte finns någon speciallag för (konsultavtal, kreditavtal B2B, entreprenadavtal B2B, aktieägaravtal, återförsäljaravtal, outsourcing, franchis-

ing, hyra av lös egendom osv.). För dessa oreglerade avtalstyper behövs en allmän avtalsrätt som ger generella svar.

Ytterligare en förklaring till varför avtalslagen förlorat i aktualitet är att man vid förra sekelskiftet inte förhandlade på samma sätt som idag med successivt framtagna komplicerade kontrakt med många klausuler varav flera är standardiserade.

Vem ska betala?

När jag arbetade på advokatbyrå (2007-2011) och som hovrättsdomare (2006) retade jag mig på att det är så svårt för praktikern (domaren och advokaten) att hitta innehållet i avtalsrätten. När en advokat får en vanligt förekommande, tämligen rutinartad fråga, så borde hen snabbt kunna finna svaret genom att slå upp den relevanta paragrafen i den relevanta lagen. Tyvärr funkar det inte så på avtalsrättens område. Praktikern måste slå i lagen, konstatera att svaret inte finns där, försöka förstå vilken sorts problem det är fråga om, läsa i en grundläggande bok, läsa vidare i annan litteratur, efter tusentals sidor konstatera att olika professorer tycker olika, läsa mera, hitta rättsfall, analysera rättsfallen, försöka applicera rättsfallen på det egna problemet osv. Det tar lång tid.

Vem ska betala för den tiden? Tror du att advokatens klient blir glad över en faktura på många tiotusentals kronor för en massa juridiskt analysarbete som mynnar ut i slutsatsen "rättsläget är osäkert"? Nej, klienten blir inte glad.

Tror du att advokaten njuter av sin feta faktura? Nej, seriösa advokater gillar inte att fakturera för arbete som inte har värde för hens klient.

Tycker skattebetalarna att det är effektivt att landets domare behöver ägna timmar åt att hitta de rättsregler som ska ligga till grund för domsluten? Nej.

A user-friendly interface of law

Jag vill att avtalsrätten ska vara användarvänlig, dvs. lätt att tillägna sig för advokater och domare. Jag har skrivit artiklar om "the user-unfriendly interface of contract law". Mycket av den moderna juridiken är föredömligt användarvänlig. Då finns en lag som är tillämplig och praktiserande jurister förstår vad som står i lagtexten och hur den abstrakta lagtexten funkar för vanligt förekommande problem. Men avtalsrätten är tyvärr inte användarvänlig.

I takt med att avtalslagen från 1915 blivit det närmaste obsolet och att det finns så många moderna avtalsrättsliga problem som inte får svar i lagstiftning, har svensk avtalsrätt i praktiken omvandlats till att bli case-law-baserad - precis som i England och USA. Högsta domstolen har under de senaste 25 åren utvecklat en modern avtalsrätt genom viktiga prejudikat. Det är bra.



problem som inte får svar i lagstiftning, har svensk avtalsrätt i praktiken omvandlats till att bli case-law-baserad - precis som i England och USA. Högsta domstolen har under de senaste 25 åren utvecklat en modern avtalsrätt genom viktiga prejudikat. Det är bra.

Ett problem är att vi i Sverige ännu inte har utvecklat metoder och verktyg för hur vi ska förhålla oss till HD:s prejudikatbildning på avtalsrättens område. Studenterna får inte tillräcklig träning i case-law-metoden. Inom forskningen skrivs det för lite om prejudikatlära. Och de som nu är praktiskt verksamma har bara lärt sig att genom enormt komplexa, verklighetsfrånvända fiktioner pressa in det som sker vid moderna avtalsförhandlingar i den gamla avtalslagens rudimentära paragrafer (dvs. låsas att det som sker vid moderna affärsförhandlingar är samma sak om när Emil köpte griseknoen på marknaden i Knohult). Även om vi har fått normer genom HD:s prejudikatbildning, saknar vi alltså verktyg som gör normerna enkelt tillgängliga för praktiker.

En ny avtalslag eller inte?

När jag såg UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (se www.unidroit.org) första gången 1994 ville jag att vi skulle få en lika bra lag i Sverige. I takt med att Holland, Tyskland och alla östeuropeiska länder fick moderna avtalslagar, blev jag alltmer övertygad om att vi i Sverige också förtjänade en modern lagstiftning. Jag förstärktes ytterligare i min övertygelse när till och med Frankrike nu överväger att modernisera sin snudd på heliga Code Civil.

Jag har alltså varit en stark förespråkare för en ny modern svensk avtalslag. Jag har i snart tjugo år argumenterat kraftfullt för att svenskt näringsliv behöver en avtalslag som adresserar de frågor som det moderna affärslivet ger upphov till. Men jag har nyligen ändrat mig.

Jag tycker inte att vi ska införa ny lagstiftning om avtal. Denna insikt har jag fått på grund av att Schweiz har föreslagit i FN (UNCITRAL, se www.unictral.org) att FN ska anta en konvention om avtalsrätt på samma sätt som konventionen om internationella köp (CISG). Detta har väckt en debatt om fördelar och nackdelar med en internationell avtalskonvention.

De som tycker att det är dåligt med en konvention pekar framför allt på att konventionen skulle bli föremål för kompromisser (= dålig kvalitet) och att konventionen skulle vara svår att ändra (= stagnation). Samma argument kan anföras mot en ny svensk avtalslag. Det skulle ta evigheter att skriva den och den skulle inte bli perfekt. Dessutom skulle ingen orka anpassa den till ändrade samhällsförhållanden. Rättsutvecklingen skulle stagnera.

Jag anser numera att det bästa för Sverige är om vi låter

avtalsrätten bli renodlat case-law-baserad. Fungerar det i England och USA så kommer det att fungera i Sverige. Jag föreslår att vi avskaffar den gamla avtalslagen från 1915 så att ingen av misstag läser i den och tror att det går att hitta något svar där.

Efter att vi har avskaffat avtalslagen från 1915 har vi: Ingenting. Jo, vi gör ett Restatement av svensk avtalsrätt, på samma sätt som de gjort i USA. Restatement of Contract Law i USA ger ett user-friendly interface till avtalsrätten. Det ger en struktur, det är under ständig utveckling och det är lätt att förstå (det ser ut som lagparagrafer men det är inte formellt sett paragrafer som antagits av någon riksdag eller liknande).

I väntan på det nya

I syfte att underlätta för praktiserande jurister i Sverige har jag försökt göra en svensk restatement – dvs. en paragrafliknande översikt av svensk avtalsrätt – på www.avtalslagen2010.se. Jag tycker att det är ett användarvänligt interface. Många advokater och domare har sagt att de har stor nytta av denna webbsida i sitt dagliga arbete. Intill dess att vi i Sverige har avskaffat avtalslagen från 1915 och utarbetat en officiell Restatement of Swedish Contract Law, hoppas jag att www.avtalslagen2010.se kan bidra till att förenkla för praktiskt verksamma jurister i Sverige att få snabb tillgång till innehållet och strukturen i modern svensk avtalsrätt.

Christina Ramberg

Professor i civilrätt vid Stockholms universitet

www.christinaramberg.se

www.avtalslagen2010.se

Avtalstvånget, ofriheten och förpliktelserna

Hur man rubricerar saker kan ha stor betydelse för hur de uppfattas. Hur saker rubriceras i dagsläget beror delvis på tradition och konvention, men också på politiska eller juridiska syften med att använda värdeladdade ord eller uttryck som "frihet" och "rättigheter". Högsta priset i denna kamp är normalt att få sitt eget favoritkoncept (oavsett om det råkar vara abortförbud, barnaga eller en god miljö) klassad som en "mänsklig rättighet" nere i Strasbourg, då detta placerar din hjärtefråga i princip bortom demokratisk kontroll. En sådan strid pågår t.ex. i abortfrågan, som teoretiskt skulle kunna falla åt båda hållen (rätt till liv mot rätt till privatliv).

Denna artikel hade alltså enligt normal terminologi på området kunna ha benämnts "Avtalsfriheten och fri- och rättigheterna". Då jag i denna artikel ska diskutera avtalsrättens eventuellt problematiska förhållande till fri- och rättigheterna så sattes dock rubriken något okonventionellt, just för att belysa en annan sida av vad som normalt kallas för "avtalsfrihet" och de problem som kan uppstå i förhållande till fri- och rättigheterna.

Avtalets unika ställning som grund för inskränkning av fri- och rättigheter

Men vad är det då för spänning mellan avtalsfrihet och mänskliga rättigheter? Varje liberal med självaktning är ju i princip för en långtgående avtalsfrihet som grunden för mänskligt välstånd och uttryck för mänsklig autonomi. På samma sätt är man naturligtvis för mänskliga rättigheter och andra fri- och rättigheter, speciellt mot staten, och tycker sannolikt att dessa ska "tolkas generöst". Det finns väl ingen motsättning i detta?

Det problem som tämligen snart uppstår är dock att avtalsfrihet, så som den traditionellt åsyftas, är en fråga om i vilken utsträckning statligt tvång står till förfogande för den part som vill göra avtalade förpliktelser gällande. Att exempelvis optionsavtal om fastigheter inte är giltiga är naturligtvis inget problem om motparten till en fastighetsoption snällt undertecknar överlåtelsehandlingen mot det avtalade optionspriset när optionen har gjorts gällande. Problemet uppstår om motparten inte gör det och optionsinnehavaren vill föra talan om bättre rätt och slutligen få kronofogdens hjälp att avhysa den nuvarande besittaren från fastigheten. Skillnaden mellan ett giltigt avtal och ett avtal som av olika anledningar inte erkänns verkan enligt sitt innehåll är alltså huvudsakligen huruvida det finns statliga tvångsmedel tillgängliga för att genomdriva avtalet eller dess påföljder. Avtalsfrihetens gräns är helt enkelt inom vilket om-

råde man kan ge avtal statligt sanktionerad tvångsverkan. I förlängningen betyder detta att en fullständig avtalsfrihet innebär att man måste kunna avtala bort t.ex. "mänskliga rättigheter". Statens domstolar och exekutiva myndigheter måste, för att avtalsfrihet i traditionell bemärkelse ska kunna råda, vara fria att kränka vad som annars skulle vara någons mänskliga rättighet. Centrala komponenter i avtalsfriheten är ju att myndigheter kan göra intrång i människors privatliv, beröva folk deras hem och egendom, förbjuda människor att använda sin yttrandefrihet, och ja, rentav att tvinga fram arbetsprestationer (med "kraftigt verkande vite").

Nu skulle man ju kunna invända att avtalet baseras på samtycke, varför det inte föreligger någon oförenlighet. Att avtal skulle kräva något liknande s.k. straffrättsligt relevant samtycke är dock uppenbart en fiktion. En fullmäktig som har överskridit sin befogenhet kan ju fortfarande binda huvudmannen till ett oönskat resultat under hot om exekutions tvång. Vidare fylls i princip alla avtal ut med bakgrunds rätten och avtalets fullständiga rättsverkningar framkommer till inte obetydlig del av de regler som finns i den bakomliggande obligationsrätten, processrätten och rentav exekutionsrätten. Att säga att varje avtal innehåller "samtycke" till t.ex. interimistiska säkerhetsåtgärder enligt RB 15 kap framstår exempelvis som ganska ansträngt. Jag har svårt att se att man på något annat rättsområde skulle se förmögenhetsrättens yttersta rättsverkningar som "samtyckta". Speciellt inom MR-juridiken synes man tolka "frivilligt" och "samtycke" synnerligen restriktivt (Har en advokat samtyckt till de speciella regler som gäller för advokater genom att gå med i samfundet? Inte enligt Europadomstolen i Van der Musselle v. Belgium som dessutom jämställde risken för uteslutning med straffhot).

I dagens rätt så är det enligt min mening således möjligt att hävda att inskränkningar av fri- och rättigheter inte bara kan ske genom offentliga föreskrifter som är förutsebara, tillgängliga, legalitetsbundna etc., utan även på ett okänt antal sätt genom mer eller mindre tydliga avtalskonstruktioner som på olika sätt kan placera statens tvångsmakt bakom de för avtalsparterna materiella reglerna i avtalet. Avtalsrätten kan på ett oförutsebart och legalitetsobundet sätt, med rigor commercialis istället för proportionalitet, leda till statligt tvångsmedelsanvändning.

I princip tycker jag att detta är en vettig ordning då avtalets unika förmåga att främja mänsklig samverkan, genom



att för framtiden strikt binda människors agerande och kraftig beskära deras handlingsfrihet, skapar samhällsnytta såväl som nytta för avtalsparterna. I varje hyllande av fri- och rättigheter i alla lägen bör man alltså betänka att vår rättsordning i dagsläget ser tämligen liberalt på rätten att frivilligt underkasta sig betydande tvångsmedelssanktionerad ofrihet och att liberaler måste antas se mycket positivt på statens exekutiva tvångsmakt i sitt försvar av den långtgående avtalsfriheten. Tvång är bra! På motsvarande sätt bör varje kritik mot inskränkningar i avtalsfriheten (t.ex. 36 § avtalslagen) ses i ljuset av det handlar om att dra en gräns för vilka avtalade, materiella regler som staten accepterar som grund för att tvångsvis beröva människor hem och egendom. 36 § avtalslagen är därför i någon bemärkelse en proportionalitetsprincip på förmögenhetsrättens område som begränsar möjligheten till statlig tvångsmakt. 36 § är ju nämligen inget hinder för den som frivilligt vill fullgöra ett oskäligt avtal av princip, heder eller affärsmässiga överväganden.

Skymning över avtalsrättens särställning som grund för statligt tvång?

Det var nog aldrig tänkt vid Europakonventionens tillkomst att den i någon större grad skulle beröra förmögenhetsrätten och förhållandet mellan enskilda - även om staten naturligtvis var direkt inblandad i dessa förhållanden om det fordrades exekutiv verkställighet. Förmögenhetsrätten är, och var, exceptionell. Att t.ex. ett vitessanktionerat sekretessavtal skulle kunna väcka frågor om yttrandefrihet och äganderättsskydd framstod säkert som extremt främmande.

Att Europakonventionen har fått eget liv är dock uppenbart, och EKMR har även börjat äta sig in i rättsförhållanden mellan enskilda. Långt fram i denna trend ligger förhållanden på arbetsmarknaden; både i förhållandet mellan fackföreningar och arbetsgivare samt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Här har bland annat med viss framgång hävdats att fackliga blockader (d.v.s. leveransvägran av arbetskraft) skulle beröra föreningsfriheten (Gustafsson mot Sverige) till att religionsfriheten berörs av att en arbetsgivare kräver att arbetstagaren utför service åt homosexuella (Eweida and others v. United Kingdom). Europadomstolen har i båda fallen i viss mån svalt argumenterat att den nationella rätten inte får tillåta avtalsfrihet och partsautonomi på dessa områden. Staten och den nationella rätten får tydligen inte passivt stå vid sidan om arbetsgivare avskedar anställda som inte bär viss uniform eller om

fackanslutna arbetstagare vägrar att arbeta för en arbetsgivare som inte är med i en arbetsgivarförening (trots att de inte har någon avtalad skyldighet att arbeta för denna arbetsgivare). Personligen tycker jag att dessa frågor som "mänskliga rättigheter" är principiellt lika intressanta som att det är jobbigt att använda datorer om du av politisk eller religiös övertygelse vägrar att acceptera Microsofts och Apples licensavtal. Det är knappast en mänsklig rättighet att få lön av någon, att få använda programvara eller att andra enskilda ska jobba för dig.

Då gällande rätt numera dock synes vara att EKMR spelar en roll i vad den nationella förmögenhetsrätten får innehålla måste man dock även i avtalsrätten förhålla sig till EKMR, eftersom de domstolar som i slutändan kan ge avtals materiella regler tvångsverkan måste förhålla sig till EKMR. Statligt tvång som sanktion för avtalet är inte tillgängligt om staten därmed skulle kränka EKMR, och utan möjlighet till statligt tvång är avtalet inte så mycket att ha.

Vilken praktisk betydelse har detta för avtalsrätten - en ny svensk dom

Vilken praktisk betydelse har då dessa eventuella EKMR-begränsningar i förmögenhetsrätten idag, och vad kan hända i framtiden? Hur mycket berör avtalsrätten egentligen fri- och rättighetsfrågor? Ett exempel kan belysa problematiken i ett rent kommersiellt förhållande:

Antag att två parter tecknar ett konsultavtal. Den ena parten, A, ska ges tillträde till den andra partens, B, strikt hemliga FoU-anläggning. A åläggs sträng sekretess och skyldighet att förpliktiga sina anställda att iakta motsvarande sekretess. Vid anläggningen kan utpasseringskontroll med kroppsvisitation komma att ske, och A förbinder sig att förpliktiga sina anställda att samtycka till detta. En inspektionsklausul med rätt för B att vidta en form av privat husrannsakan hos A finns också. Denna inspektion omfattar bland annat A:s anställdas arbetsmobiler, datorer och mailkonton (som alla ägs och tillhandahålls av arbetsgivaren A). A ansvarar enligt avtalet strikt för sina anställdas förehavanden. Avslutningsvis stipuleras ett avskräckande högt straffvite för brott mot dessa delar av avtalet.

B framställer nu krav på inspektion hos A enligt inspektionsklausulen, genomförd av en revisionsbyrå.

A vägrar med hänvisning till att anställda förvarar privat material på kontoret och har använt sina mobiler och
forts.

och mailkonton privat, och att inspektion eller inspektionsklausulen skulle utgöra ett otillåtet intrång i deras rätt till privatliv enligt EKMR. B kräver ytterligare vite för avtalsbrottet. Slutligen använder en av A:s anställda sin yttrandefrihet i en tidning och berättar att B håller på att utveckla läskiga vapensystem, vilket den anställde p.g.a. din pacifistiska religiösa övertygelse starkt motsätter sig och vill varna världen för. B stämmer nu A och yrkar ett väl tilltaget allmänt skadestånd enligt lagen om skydd för företagshemligheter samt ett antal viten för olika kontraktsbrott. A beklagar återigen att man inte kan inskränka sina anställdas yttrande- och religionsfrihet. Sammantaget menar A att man inte är ansvarig mot B enligt avtalet då A:s inte kan vara skyldiga att kränka sina arbetstagares mänskliga rättigheter, och att en svensk domstol skulle begå konventionsbrott genom att bifalla talan.

En traditionellt skolad svensk förmögenhetsrättare tycker troligen att A:s argument är nära nog komplett trams, klart längre ner i "pinsamhetsträsket" än en 36 § - invändning mot vitena. En dom från i höstas visar dock att en liknande typ av argumentation kan nå framgång i en svensk domstol i ett avtalsrättsligt mål. För att inte skymma den juridiska klarsikten genom att nämna de specifika omständigheterna i målet kan man kort konstatera att det rörde en tvist mellan X och Y. Mellan X och Y förelåg ett avtal om att X skulle erhålla viss ersättning från Y. Ersättningen till X skulle beräknas så att den gjordes i form av avdrag på ersättning som Y skulle betala till vissa tredje män, Z. Y vägrade betala den avtalade ersättningen och X väckte talan. Y invände att ett sådant avdrag som avtalats mellan X och Y skulle innebära en kränkning av Z:s mänskliga rättigheter i form av egendomsskyddet i EKMR, då ersättningen till X från Y drogs av från ersättningen till Z, vilket minskade Z:s fordran på Y (vilket är egendom).

Traditionellt förmögenhetsrättsligt skulle man typiskt konstatera att det är Y:s problem om man i förhållande till Z inte avtalsrättsligt effektivt har gjort förbehåll för detta avdrag på ersättningen. Frågan är helt enkelt: Har en X en fordran på Y? Har Z en fordran på Y på samma belopp? Är svaret jakande i båda fallen får B betala två gånger. Så resonerade dock inte den svenska domstolen, utan befriade Y från att fullgöra sina avtalade förpliktelser till X. Domen: AD 2012 nr. 74. Läs det med juridiskt öppna ögon och fundera på implikationerna för förmögenhetsrätten i stort.

Om den principiella tanke som kommer till uttryck i AD:s dom vinner gehör hos svenska domstolar i övrigt så kanske går vi mot en framtid för svensk förmögenhetsrätt där man i vissa fall kan bryta arbetsgivarens sekretessavtal med hänvisning till yttrandefriheten, där arbetstagare kan vägra fullgöra avtalade förpliktelser med hänvisning till religionsfriheten eller kanske rentav med framgång kan hävda att KFM:s utmätning av makars gemensamma hem för den ena makens skulder inte är ett proportionellt intrång i rätten till hem- och familjeliv.

I AD-fallet ledde EKMR-invändningen dessutom till det speciella resultatet att den enligt avtalet förpliktigade parten inte behövde prestera till den enligt avtalet berättigade parten med hänsyn till tredje mans mänskliga rättigheter. I sådana fall kan EKMR-praxis på arbetsrättens område få direkt betydelse för kommersiella avtalsförhållanden mellan två näringsidkare, då hänsyn måste tas till avtalsparternas arbetstagare. Arbetstagarens EKMR-rättigheter blir alltså befrielsegrund för den ena partens avtalsförpliktelser. I exempel-fallet ovan skulle alltså A eventuellt med framgång kunna åberopa att de krav som B uppställt i konsultavtalet inte innebar förpliktelser för A, i den mån kraven kränkte A:s anställdas "mänskliga rättigheter".

Mänskliga rättigheter som begränsning i avtalsfriheten - Önskvärt?

Med hänsyn till de stora förtjänster som avtalsfriheten har känns det som att det är hög tid att problematisera vilket spelrum EKMR ska ges i att begränsa möjligheten att avtala effek-

tivt, d.v.s. möjligheten att erhålla statlig tvångssanktion för avtalade rättigheter. Ska vi verkligen ha en rättsordning som på alla ställen genomsyras av ett gäng breda generalklausuler, bortom demokratisk kontroll, bara för att dessa placeras under den aptitliga rubriken "Mänskliga rättigheter" som utöver vara internt motsägelsefulla (säg egendomsskyddet som i princip bör gälla på samtliga avtalsrättigheter) men vars möjliga tolkningar också i princip strider mot mycket av de värden avtalsfriheten står? Faktum är att grunden för den liberala marknadsekonomin är idéen att ofrihet och förpliktelser i form av avtal sanktionerades med strängt statligt tvång är bra för samhället och önskvärt. En reglering som EKMR, som generellt minskar statens möjlighet att tvångsvis genomdriva saker blir i motsvarande mån en begränsning av avtalsfriheten och den liberala marknadsekonomin. 36 § framstår som en lätt fläkt på avtalsrätten i jämförelse.

Eventuellt är dock detta inte längre en fråga för våra lagstiftare, som är föremål för ansvarsutkrävande, utan för domare i Strasbourg som inte svarar inför någon (om man inte överväger den brittiska vägen – dörren ut ur Europarätten). Det finns dock goda skäl för svenska domstolar att tänka både en och två gånger på konsekvenserna innan man ger sig ut på allt för äventyrliga självständiga tolkningar av EKMR i egenskap av svensk lag istället för att kräva "klart stöd" i Europadomstolens praxis innan man dumpar centrala svenska rättsliga koncept. En "generös tolkning" av EKMR kan nämligen innebära en motsvarande hård tolkning för den andra enskilda parten. Vidare kan man hoppas att svenska staten gör sitt yttersta för att försvara den nationella rättens frihet i fråga om förmögenhetsrätten när Sverige är svarande i Strasbourg och pekar på de principiella frågor som berörs, även om det kanske inte är så populistiskt att kämpa för en begränsning av "mänskliga rättigheter".

Avslutningsvis kan man ju fundera på om det var så strategiskt lyckat av arbetsgiversidan att från början att dra in rättighetsjuridik i avtalsförhållandena på arbetsmarknaden. I AD 2012 nr. 74 argumenterade arbetsgiversidan för att arbetstagarna hade EKMR-grundade rättigheter mot arbetsgiversidan. Man lyckades få AD att skriva: "Frågan är emellertid om arbetsgivarna var skyldiga att följa inkasseringsavtalets bestämmelser om avdrag för kontrollavgifter även om det inneburit att arbetsgivaren därigenom kränkte arbetstagarnas rättigheter enligt Europakonventionen" samt att besvara frågan nekande.

Även om arbetsgiversidan vann den enskilda tvisten så kan det nog riskera att bli en riktig pyrrhusseger på den principiella grunden. Nu synes det vara AD-fastställt att arbetstagare har EKMR-baserade rättigheter mot arbetsgivaren samt att detta bryter avtal. Jag ser framför mig en kommande rättsutveckling där arbetsgivare skulle vara oerhört glada om man hade kunnat reglera förhållandet till arbetstagarna med principiell avtalsfrihet (om än genom kollektivavtal) och inte vänta på nästa drag från Strasbourg eller rentav AD med tvingande rättighetsjuridik i privaträttsliga förhållanden, där det finns mycket goda affärsmässiga skäl att kunna avtala bort "mänskliga rättigheter". Men vad innebär t.ex. EKMR i frågor såsom sekretessavtal och yttrandefrihet, vägran att utföra arbete av religiösa skäl, rätten till privatliv i förhållande till arbetsgivaren, arbetstagares äganderätt till immaterialrättsliga skapelser etc.? Har en anställd på en advokatbyrå rätt att själv välja om man vill vara med i "föreningen" Advokatsamfundet utan att detta ska kunna medföra negativa effekter på anställningsvillkoren?

Den som lever får se, och jag tror tyvärr att vi kan komma att få se mycket på detta område under våra karriärer.

Olof Malmberg

Ett nytt verksamhetsår, en ny termin, en ny styrelse!

Kära medlemmar!

Snart har det gått nästan två månader sedan den nya styrelsen tillträdde sina ämbeten. Vi har haft en intensiv period, med långa styrelsemöten och överlämning på Ålandsfärja. Detta tillsammans har gjort att styrelsen har kommit nära varandra och är redo för de utmaningar som vi kommer att ställas inför under året. Jag vill att alla medlemmar ska känna sig inkluderade i arbetet och kommer göra mitt yttersta för att alla ska känna att de är en del av JF. Verksamhetsåret kommer att bli fantastiskt! Styrelsens kontaktuppgifter finner ni på vår hemsida och där finns även fotografier på oss alla. Hugg tag i någon av oss om ni har frågor om JF, verksamheten eller vad som helst. Vi finns där för er skull.

I nuläget händer det ganska mycket i föreningen. Jontes stuga har fått en ny lounge och det finns planer på att bygga om baren. När detta nummer kommer dig tillhanda har februaristämman hållits och nya personer blivit valda till ämbeten. Jag vill starkt understryka att det är tack vare ideellt engagemang som denna förening fortfarande existerar efter 169 år så ta chansen och sök poster om du får möjlighet! I övrigt så kommer innebandyturneringen Culpa Cup att hållas i början på mars och styrelsen har övat extra intensivt inför detta event. Vi ska inte komma sist i år igen! Annars rullar verksamheten på som vanligt och Jontes stuga är alltid öppen om du vill fika, plugga, köpa böcker eller bara hänga. Speciellt klassfesterna går åt som smör i solsken så har din klass inte bokat något nu så skynda er att kontakta klubbmästaren Julian Jacoby!

Under året kommer styrelsen att arbeta för att ett nytt och mer uppdaterat medlemsregister kommer till stånd. Detta är viktigt inför vår kåransökan under 2016. Styrelsen har också beslutat om att fortsätta utreda lokalfrågan tillsammans med stiftelsen UBBO, för att se vilka expansionsmöjligheter som finns. Detta är inget nytt men vi anser att det är något som ändå bör ligga i fokus under året. Vi tar tacksamt emot alla möjliga synpunkter som ni medlemmar kan tänkas ha, då vi ständigt vill förbättra Juridiska föreningen och fortsätta upprätthålla den kvalitet som finns på verksamheten. Ingen fråga eller åsikt är för liten!

Jag vill ta tillfället i akt att tacka föregående års styrelse

David Callermo, Simon Jisander, Teodor Törnqvist, Sandra Ekström, Christopher Sina Faroghi, Sanna Lindström, Yousef Chakir, Seiran Sinjari och Andreas Strandberg för deras insatser under året. Ni har verkligen gjort en strålande insats och ett speciellt tack för den fina överlämningen!

En fantastisk reccevecka är precis avslutad och JF har fått minst 150 nya och taggade medlemmar. Ett stort tack till Reccekommittén som utförde sitt uppdrag med bravur! Till sist så hoppas jag att Du som är ny medlem har kommit igång på riktigt med studier och nationsliv och att ni har hittat boende. Tänk på att Uppsala erbjuder oändligt med möjligheter så ta vara på din tid i Sveriges främsta universitetsstad.

Tills vi möts igen,

Eric Lennerth

Ordförande Juridiska Föreningen Uppsala



Fotograf: Jon Nyström

Rättssäkerhet *vid avtalstolkning*

Ett stort problem inom avtalstolkningens område idag är att det inom denna disciplin inte tycks finnas några allmänt vedertagna regler, någon systematik eller terminologi för hur en korrekt tolkning ska utföras, något som jag anser leder till en oförutsägbarhet då avtal ska tydas. Går det emellertid att skapa en större rättssäkerhet utan att i tolkningsprocessen förlora principen om den gemensamma partsviljan företräde, dvs att vad parterna velat med avtalet ska väga tyngre än vad som faktiskt framgår av avtalstexten? Men hur ska vi veta att den gemensamma partsviljan säger något annat än vad som står skrivet i avtalet? Partsviljan är inte klart synbar och uppenbarligen omtvistad.

Det kan hävdas att det synbara avtalsinnehållet i form av den skrivna texten bör separeras från en onåbar partsvilja, vi kan till och med leka med tanken att det finns en perfekt domare avgör tolkningstvisten utifrån en samhällelig moral, något som skulle leda till ett rätt och förutsägbart resultat. Men om man förespråkar ett sådant tolkningsförfarande kan man lika gärna dödförklara avtalsfriheten då detta skulle innebära att parternas vilja med avtalet skulle bortses från. Istället skulle en tredje part lägga in en betydelse i vad avtalet avser. Detta är knappast något som avtalsparter i gemen skulle finna lockande.

Att fastslå att avtalsskrivarnas vilja inte bör skiljas från det skrivna avtalet har emellertid inte löst frågan om var förutsägbarheten i avtalstolkningen går att finna. Kanske kan det emellertid hävdas att det språk som avtalsparterna

använder i sitt avtal är kulturellt skapat och således speglar vår samtid och att tolkaren därigenom kan förutspå vad avtalsförfattarna menat, ett resonemang som skulle ge parterna en trygghet vid en eventuell tvist. Lever vi dock inte i samma kontext som avtalsskrivaren är frågan hur vi har möjlighet att veta vad en text betyder eller hur snäv den kontext behöver vara för att tolkaren ska kunna förväntas tolka avtalet på sådant sätt att denne korrekt gett röst åt parternas vilja. Krävs en exakt korrelans mellan domaren och avtalsparternas värderingsgrunder kan en sådan tolkningsmetod knappast ses vara en effektiv tolkningsmetod.

Det förefaller mig svårt att ur ett rättssäkerhetsperspektiv tillämpa ett tolkningssätt där avtalsparterna inte kan förutse i grova drag utgången av en tolkningstvist. Måhända blir det ändå tillräckligt rättssäkert att ha ett resonemang som inte är regelstyrt om detta hänför sig på att alla idag, även den som tolkar avtalet, har samma rättspolitiska bild av verkligheten och sålunda står på samma rimlighetsgrund. Vi har ju trots allt ändå någon form av inneboende förståelse för vad våra medmänniskor menar.

Frida Jansdotter



TROINTEE

We believe in delivering, ROI, return on investment. To our clients that means receiving the best possible service. To our people, it means the best platform to learn and develop.

Roschier offers many opportunities to grow, with the support of a personal career plan. We'll involve you in challenging cases, and you'll get to work with the best in the business. Hard work, yes. Also hugely rewarding and a lot of fun.

ROSCHIER

Kollektivavtal – *en viktig del av arbetsrätten*

Kollektivavtalet är den utan jämförelse viktigaste faktorn för reglering av förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i Sverige och i många länder med demokrati. I diktaturer är kollektivavtal otänkbara där parter på arbetsmarknaden inte får träffa överenskommelser i form av kollektivavtal som skulle innebära avvikelser från arbetsrättsliga lagregler som regimen beslutat om.

Redan i slutet av 1800-talet började kollektivavtal komma till användning i Sverige. På både arbetsgivarsidan och arbetstagar-sidan fann man att kollektivavtalet utgjorde ett praktiskt instrument för att reglera arbetsvillkoren och för att skapa stabilitet och ordning på arbetsmarknaden.

För arbetstagarna är det värdefullt att man för en bestämd tidsperiod får garantier beträffande arbetsvillkoren och inte minst vilka försäkringar, som gäller även om premieinbetalningar av någon anledning inte skulle göras. På arbetsgivarsidan lägger man vikt vid kollektivavtalens fredsskapande effekt.

Arbetsmarknadens huvudorganisationer som bildades vid sekelskiftet klarade ut en rad besvärliga frågor redan 1906 i den s.k. decemberkompromissen. Senare, i mitten av 1930-talet, övervägde statsmakten att vissa förhållanden på arbetsmarknaden borde regleras i lag. Vad som då främst diskuterades var stridsåtgärder som ur allmänna synpunkter ansågs som stötande. Även problemet med s.k. samhällsfarliga konflikter uppmärksammades. Som en följd av detta tillsatte Svenska Arbetsgivarförbundet, SAF (numera Svenskt Näringsliv, en sammanslutning av arbetsgivarförbund) och LO (Landsorganisationen i Sverige, en sammanslutning av arbetstagarförbund på arbetarsidan) en gemensam kommitté. Resultatet av den s.k. Arbetsmarknadskommitténs arbete blev det s.k. Huvudavtalet från 1938, eller "Saltsjöbadsavtalet", då överenskommelsen träffades på Grand Hotel i Saltsjöbaden. Detta kollektivavtal gjorde lagstiftning överflödigt och parterna fick regler som närmare passade dem. Det har ansetts vara ett dokument av osedvanlig framsynthet och betydelse.

Denna historiska upptakt, ett föredrag av Bertil Kugelberg, fd VD för SAF, på Juridiska föreningen i Lund och studier i arbetsrätt hade gjort mig nyfiken på denna del av juridiken. Jag lämnade domarbanan i Jönköping för Stockholm och Handels Arbetsgivarorganisation, HAO, (numera Svensk Handel) 1974, just då lagstiftningsivern på arbetsrättens område blommade upp. En mängd nya lagar på arbetsrättens område tillkom i början på 1970-talet. – Men ändå kvarstår kollektivavtalens betydelse

som komplement till lagreglerna, där kollektivavtalsreglerna antingen ersätter lagreglerna eller kompletterar dessa för att bättre passa privat ägda företag, ideella organisationer, arbetsplatser hos offentliga arbetsgivare, branscher och storlek på arbetsplatser.

Arbetsrätten kan något förenklat beskrivas med följande bild:



Bilden visar arbetsrättens beståndsdelar. Relationen mellan arbetsgivare och anställda samt arbetssökande (med hänsyn till diskrimineringslagstiftningen) styrs av handlingsregler som byggs upp av lagregler, kollektivavtal som ersätter eller ändrar lagreglerna, Arbetsdomstolens avgöranden, myndigheternas föreskrifter och anvisningar, det enskilda anställningsavtalets innehåll och arbetsgivarens policies och ordningsregler. – Kollektivavtalet har en stor betydelse i detta mönster. Mönstret enligt denna bild återfinns i de flesta demokratiska länder, som nämnts ovan. Kollektivavtalets relativa betydelse jämfört med de övriga faktorerna varierar dock mellan länderna.

Om vi jämför med ett land som ligger på andra sidan planeten, Australien, har kollektivavtalet mindre betydelse. Där är ca 18 procent av de anställda med i ett fackförbund mot ca 70 procent i Sverige. Fackförbunden har en mindre central roll. Istället bevakar starka myndigheter de anställdas intressen. Här finns exempelvis lagstadgad minimilön för att förhindra ev lönedumping. I Sverige sätts ofta minimilöner genom kollektivavtal. Anställningstrygghet, garanterade ersättningsnivåer och skydd mot diskriminering garanteras i Australien i större utsträckning genom staten i form av lagregler.

I andra länder t.ex. Tyskland, Belgien, Danmark, Norge,

Finland och Island sker till viss del en allmängiltigförklaring av kollektivavtal, vilket innebär att kollektivavtalsregler upphöjs till lag (erga omnes-förklaring av kollektivavtal). Härigenom kommer kollekti-avtalet att bli bindande för alla arbetsgivare och arbetstagare inom det aktuella området. Här har således kollektivavtalet en ytterligare, indirekt betydelse för parternas handlande på arbetsmarknaden.

Vad är då ett kollektivavtal? – Beträffande den rent rättsliga uppfattningen av kollektivavtal kan man konstatera att juristerna till en början var något tveksamma till om kollektivavtalen verkligen kunde betraktas som avtal i vanlig mening. Man fäste sig bl.a. vid det förhållandet att avtalen inte underskrevs personligen av de anställda medlemmarna i organisationen. Det ansågs inte utan vidare givet att avtalen skulle vara bindande för dem. Tveksamheten avsåg även det ansvar som kunde föreligga för de avtalsslutande organisationerna själva. Dessa oklarheter undanröjdes emellertid genom ett avgörande 1915 i Högsta Domstolen. Därigenom blev det klart att kollektivavtalen var bindande såväl för de enskilda medlemmarna som för de avtalsslutande parterna.

Idag finns reglerna om kollektivavtal i Lagen om medbestämmande i arbetslivet (Med-bestämmandelagen, MBL) 23 § ff. Ett kollektivavtal får på arbetsgiversidan tecknas av en arbetsgivarorganisation eller av en enskild arbetsgivare och på arbetstagsidan av en arbetstagarorganisation. För att vara gällande måste avtalet vara skriftligt. Kollektivavtalet medför fredsplikt och blir normbildande. Kollektivavtalet kan innehålla regler om anställningsformer, arbetstid, löner, löneavdrag, semester, försäkringar och uppsägningstider m.m.

För företag och andra arbetsgivare och för arbetstagare är det viktigt att känna till regel-systemet och då inte minst kollektivavtalens betydelse. Att den anställda inte har tillräcklig kunskap på detta område kan leda till ekonomiska förluster eller rent av till felaktigt beteende på arbetsplatsen. Företag med otillräckliga kunskaper kan göra ekonomiska förluster, förlora arbetstid och goodwill i onödan.

För en arbetsgivarorganisation, där jag i många år varit verksam, är det viktigt att förmedla kunskapen om spelreglerna på arbetsmarknaden på ett begripligt sätt. Vi anstränger oss för att göra reglerna enkla och tydliga i kollektivavtalen.

Arbetet/livet på en arbetsgivarorganisation som förhandlare har en bredd och innebär inte bara att gräva ned sig i att för-

handla om kollektivavtal (intressetvister) eller att tvista om dess innehåll (rättstvister). Här finns möten med människor, mest positiva. För att klara av arbetet är det värdefullt med kunskaper om det mesta inom juridiken (med undantag för familjerätt och fastighetsrätt). Det är en fördel att ha suttit ting eller på annat sätt fått erfarenheter av processer. Språkkunskaper kan komma väl till pass då allt fler kontakter sker med utländska företag och organisationer. - Under senare år finns det en tendens att även fackföreningssidan anställer fler jurister.

För mig har arbetet för Handelsarbetsgivarna, numera efter namnbyten, Svensk Handel, inneburit en rik flora av uppgifter. Varje år har bjudit på något nytt. Att ta egna initiativ och att vara kreativ har betydelse. Kanske är det lite extra speciellt med handel. Läs följande rader.

Handelsmännen uttryckte sig väl. Se bara på hälsningsfrasen mellan butiksbiträden i Gamla Stan i Stockholm på 1700-talet. Man lyfte på huvudbonaden och sade: "Ödmjuka tjänare". Senare "Tjänare". Ytterligare senare "Tjenare", "Tjena". Och nu "Tja".

Montesquieu skrev: "Handelns naturliga effekt är att leda till fred. Två nationer som driver handel med varandra gör sig ömsesidigt beroende. Om den ena har intresse av att köpa, har den andra intresse av att sälja, och alla förbindelser är grundande på ömsesidiga behov".

Ett land med rik handel mellan människor med olika bakgrund är ett framgångsrikt samhälle. - Där handel finns, finns relationer mellan människor.

Hans Olov Jönsson

Arbetsrättsjurist, Svensk Handel



Foto: Svensk Handel

Linklaters



Expand your career.

Vill du göra karriär på den ledande globala advokatbyrån i Norden? Såväl globalt som på den nordiska marknaden är vi regelbundet involverade i de största och mest komplexa affärsjuridiska uppdragen. En förutsättning för detta är vårt sätt att arbeta integrerat i gränsöverskridande team.

Linklaters stockholmskontor rekryterar löpande biträdande jurister till vårt **Junior Associate Program** med start två gånger per år. Inom ramen för programmet får du prova på verksamheten i tre olika arbetsgrupper under det första året. Vi söker dig som är nyutexaminerad från juristutbildningen och som har ett genuint intresse för affärsjuridik tillsammans med ett utpräglat kommersiellt tänkande och klientfokus. Du har även mycket goda akademiska meriter.

Vi kan erbjuda dig mycket goda utvecklingsmöjligheter i en internationell och utmanande arbetsmiljö där du får arbeta tillsammans med skickliga och engagerade kollegor. Läs mer om tjänsterna på vår **hemsida** där du också kan söka direkt online.

Linklaters lämnar juridisk rådgivning till världens ledande företag, finansiella institutioner och statliga organisationer i deras mest komplexa transaktioner och ärenden. Med 27 kontor i de främsta affärs- och finanscentra, levererar Linklaters en unik service till klienter över hela världen. Linklaters är den enda ledande globala advokatbyrån med lokal närvaro i Norden.

www.linklaters.com/joinus

 www.facebook.com/LinklatersSweden



Ett utvidgat avtalsbegrepp

Det första jag tänker på när jag hör ordet avtal är naturligtvis avtalet i sin juridiska mening. Med T2 färskt bakom mig relaterar jag direkt till oskälighet, anbud-accept, förklaringsmisstag och fullmakter. Nyligen beslutade den franska nationalförsamlingen att omdefiniera äktenskapet till ett avtal mellan två människor, istället för mellan man och kvinna. Jag reagerade särskilt på äktenskapet som ett sorts avtal. Jag har funderat på hur utbredda avtal är i samhället egentligen. Inte avtalen vi hunnit vänja oss vid, med avtal om köp, tjänst, hyra eller arbete. De som följs av förmögenhetsrättsliga påföljder vid avtalsbrott. Det finns andra avtal, med andra typer av rättsliga eller sociala påföljder. Det är något om detta jag vill beröra här. Tidigt lärde vi oss att genom avtal bildas genom att två parter frivilligt ingår avtal som innebär rättigheter och skyldigheter gentemot varandra. Inga förpliktelser uppkommer förrän man frivilligt accepterar dessa. Det är en liberal idé som är nödvändig för en fungerande marknad. Tillsä sina egna intressen och möta dem med andras, ett effektivt utbyte för alla fria människor. För att det inte ska bli tomma ord så följer också rimligen något straff vid den situationen att man inte fullföljer sina förpliktelser.

Ta att bli förälder som exempel. Det menar jag kan betraktas som ett avtal. En realaccept genom att ha ligga med omfattande skyldigheter och rättigheter som medföljer.

Det medför en plikt att t.ex. vårda, uppfostra, ansvara och försörja barnet. Rättigheter bl.a. att sammanbo, umgås, och bestämma om barnets väg genom livet. Vid åsidosättande av dessa förpliktelser kan en förälder även mista ovanstående rättigheter. Antingen enstaka eller flera av rättigheterna.

På det här sättet är det mycket likt ett avtal. Det råder avtalsfrihet, eller föräldrafrihet om man så vill. Ingen behöver om den inte vill, men väl där kan man inte utan vidare backa ur. För några kan det verka givet, men jag tycker det är en intressant liknelse. Även äktenskapet kan som sagt likställas med ett avtal. Den stora skillnaden är att avtalsbrott inte kan aktualiseras på samma vis. Med föräldraskap så bestämmer staten om någon är olämplig att vara förälder. I äktenskapet så behöver inget formellt avtalsbrott föreligga. Förälder kan man dock bli innan man är 18 år gammal, så man har en rättshandlingsförmåga på det området som är mer begränsat på det förmögenhetsrättsliga området.

Sammanfattningsvis så är det här något som ju även kännetecknar civilrätten i stort. Mellan enskilda fria parter finns i grunden inga förpliktelser. Dessa uppkommer först när människor ingår avtal. Först då kan man inte dra sig ur hur man vill, först då är man bunden.

Axel Waltré

Studierådet informerar

Juristprogrammet är ingen enkel match. Du kämpar mot klockan och dygnet som aldrig räcker till, och mot dig själv för att våga släppa kontrollen och acceptera att du inte hinner allt. Vem som helst kan gå in i väggen efter att ha dygnat sin första hemtenta. Vi juriststudenter är ofta ambitiösa, med stark vilja att lyckas. Bra betyg är viktigt för många, men det blir ofta ett stressmoment. Det finns stöd att få men ändå vill många inte erkänna att de känner stress.

Juridiska Studierådet vill skapa en bättre stämning och arbetsmiljö på juristutbildningen. För att nå detta mål har vi startat ett samarbete med studenthälsan om en föreläsning som kan hjälpa dig optimera dina studievanor. Du får lära dig planera din tid och lägga energi på rätt saker.

På studentportalen och Juridiska Studierådets Facebooksida kan du läsa mer om våra projekt. Har du någon bra idé om hur vi kan förbättra studiemiljön är du välkommen att dela med dig av den.

Bokbytardagarna

Vi vill tacka alla studenter som deltog i årets bokbytardagarna. Vi har lagt ner mycket tid på planering för att undvika den kaos vi hade förra terminen och fortsätter arbetet så att det inte händer igen. Det finns redan nu planer på att använda en online databas nästa termin så slipper vi blanketterna.

Nytt för i år är att vi lanserat en blocket-liknande sida där alla studenter kan lägga upp annonser om bokförsäljning. Detta är förstas avgiftsfritt och särskilt bra för er som inte hann komma på årets bokbytardagarna. (<http://bokbytarna.jf-uppsala.se/>)

Stort tack till Yousef Chakir som utvecklat hemsidan.

Engagera dig!

Det finns många idéer om hur vi kan bedriva den studiebevakande verksamheten. Många av er skulle förmodligen vilja hjälpa till med att anordna föreläsningar eller andra aktiviteter. Kanske en ny resa till Haag?!

Du kanske har en grupp vänner som vill bjuda in en duktig föreläsare eller anordna ett seminarium inom ett visst ämne? Ni vill kanske bjuda in några professorer, domare eller andra personer för att debattera om något särskilt ämne? Studierådet har möjlighet att stödja all studiebevakande verksamhet, både genom marknadsföring och visst ekonomiskt stöd. Hör av dig till oss så fixar vi det!

Sixo Rios

Ordförande Studierådet

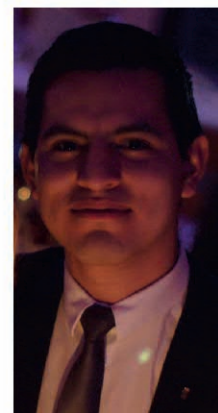


Foto:
Juridiska Föreningen

Information från institutionen

Årets diplomeringsceremoni

Årets diplomeringsceremoni äger rum lördagen den 13 april 2013 i Aulan i universitetshuset. Inbjudan till de som avlagt examen skickas ut under februari. De som ännu ej är färdiga får inbjudan efter examen. För att kunna vara med på ceremonin måste man vara klar och ha fått ut sitt examensbevis senast den 12 mars. Sista dag att anmäla sig till ceremonin, som även innebär beställning av diplom, är den 18 mars 2013. Juridiska Föreningen anordnar middag på Norrlands nation samma dag. Frågor kan ställas till Maria Engström, 018-471 7988.

Ansökningsdag för T2-T6 och kurser på avancerad nivå

Sista ansökningsdag för T2-T6 samt kurser på avancerad nivå (dock ej examensarbete) är det 15 april. Informationshäftet rörande fördjupningskurser kommer att vara klart ungefär en månad innan ansökningsdatumet. Utbildningskansliet kommer att informera T6-studenter om kursutbudet på avancerad nivå under mars månad.

Examensarbeten

Hösten 2011 förändrades kursen examensarbeten på juristprogrammet. Förändringarna skedde i samråd med övriga lärosäten som utfärdar juristexamen. Förändringarna innebar bl.a. att förväntade studieresultat och betygskriterier infördes. Examensarbetsreformen var under hösten 2012 uppe till diskussion i Fakultetens utbildningsutskott. Utskottet beslutade att, på samma sätt som vid andra juridiska institutioner i landet, införa fasta examinationsperioder för examensarbetena för att underlätta för alla parter vid arbetet med, och administration av, examensarbetena. Detta innebär att det fr.o.m. vårterminen 2013 finns fem tillfällen per år då inlämning för examination kan ske. Perioderna sammanfaller med den sista dagen för respektive kursperiod då examensarbetet påbörjades. Systemet med examination i fasta examinationsperioder gäller för studenter som för första gången registreras på kursen från och med vårterminen 2013. För studenter som har registrerats på kursen tidigare gäller detta system från utgången av vårterminen 2013.

Olle Mårsäter

Studierektor

Pactum turpe – en rest ifrån ett förlegat system?

Om du och jag skriver ett avtal som innebär att vi slår vad om en summa vem av oss som vinner i sten-sax-påse så kommer vi sannorlikt i Sverige inte anses förtjäna rättsordningens skydd. En talan som innebär att jag försöker kräva fullgörelse av avtalet, utbetalning, kommer att avvisas med hänvisning till att det strider mot goda seder. Men om du redan har betalat ut pengarna och vill kräva tillbaka dem, med hänvisning till att spel strider mot goda seder, så kommer den talan också att avvisas, för att den strider mot goda seder. Låter det snurrit? Det är det nog.

Rättsfiguren pactum turpe innebär som bekant att domstolar ska avvisa avtal som anses osedliga och inte förtjänar rättsordningens skydd. Det är ett bekvämt sätt att undvika behandling av till exempel avtal som rör spelskulder och som från början möjligtvis sökte att begränsa folkets slentrianmässiga spel om pengar. Man ansåg kanske inte heller att domstolen skulle sänka sig till att behandla sådana bagateller. Avtal om slumpmässiga spel är dock lagligt så länge du inte bjuder in allmänheten. Det måste dock nämnas att rättsfiguren också i stor utsträckning används för att avvisa avtal som helt enkelt strider mot lag (avtal om att begå brott t.ex.) då, ett problem som dock skulle kunna lösas på ett snyggare sätt.

Min personliga uppfattning är att utgångspunkten när det rör avtal måste vara den totala avtalsfriheten. För att frågå den så bör det finnas rimliga skäl till det. Ett rimligt skäl är att vi inte i samhället vill ha utbrett privat spel om pengar. Lösningen på det problemet bör dock inte vara att lägga den makten på domstolar. Utan istället bör frågan lämnas över till riksdagen som generellt kan ogiltigförklara avtal som berör sådana spel i lag. Om de så önskar, det är nämligen inte alls säkert att vi är överens om att sådana avtal ska ogiltigförklaras.

En stor del i det som får många att spontant rygga tillbaka är just ordet osedligt. En gång i världen var vi kanske rörande

överens om vad som var osedligt, möjligtvis med hänvisning till kristna seder. Idag är det dock svårt att se vad som egentligen ska anses strida mot god sed. Ett exempel som är kontroversiellt är hur man ska behandla situationen när en man betalar för att en kvinna ska göra abort. Man får skriva sådana avtal. Men om

“Lösningen verkar strida mot en grundprincip som stora delar av avtalsrättens rättsregler verkar vila på, man ska inte få blåsa någon.”

en kvinna skriver på ett sådant kontrakt, gör abort, och sedan vill kräva utbetalning så leder en tillämpning av pactum turpe att hon inte kan få några pengar, detta har också hänt. Lösningen verkar strida mot en grundprincip som stora delar av avtalsrättens rättsregler verkar vila på, man ska inte få blåsa någon.

Om man ska få avtala om abort eller inte bör också avgöras av riksdagen, och inte av domstolar. Det finns möjligtvis vissa som anser att abortavtal bör tillåtas med hänvisning till avtalsfriheten, medan andra kanske anser att det skulle strida mot kvinnans rätt att bestämma själv. Huvudpoängen är att vi definitivt inte har en enhetlig syn på vad som är osedligt.

Min slutsats blir att pactum turpe har spelat ut sin roll. Domstolar ska inte ägna sig åt att avgöra vad som är osedligt. Den uppgiften bör överlämnas till politiken och en fri debatt. För att fortfarande kunna avvisa avtal som strider mot lag kanske man ska formulera en ny rättsprincip, möjligtvis i stil med att avtal ska avvisas om de kan anses uppmuntra till framtida brottslighet. Men det kanske kan bli ett ämne för en ny artikel.

Simon Elfstadius

Vill du bli en del av vårt globala team?



whitecase.com

Det är skillnad
mellan en lokal och
en global byrå

White & Case är en av världens största affärsjuridiska advokatbyråer, med kontor över hela världen. Idag arbetar ca 50 jurister på Stockholmskontoret och vi söker kontinuerligt nya jurister.

Vi värdesätter noggranna lagspelare med eget driv som besitter goda juridiska kunskaper, har intresse för företagande och affärer samt sinne för service. På White & Case har du goda förutsättningar att växa i en global miljö.

Worldwide. For Our Clients.

38 offices in 26 countries

In this publication, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.

PALMEFILMEN — FÖRTAL ELLER KONSTNÄRLIG FRIHET?

”Nu ska vi äta lite pyttipanna!” En filmkaraktär visar en man som har samma jobb som du, vid samma tidpunkt som du hade det, som gör samma saker som du gjorde och säger samma saker som du sa. Denna filmkaraktär har också sex med underåriga prostituerade och tar hjälp av Sveriges maktelit för att dölja det. Skulle du se det som konstnärlig frihet?

Filmen *Call Girl* hade premiär i november 2012. Filmen handlar om bordellhärva, den s.k. "Geijeraffären" (efter den tidigare justitieministern Lennart Geijer) som utspelade sig i Sverige på 70-talet. En av filmens karaktärer är en partiledare som på många sätt liknar en viss avliden socialdemokratisk partiledare, nämligen Olof Palme. Bland annat finns en scen där statsministern på valnatten 1976 får frågan hur man ska tillbringa en förlustnatt. Karaktären i filmen *Call girl* svarar i nästan exakt samma ordföljd som Olof Palme själv gjorde efter sin valförlust 1976: "Man sover. Nu ska vi äta lite pyttipanna, och sen ska jag åka hem och sova." I en scen, dagen efter han haft sex med den 14-åriga prostituerade Iris, håller karaktären i filmen ett tal på Sergels torg. Om någon skulle missa att det var just socialdemokraternas partiledare så får man se de röda flaggorna och ett par valaffischer med hans ansikte på. Det krävs visserligen lite förkunskaper om Olof Palme för att direkt kunna inse att det är honom det handlar om, då han aldrig nämns vid namn. Men en snabb googling och man kan lätt ta reda på vem som var socialdemokraternas partiledare under denna period. Eftersom att framställningen i filmen på många sätt liknar den avlidne förre statsministern Olof Palme har hans efterlevande valt att anmäla filmen för förtal till Justitiekanslern, JK. På ena sidan står Palmes barn och änka, som hävdar förtal av avliden enligt 5 kap 4§ brottsbalken, 5 kap 1§ yttrandefrihetsgrundlagen 7 kap 4§ tryckfrihetsförordningen. På andra sidan står filmskaparna, bland annat regissören Mikael Marcimain, som hävdar att filmen är ren fiktion och säger till TT Spektra: "Vi har gjort en spelfilm, en fiktion. En thriller. Det är ingen dokumentär. Vi berättar ingen sanning. Det är ett konstnärligt verk".

Den debatt som pågår handlar till huvuddel om två saker. För det första, vem ska väcka åtal? Enligt 5 kap 5 § andra stycket brottsbalken ska åtal för förtal av avliden väckas av den avlides efterlevande make, bröstarvinge osv., samt om åtal av särskilda skäl anses påkallat ur allmän synpunkt, av en åklagare i ett allmänt åtal. Allmänt åtal för förtal är avsett att förekomma endast i undantagsfall. I JK:s uttalande (2013-01-16) gällande anklagelserna om förtal nämns vissa omständigheter som visar särskilda skäl, t.ex. att en innehavare av allmän befattning utsätts för förtal som avser hans åtgärder i befattningen samt att målsägandens hela sociala existens hotas av ett begånget förtalsbrott. Senare i samma uttalande kommer JK fram till det i detta fall inte föreligger några särskilda skäl som från allmän

synpunkt motiverar ett ingripande genom allmänt åtal gällande Palme-filmen, oavsett om det handlar om förtal eller inte.

Den andra stora debattfrågan är självklart, är det förtal eller inte? På ena sidan står en avliden person som anklagas för allvarliga brott, såsom sex med minderårig, och på den andra sidan står konstnärlig frihet och Sveriges starka yttrandefrihet. "Statsministern" är inte en vag symbolfigur, utan man kan lätt genom olika markörer, antingen på personen eller miljön han befinner sig i, peka ut vem det skulle kunna röra sig om. Men så länge regissören Marcimain och de andra som står bakom filmen fortsätter att hänvisa till att filmen endast är fiktion kan de inte ens föra en argumentation om detta i en eventuell rättslig prövning. De kan inte visa att publiceringen är riktig och relevant så länge de hävdar att filmen inte speglar verkligheten. Sammanfattningsvis kan man konstatera ett par saker. Ja, det framgår helt klart att det är en spelfilm och inte en dokumentär. Ja, filmen visar händelser som inte är bevisade. Nej, statsministern i filmen nämns aldrig vid ett namn. Men om man har någon slags allmänbildning är den första personen man tänker på Olof Palme. När man går från biosalongen pratar man inte om hur Sveriges makthierarki håller varandra om ryggen, hur samhället kan vara så försumliga att unga flickor hamnar i den situationen eller på hur media behandlade de utsatta flickorna. Det alla pratar om är istället: Hade Olof Palme sex med underåriga prostituerade?

Sarah Winberg

PACTUM TURPE – OLAGLIGA OCH OSEDLIGA AVTAL

Den svenska avtalsrättens bygger till mångt och mycket på principerna om avtalsfrihet och pacta sunt servanda. I princip skall alla ha rätt att fritt ingå avtal och fritt bestämma avtalets innehåll. Om avtal slutits skall det fullgöras. Om fullgörelse uteblir kan parterna vända sig till rättsordningen för att försöka framtvinga fullgörelse eller åtminstone få kompensation för avtalsbrottet.

Ett undantag från de ovan nämnda principerna är principen om *pactum turpe*. Pactum turpe är en okodifierad rättsprincip vilken är tillämplig på avtal i strid mot lag eller goda seder. Pactum turpe består av två delprinciper, den träffar dels avtal som strider mot lag (*pactum contra legem*) och dels avtal som strider mot goda seder (*pactum contra bonos mores*).

Den första delprincipen, *avtal som strider mot lag*, är mindre kontroversiell. Den kommer till användning då ett avtal syftar till en lagstridig handling och den civilrättsliga påföljden för detta inte är bestämd i lagtexten. För att bestämma den civilrättsliga giltigheten av ett sådant avtal får domstolen istället ta hänsyn till ”syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter” (NJA 1997 s. 93). Några exempel på denna typ av avtal kan vara avtal om att mörda någon, avtal om sexuella tjänster och avtal om köp av droger. Olaglighetsprincipen träffar också avtal som syftar till att kringgå gällande lagstiftning och täcker många av de fall som annars skulle behöva behandlas som osedliga avtal.

Denna text kommer i fortsättningen fokusera på

den andra delprincipen, avtal som *strider mot goda seder*. Läran om osedliga avtal kommer till sin viktigaste användning då ett avtal strider mot grundläggande samhällsliga värderingar, och det inte finns någon lagstiftning som reglerar ”osedligheten”.

Ett avtal som strider mot goda seder är inte bindande för någon av parterna. Någon rättslig skyldighet att prestera uppstår aldrig, inte ens om motparten presterar i enlighet med överenskommelsen. Avtalet kan inte genomdrivas på rättslig väg. En tvist angående ett osedligt avtal skall avvisas av domstolen. Ett anspråk baserat på ett osedligt avtal förtjänar inte rättsordningens skydd och domstolen vägrar därför helt att behandla avtalet. För att avvisning skall bli aktuell krävs dock att ”(1) avtalets innehåll är av otillbörlig karaktär och att detta uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet. Och (2) att det står klart att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan” (NJA 1997 s. 93).

Några exempel då domstolar behandlat principen om osedliga avtal är följande:

NJA 1985 s. 316 (*spel och vadhållning*). Det hela startade då Köpingsmästerskapen i poker blev avbrutna av statsmakten. Vinstpengarna konfiskerades och fråga uppstod om deltagarna hade rätt att få tillbaka sina insatser. HD uttalade att det sedan gammalt var erkänt att spelskulder inte kunde drivas in på rättslig väg. En vinnare av ett olagligt spel kan alltså inte vända sig till rättsordningen för att få betalt från förloraren. Därefter gjorde dock HD en distinktion. Även om en spelskuld i sig är ogiltig så behöver dock inte andra fordringar som har uppkommit i samband

Det ter sig helt främmande ur ett etiskt perspektiv och i strid med de värderingar som ligger till grund för lagstiftningen att låta en fråga om ekonomisk ersättning få inverka på en kvinnas beslut om abort

med spelsaknarättsliggiltighet. Spelarna hade alltså rätt att återfå sina insatser från arrangören, som mottagit och förvarat pengarna i enlighet med redovisningslagen.

RH 2004:41 (*avtal om abort*). I fallet gav Ulf en revers till Alina på 25 miljoner kronor för att hon skulle göra abort. Alina gjorde abort och Ulf vägrade att betala. Alina vände sig till domstol för att få betalt men talan avvisades både i tingsrätt och hovrätt, då avtalet ansågs strida mot goda seder. Slutsatsen motiverades i hovrätten med att "[d]et ter sig helt främmande ur ett etiskt perspektiv och i strid med de värderingar som ligger till grund för lagstiftningen att låta en fråga om ekonomisk ersättning" få inverka på en kvinnas beslut om abort och att "[d]et ... i annan lagstiftning [finns] uttryck för näraliggande värderingar. I 4 kap. 6 § andra stycket föräldrabalken stadgas att adoptionsansökan inte får bifallas, om det från någon sida har getts eller utlovats ersättning eller om det har avtalats om bidrag till barnets underhåll".

Mål T 330-98 (*avtal om äktenskapsförmedling*). Ralf anlidade ett bolag för att hjälpa honom anskaffa en utländsk kvinna. Bolaget skulle hjälpa till med översättning av brevväxling, anskaffande av pass och visum etc. i avsikt att kontakten med kvinnan skulle leda till äktenskap eller äktenskapsliknande samboende. Om kontakten trots allt skulle misslyckas skulle bolaget hjälpa till att skapa kontakt med en annan utländsk kvinna. Efter att utfört sin del av avtalet begärde bolaget betalning av Ralf. Ralf vägrade. Bolaget tog tvisten till Malmö tingsrätt. Tingsrätten avvisade dock talan eftersom de ansåg att avtalet stred mot god sed. Denna slutsats motiverades med att äktenskap och sam-

boförhållanden skall bygga på ömsesidighet och frivillighet. Det ansågs alltså osedligt att någon ensidigt skulle försöka anskaffa en fru, man eller sambo. Obehörig inverkan från tredje part bör också undvikas.

Osedliga avtal de lege ferenda

Som jag ser det kan principen om osedliga avtal motiveras av två skäl.

För *det första* kan principen tjäna ett skyddssyfte. Genom att inskränka avtalsfriheten vill statmakten skydda individer från att involvera sig i osedliga aktiviteter. Tanken är, något förenklat, att färre osedliga överenskommelser kommer ingås om osedliga avtal inte erkänns av rättsordningen och inte kan genomdrivas på rättslig väg.

Om denna motivering verkligen håller kan ifrågasättas. Möjligen kan principen påverka vissa kategorier av avtal (exempelvis spelskulder) där det finns en tydlig praxis och parterna vill ha ett rättsligt giltigt avtal. Men förväntar sig parterna till ett osedligt avtal i regel att de ska kunna ta avtalet till domstol, om tvist skulle uppkomma? Det förhållandevis lilla antalet osedliga avtal som faktiskt avvisats skulle kunna tala för motsatsen. Parterna är förmodligen ofta väl medvetna om att de inte kan ta framtida tvister till domstol. Kanske litar de istället till andra medel för att genomdriva avtalet, såsom hot, utpressning och våld. En *andra motivering* av principen om osedliga avtal är syftet att upprätthålla allmänhetens förtroende för rättsväsendet. Principen om osedliga avtal kan användas för att täta till "luckor" i lagstiftningen och på så vis undvika

forts.

Många av de exempel på osedliga avtal som finns i praxis skulle idag kunna ses som avtal med ett lagstridigt syfte eller som försök att kringgå lagen.

stötande domslut. Domslut som annars riskerar att minska allmänhetens förtroende för rättsväsendet, och i förlängning den allmänna laglydnaden.

Det kan dock ifrågasättas om principen om osedliga avtal verkligen är nödvändig för att domstolarna skall kunna undvika stötande domslut. Det kan hävdas att samma resultat kan uppnås med hjälp av 36 § AvL och principen om avtal i strid mot lag. Om ett avtal framstår som stötande/oskäligt kan domstolen med hjälp av 36 § AvtL jämka det (till noll). Domstolen kan också använda principen om avtal i strid mot lag för att komma åt de flesta fall av osedliga avtal. Många av de exempel på osedliga avtal som finns i praxis skulle idag kunna ses som avtal med ett lagstridigt syfte eller som försök att kringgå lagen.

Ovan har fördelarna med principen om osedliga avtal diskuterats. Jag har ifrågasatt hur stora dessa fördelar egentligen är. Dags att nu se till nackdelarna med principen om osedliga avtal.

En *första nackdel* som uppmärksammas i doktrin är svårigheten att bestämma vad som är god sed i dagens samhälle. Moraliska värderingar varierar starkt i dagens samhälle. Vems goda seder är det som gäller? Hur stort stöd behövs för att något skall ses som hela samhällets goda sed? Vad har vi för källor som informerar oss om samhällets seder? Svåra frågor som en domare måste besvara för att kunna tillämpa principen om osedliga avtal.

För *det andra* kan man fråga sig om det är legitimt att domstolen, utan stöd i lag, skall bestämma vad som är osedligt. Domstolen är inte demokratiskt vald och bör inte lagstifta helt på egen hand. Om inte lagstiftning eller dess syften ger tillräcklig ledning för att lösa tvisten bör inte domstolen själv förklara något som osedligt, kan tyckas. Om domstolen istället nöjer sig med att tillämpa principen om lagstridiga avtal (avtal med lagstridiga syften och avtal som försöker kringgå lagen) kan den demokratiska

legitimiteten försvaras enklare. Som ovan nämnts kan man komma ganska långt med principen om lagstridiga avtal. I t.ex. abortfallet tillämpade domstolen förvisso principen om osedliga avtal, men motiveringen var starkt influerad av lagstiftningen på området och de principer som kunde utläsas därur.

En *tredje nackdel* med den nuvarande tillämpningen av pactum turpe är att sanktionen, avvisning, är ett trubbigt instrument för att skapa rättvisa. Ofta slutar tvisten med att en av parterna till ett ömsesidigt osedligt avtal gör en obehörig vinst. Avvisningspåföljden innebär att sluga individer kan lura ovetande medkontrahenter t.ex. genom att dra på sig stora, privata, spelskulder i vetskap om att dessa inte kommer att kunna genomdrivas rättsligt (NJA 1985 s. 316) eller utlova stora summor för att någon skall göra abort, i vetskap om att skulden aldrig kommer behöva betalas (RH 2004:41).

Slutsats

Med dessa rader i åtanke kan man ifrågasätta om principen om osedliga avtal är vare sig nödvändig eller önskvärd. Kanske bör domstolen nöja sig med att använda 36 § AvtL och principen om olagliga avtal. Med dessa verktyg kan domstolen på ett legitimt sätt undvika stötande resultat och upprätthålla förtroendet för rättsordningen. Om principen om osedliga avtal trots allt skall leva kvar föreslår jag att man begränsar källorna för fastställandet av goda seder till gällande lagstiftning och de principer som kan utläsas därur (jfr RH 2004:41).

Mattias Karlsson Jerbäcker



Borgenärsskyddet har du järnkoll på. Men vet du vem som dömde finalen i fotbolls-VM 1994?

Vi vet redan att du kan lagen och är intresserad av affärer. Det gäller alla i den här branschen. Berätta hellre för oss om det där barndomsintresset som har vuxit till en fascination, hobbyn som lägger beslag på halva din fritid eller din besatthet av områden vi andra knappt kan stava till.

Lindahl är en av Sveriges ledande advokatbyråer och vi växer snabbt. Vi har tagit oss hit genom att kombinera jobberfarenhet med kunskap hämtad från världen utanför kontoret – där affärer görs. Därför söker vi dig som kan och vet saker även utanför affärsjuridiken. Du som i slutänden kan visa oss och våra klienter vad riktig specialistkunskap är.



Är du rätt person för denna stol?

Det är krävande att arbeta på en affärsjuridisk byrå – men det är också oerhört roligt och utvecklande. På Gernandt & Danielsson får du arbeta med spännande klienter och avancerade arbetsuppgifter i en internationell miljö.

Vi har tre år i rad utsetts till årets advokatbyrå av klienterna. Vi strävar efter att vara den mest attraktiva arbetsgivaren inom affärsjuridik för unga jurister.

På www.gda.se finns information om vårt erbjudande till studenter och hur du ansöker om arbete hos oss.

Välkommen att höra av dig!



Gernandt & Danielsson

www.gda.se