

Thomas Wilhelmsson

SOCIAL CIVILRÄTT



LAKIMIESLIITON KUSTANNUS

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

SOCIAL CIVILRÄTT

THOMAS WILHELMSSON

SOCIAL CIVILRÄTT

Om behovsorienterade element i kontraktsrättens
allmänna läror

WITH A SUMMARY IN ENGLISH:

Social civil law. On need-oriented elements
in the general principles of contract law

HELSINKI 1987

LAKIMIESLIITON KUSTANNUS
JURISTFÖRBUNDETS FÖRLAG

ISBN 951-640-323-9

© 1987 LAKIMIESLIITON KUSTANNUS OCH
THOMAS WILHELMSSON

OMSLAG HEIKKI HAGAN

VAMMALAN KIRJAPAINO OY

FÖRORD

I den rättsteoretiska debatten i vårt land under senare år har en av förgrundsfrågorna varit möjligheterna till och gränserna för en nydanande, »kritisk», »alternativ» rättsdogmatik. Diskussionen har dock företrädesvis rört sig på en principiell nivå och de konkreta exemplen på en sådan dogmatik har varit få. Läget har varit just sådant som den östtyske rättsfilosofen *Hermann Klenner* beskriver, när han kritiserar strävandena i sitt eget land att försjälvständiga den rättsliga metodforskningen från rättsvetenskapen: han vänder sig mot »eine Arbeitsteilung derart, dass die einen wissen, *wie* man forschen soll (es aber nicht können), und die anderen zwar forschen können (aber nicht wissen, *wie*)...» (Staat und Recht 1/1986 s. 57).

Själv har jag i olika debattinlägg uttalat mig för att civilrättsforskningen borde utvecklas bl.a. genom att man skulle lägga större vikt vid dess allmänna läror. Sådana uttalanden förpliktar; så småningom råkar man i ett läge där man måste försöka göra själv och inte blott berätta hur andra borde göra.

Arbetet innehåller — trots den pompösa (men förhoppningsvis säljande?) titeln — blott ett försök att anlägga ett nytt perspektiv på vissa frågor av allmän kontraktsrättslig betydelse. Det väsentliga i boken är dess genomgående huvudtanke: möjligheten att utveckla de behovsorienterade elementen i kontraktsrättens allmänna läror. I detaljerna kunde mycket fördjupas och förändras. Varken sittmuskler eller hjärnsubstans hade emellertid i detta skede räckt till för en ännu mer djupgående analys. Det är likväl min förhoppning att arbetet som det föreligger är tillräckligt utarbetat för att dess centrala tankar skall kunna underkastas vetenskapssamfundets och det juridiska auditoriets prövning. Det är ju sist

och slutligen inte värt att förädla fröna alltför långt innan man kan se om de överhuvudtaget har möjlighet att gro. — Rätten utvecklas genom små steg; försöker rättsdogmatikern ta ett alltför långt steg på en gång ramlar han lätt utanför området för det rättsligt möjliga.

Arbetet har delvis skrivits under en längre vistelse vid Zentrum für Europäische Rechtspolitik vid universitetet i Bremen, vilken finansierats av Deutsche Forschungsgemeinschaft och Finlands Akademi. Ich danke allen ZERPis (und insbesondere dem Direktor *Norbert Reich*) für ihre grossartige Hilfe.

Mina tack i hemlandet går till alla medlemmar av diskussionscirkeln för kritisk civilrätt samt till juris kandidaterna *Tarja Kröger* och *Anneli Tahvanainen*, vilka självständigt och kreativt bistått mig vid insamling av material m.m.

Helsingfors, den 31. oktober 1986

Thomas Wilhelmsson

INNEHÅLL

FÖRORD	5
INNEHÅLL	7
LITTERATUR	11
FÖRKORTNINGAR	18
 1. KAP. INLEDNING	 19
1.1. Civilrättens allmänna läror	19
1.1.1. De allmänna läror och deras betydelse	19
1.1.2. De allmänna läror och deras föränderbarhet	23
1.1.3. »Rättskvaliteten» hos de allmänna läror	28
1.1.3.1. Allmänt	28
1.1.3.2. Privaträtten och grundlagen	29
1.1.4. Mål för en utveckling av civilrättens allmänna läror	30
1.1.4.1. De allmänna läror och deras utvecklingsnivåer	30
1.1.4.2. Valfärdsstatens ideologi och civilrätten	33
1.1.4.3. Mot en materiell eller en »reflexiv» rättvisa? ..	36
1.2. Frågeställning m.m.	44
1.2.1. Allmänt	44
1.2.2. Mot en »social civilrätt»	46
1.2.3. Civilrätt/verkställighet	47
1.2.4. Om det utnyttjade materialet	48
 2. KAP. OM KONTRAKTSRÄTTENS JURIDISKA ROLLER	 51
2.1. Om juridiska roller	51
2.2. Utvecklingen av kontraktsrättens rollstruktur	53
2.2.1. Kontraktsrättens materialisering och förändringar i roll- strukturen	53
2.2.2. Formella skyddsroller	57
2.2.3. Funktionsrelaterade roller	58
2.2.4. Personrelaterade roller	60

2.3.	Närmare om behovsorienterade begrepp	65
2.3.1.	Bakgrund	65
2.3.2.	Definition	66
2.3.3.	Behovsorientering och formell rättssäkerhet	68
3.	KAP. DET KONKRETA RÄTTSMATERIALET	72
3.1.	Behovsorientering i övrig civilrätt	72
3.1.1.	Allmänt	72
3.1.2.	IntBegrL	76
3.2.	Behovsorienterade personroller i obligationsrätten. Inledning ...	78
3.3.	Behov av bostad m.m. i hyresrätten	79
3.3.1.	Inledning	79
3.3.2.	Uppsägningsgrunderna	80
3.3.2.1.	Behovet av bostad m.m. som uppsägningsgrund	80
3.3.2.2.	Hyresgästs icke-behov som uppsägningsgrund .	82
3.3.2.3.	Det föreslagna uppsägningsskyddet vid hyra av affärslokal	82
3.3.3.	Framskjutande av flyttningsdag	83
3.4.	Skadeståndsskyldighetens omfattning och parternas behov	84
3.4.1.	Inledning	84
3.4.2.	Behovet av underhåll	85
3.4.3.	Jämkning av skadestånd m.m.	87
3.4.3.1.	Inledning	87
3.4.3.2.	Den allmänna jämningsregeln i SkL	89
3.4.3.3.	Arbetsgivares skadeståndsansvar	96
3.4.3.4.	Arbetstagares skadeståndsansvar	98
3.4.3.5.	Barns m.fl. skadeståndsansvar	101
3.4.3.6.	Uppsåtligt förorsakad skada	105
3.4.3.7.	Den skadelidandes behov	108
3.4.3.8.	Sammanfattning	111
3.4.3.9.	Jämkning inom kontraktsförhållanden	111
3.5.	Jämkning av återbäring av obehörig vinst	114
3.6.	Påföljder av betalningsdröjsmål	118
3.6.1.	Inledning	118
3.6.2.	Utvecklingen av lagstiftningen	119
3.6.2.1.	Avbetalningsköp och konsumentkrediter	119
3.6.2.2.	11 § RänteL	122
3.6.2.3.	Betalning av försäkringspremie	123
3.6.3.	Sammanfattning. Förutsättningar för påföljds lindring ...	124
3.7.	Allmänna skälighetsregler m.m.	129
3.7.1.	Lagstiftningen	129
3.7.1.1.	Jämkning av oskäligen avtalsvillkor	129
3.7.1.2.	Reglering av oskäligen avtalsvillkor	132
3.7.1.3.	Generalklausulen angående uppsägning av bolagsavtal	133

3.7.2.	Behovsorienterad skälighetsbedömning i praxis	133
3.7.3.	Sammanfattning. Allmänna tolkningsprinciper m.m.	138
4.	KAP. MOT BEHOVSORIENTERADE ALLMÄNNA LÄROR	141
4.1.	Problemprecisering	141
4.2.	Behovsorienterade principer som hjälpmedel och som självständiga normer	142
4.3.	Relevanta behov	145
4.3.1.	Parts behov	145
4.3.2.	Hänsynen till arbetskraften	147
4.4.	»Finansiärer» av ett obligationsrättsligt socialskydd	149
4.4.1.	Inledning	149
4.4.2.	Företags m.m. sociala ansvar	150
4.4.3.	Ägares sociala ansvar	152
4.4.4.	Solidaritets vid inträffade olyckor	152
4.4.5.	Social gemenskap	153
4.4.6.	Aktuella partsrelationer	154
4.5.	Den behovsorienterade rätten och marknaden	155
4.5.1.	Problemet	155
4.5.2.	»Efterföljande» behov	158
4.5.3.	Gradbegrepp och riktlinjebegrepp	159
4.5.4.	Bifrågor	162
4.6.	Behovsorienterat borgenärsskydd	163
4.6.1.	Allmänt	163
4.6.2.	Ersättningsrättsliga avgöranden	165
4.6.3.	Tillgodosende av bostadsbehov	166
4.7.	Behovsorienterat gäldenärsskydd	167
4.7.1.	Problemet faktiska betydelse	167
4.7.2.	Huvudregel	170
4.7.3.	Rättsföljder	171
4.7.4.	Exempel	173
4.7.4.1.	Jämkning av pris m.m.	173
4.7.4.2.	Frigörelse från avtalsbundenhet	174
4.7.4.3.	Jämkning av skadestånd m.m.	175
5.	KAP. SOCIALT PRESTATIONSHINDER («SOCIAL FORCE MA- JEURE»)	177
5.1.	Inledning	177
5.2.	Orsakerna till betalningsdröjsmål	178
5.3.	Utomnordiska lösningar och förslag	180
5.3.1.	Inledning	180
5.3.2.	Omtolkning av traditionella principer	181
5.3.3.	Lagar och lagförslag	183
5.4.	En allmän lära om socialt prestationshinder	184
5.4.1.	Allmänt	184

5.4.2.	Terminologi	186
5.4.3.	Lärans tillämpningsområde	187
5.4.4.	Dispositiv eller tvingande rätt	189
5.4.5.	Socialt prestationshinder och kontraktsrättslig lagstiftning	191
5.5.	När föreligger socialt prestationshinder?	192
5.5.1.	Inledning	192
5.5.2.	Relevanta tilldragelser	193
5.5.3.	Kravet på orsakssamband	197
5.5.4.	Kravet på oförutsebarhet	199
5.5.5.	Kravet på skuldfrihet	200
5.6.	Rättsföljder av socialt prestationshinder	201
5.6.1.	Allmänt	201
5.6.1.1.	Möjliga rättsföljder	201
5.6.1.2.	Hänsynen till motparten	203
5.6.2.	Påföljds lindring	204
5.6.2.1.	Inledning	204
5.6.2.2.	Skadestånd m.m.	205
5.6.2.3.	Hävning m.m.	208
5.6.3.	Upphävning av avtalsbundenheten från gäldenärens sida	211
SUMMARY		214
RÄTTSFALLSREGISTER		226

LITTERATUR

- Aarnio, Aulis*, Denkweisen der Rechtswissenschaft. Wien 1979.
- » — Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.
- Aarnio, Aulis* — *Kangas, Urpo*, Suomen jäämistöoikeus I. Jyväskylä 1983.
- Aarnio, Aulis* — *Saarenpää, Ahti E.* — *Santala, Pekka*, Maatilan sukupolvenvaihdos. Jyväskylä 1983.
- Adler, Michael*, The Economic and Social Situation of Consumer Debtors in Great Britain. ZERP Mat 6 (1985) s. 12—24.
- Aro, Pirkko-Liisa*, Om tillämpning av SBL § 8. JFT 1974 s. 171—187.
- Assmann, Heinz-Dieter* — *Brüggemeier, Gert* — *Hart, Dieter* — *Joerges, Christian*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts. Königstein/Ts. 1980.
- Atiyah, P. S.*, The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979.
- Aurejärvi, Erkki*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset. LM 1979 s. 725—745.
- » — Velvoiteoikeuden pääkohtia. Helsinki 1983.
- Bengtsson, Bertil*, Om jämkning av skadestånd. Lund 1982.
- Bernitz, Ulf*, Svensk marknadsrätt. Uddevalla 1983.
- BGB-Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Allgemeines Schuldrecht. Reihe Alternativkommentare. Darmstadt 1980.
- Bruun, Niklas* — *Wilhelmsson, Thomas*, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1983 s. 701—713.
- Brüggemeier, Gert*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts. Assmann — Brüggemeier — Hart — Joerges 1980 s. 9—81.
- » — »Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung« — »Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus« — »Verfassungstheorie des Sozialstaates«. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? — Eine Problemskizze. Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, herausgegeben von Volkmar Gessner und Gerd Winter. Opladen 1982 s. 60—73.
- » — Überarbeitung des Schuldrechts — Herausforderung oder Überforderung des Gesetzgebers? Kritische Justiz 1983 s. 386—395.
- Caplovitz, David*, Consumers in Trouble. A study of Debtors in Default. New York 1974.

- Conaty, Patrick*, The need for money advice centres. ZERP Mat 6 (1985) s. 91—103.
- Cranston, Ross*, Consumers and the Law. Second ed. London 1984.
- Dalberg-Larsen, Jørgen*, På vej frem mod det gode samfund eller fuld fart tilbage? Retfærd 32 (1986) s. 6—22.
- Damm, Reinhard*, Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem. Juristenzeitung 1978 s. 173—180.
- Dauner-Lieb, Barbara*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung? Berlin (West) 1983.
- Derleder, Peter*, Antizipatorische Elemente der Privatrechtsentwicklung? N. Paech-G. Stuby (Hg.): Wider die »herrschende Meinung«. Beiträge für Wolfgang Abendroth. Frankfurt am Main 1982 s. 215—227.
- Eckhoff, Torstein*, Kan vi lære noe av kvinneretten? Retfærd 31 (1985) s. 82—90.
- Eklund, Rudolf — Nordström, Torkel*, Lagen om avbetalningsköp, 2 uppl. Stockholm 1957.
- Eriksson, Lars D.*, Utkast till en marxistisk jurisprudence. Retfærd 11 (1979) s. 40—53.
- » — Marxistisk teori och rättsvetenskap. Helsinki 1980.
- » — Kvinnorätten i det rättsvetenskapliga projektet. Retfærd 31 (1985) s. 91—98.
- » — Till teorin om den reflexiva rätten. Samfunn Rett Retferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Otta 1986 s. 281—292.
- Eräsaari, Risto*, Sosiaalivaltio ja sosiaalipolitiikan itseymmärrys. Helsinki 1984.
- Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. 2. Auflage. Tübingen 1964.
- Esser, Josef — Schmidt, Eike*, Schuldrecht. Band I. Allgemeiner Teil. 6 Aufl. Heidelberg 1984.
- Gilles, Peter*, Zu neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht. Juristische Arbeitsblätter 1980 s. 1—8.
- Girth, Marjorie*, Personal Bankruptcy Options in the United States. ZERP Mat 7 (1985) s. 40—54.
- Godenhjelm, Berndt*, Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden. Helsingfors 1954.
- » — Om jämkning av skadestånd i inomkontraktuella förhållanden. JFT 1975 s. 400—414.
- Groth, Ulf*, Ursachen der Überschuldung — sozialpolitische Aspekte. ZERP Mat 6 (1985) s. 110—120.
- Gutachten und Vorschläge I—III, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz. Band I, Köln 1981. Band II, Köln 1981. Band III, Köln 1983.
- Habermas, Jürgen*, Theorie des kommunikativen Handelns I—II. Frankfurt am Main 1981.
- Hakulinen, Y. J.*, Obligationsrätt I. Allmänna läror. Tammerfors 1962.
- Hakulinen, Y. J. — Raninen, Huugo*, Osamaksukauppa. Tampere 1968.
- Hart, Dieter*, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts. Die Aktiengesell-

- schaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen 1984 s. 66—80.
- Havansi, Erkki*, Esinevakuusoikeudet. Vammala 1984.
- » — Luotto-oikeus. 2 painos. Helsinki 1984.
- HE 187/1973*, Hallituksen esitys Eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.
- Helin, Markku*, Lapsen elatus. Heikki E. S. Mattila (toim.): Lapsioikeuden pääpiirteet. Toinen painos. Jyväskylä 1984 s. 150—193.
- » — Käsitteistä päättelämisestä. Juhlaulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2—1985. Vammala 1985.
- Hellner, Jan*, Speciell avtalsrätt I. Köprätt. Stockholm 1982.
- » — Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Stockholm 1984.
- » — Skadeståndsrätt. 4. uppl. Stockholm 1985.
- Henf, Frieder*, Billigkeit und zivilrichterliche Argumentation. Diss. Kiel 1978.
- von Hippel, Eike*, Der Schutz des Schwächeren. Tübingen 1982.
- Holmila, Marja*, Selvityksiä ulosottotoiminnasta Helsingissä, Nurmijärvellä ja Kontiolahdella. OJL 16/1973.
- Holmila-McCafferty, Marja*, Selvityksiä ulosottoerinnän kohdentumisesta. OJL 7/1975.
- Holzcheck, Knut — Hörmann, Günter — Daviter, Jürgen*, Praxis des Konsumentenkredits in der Bundesrepublik Deutschland. Köln 1982.
- Hopt, Klaus*, Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich. Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung. Archiv für die civilistische Praxis 183 (1983) s. 608—720.
- Huser, Kristian*, Avtaletolking. Bergen 1983.
- Hydén, Håkan*, Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Civildepartementet. DsC 1984: 12. Stockholm 1984.
- Hönn, Günther*, Kompensation gestörter Vertragsparität. München 1982.
- Hörmann, Günter*, Verbraucher und Schulden. ZERP, Bremen, April 1985 (stencil; befinder sig under tryckning).
- Hörmann, Günter — Holzcheck, Knut*, Consumer Credit in the Federal Republic of Germany. Journal of Consumer Policy 1983 s. 457—468.
- Kangas, Urpo*, Lesken oikeudellinen asema. Vammala 1982.
- Karisto, Antti*, Elinolojen muutossuunnat Suomessa. Sosiaalihuollituksen julkaisuja 3/1985. Helsinki 1985.
- Karisto, Antti — Takala, Pentti — Haapola, Ilkka*, Elintaso, elämäntapa, sosiaalipolitiikka. Juva 1984.
- Kartio, Leena*, Uudistuvan esineoikeuden haasteet. Juhlaulkaisu Simo Zitting 1915—14/2—1985. Vammala 1985 s. 145—159.
- Kindermann, Harald*, Die Antwort des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die soziale Frage. Rechtstheorie 12 (1981) s. 209—225.
- Kivimäki, T. M. — Ylöstalo, Matti*, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. 4. painos. Juva 1981.
- Kivivuori, Antti*, Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I. Joensuu 1969.

- Kivivuori, Antti*, Yksityisoikeuden yleisten oppien kriisi? *Studia Juridica* 1983. Helsinki 1983 s. 53—60.
- KM 1957: 8*, Huoneenvuokralakikomitean mietintö. Helsinki 1957.
- KM 1977: 30*, Kulutusluottotoimikunnan mietintö. Helsinki 1977.
- KM 1983: 56*, Pieniyhtiötoimikunnan mietintö. Helsinki 1983.
- Kom.bet. 1965: A4*, Skadeståndskommitténs betänkande. Helsingfors 1965.
- Kuluttajaneuvoston lausunto 1985*. Lausunto pohjoismaisen kauppalakityöryhmän ehdotuksesta pohjoismaiseksi kauppalaieiksi (NU 1984: 5). Oikeusministeriölle 9. 10. 1985.
- Kähler, Annette*, Consumers and Debt in the Federal Republic of Germany. *Journal of Consumer Policy* 1984 s. 487—495.
- Köndgen, Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag. Tübingen 1981.
- Lagutsk.bet. 5/1974*, Lagutskottets betänkande nr 5 med anledning av regeringens proposition angående lagstiftning om skadestånd.
- Lieb, Manfred*, Grundfragen einer Schuldrechtsreform. *Archiv für die civilistische Praxis* 183 (1983) s. 327—366.
- Lindell-Frantz, Eva — Roos, Carl Martin*, Generös avtallstillämpning. Lund 1985.
- Ltk 1/1986*, Avoimet yhtiöt ja kommandiittiyhtiöt. Laintarkastuskunnan lausunto N:o 1/1986. Helsinki 1986.
- Lyngsø, Preben*, Afbestillingsret. København 1971.
- Mathiesen, Thomas*, »Styringsjuss», »rettssikkerhetsjuss» — og det gode samfunn. *Retfærd* 28 (1985) s. 12—25.
- Mollnau, Karl A.*, Empirische Sozialerkenntnis und Rechtswissenschaft. *Rechtstheorie Beiheft* 9 (1986) s. 157—170.
- Montgomery, Robert*, Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första delen. Inledande läror. I. Om rättssatserna. Helsingfors 1889.
- Mäkipää, Eila*, Henkilövahinkojen korvauskäytäntöä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 69. Helsinki 1984.
- Nial, Håkan*, Om handelsbolag och enkla bolag. Stockholm 1983.
- Nikula, Paavo — Sevón, Leif*, Työsuhdeturvalainsäädäntö. LM 1984 s. 679—703.
- Nilsson, Edvard — Strömbäck, Erland*, Konsumentförsäkringslagen. Helsingborg 1984.
- Nousiainen, Kevät*, Kvinnan och domstolsprocessen. *Retfærd* 31 (1985) s. 70—80.
- NU 1984: 5*, Nordiska köplagar. Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning. Stockholm 1985.
- OLJ 2/1981*, Aulis Aarnio — Ilkka Cantell — Päivi Hirsikangas — Ahti Saarenpää — Urpo Kangas: Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle perintölain-säädännön uudistamisesta 1981.
- OLJ 8/1982*, Thomas Wilhelmsson — Kirsti Rissanen — Rauno Vanhanen: Kulutusluottotyöryhmän mietintö.
- OLJ 16/1985*, Jussi Järventaus: Ehdotus henkilövakuutuslaiksi.
- OLJ 18/1985*, Ilkka Cantell: Lausunnot pohjoismaisen kauppalakityöryhmän ehdotuksesta. Tiivistelmä.

- OLJ 1/1986*, Leena Vettenranta: Lausunnot ehdotuksesta laiksi julkisoikeudellisten saamisten viivästyskorosta. Tiivistelmä.
- Portin, Göran*, Om jämkning av oskälige avtal. *JFT* 1974 s. 323—335.
- Pöyhönen, Juha*, Refleksiivinen oikeus — vihreän liikkeen oikeusideologiaa? *Oikeus* 1985 s. 127—138.
- Ramberg, Jan*, Allmän avtalsrätt. Del I. Stockholm 1986.
- Rebe, Bernd*, Privatrecht und Wirtschaftsordnung. Bielefeld 1978.
- Reg.prop. 24/1936*, Regeringens proposition till Riksdagen angående lag om begränsning av avstyckad lägenhets ansvar för inteckning.
- Reg.prop. 187/1973*, Regeringens proposition till Riksdagen angående lagstiftning om skadestånd.
- Reg.prop. 90/1974*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revision av lagstiftningen om barns ställning.
- Reg.prop. 8/1977*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till konsument-skyddslagstiftning.
- Reg.prop. 109/1981*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till räntelagstiftning.
- Reg.prop. 247/1981*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om jämkning av rättshandlingar.
- Reg.prop. 190/1983*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om företagsinteckning.
- Reg.prop. 205/1983*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning rörande utvecklande av anställningstryggheten.
- Reg.prop. 127/1984*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revidering av hyreslagstiftningen.
- Reg.prop. 57/1985*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om jämställdhet mellan kvinnor och män.
- Reg.prop. 88/1985*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om konsumentkrediter.
- Reg.prop. 49/1986*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till en personregisterlag och lagar som har samband med den.
- Reg.prop. 62/1986*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av äktenskapslagen och därtill anslutna lagar.
- Reg.prop. 93/1986*, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till köplag.
- Rehbinder, Manfred*, Status — Kontrakt — Rolle. *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*. Berlin (West) 1968 s. 141—169.
- Reich, Norbert*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1974 s. 187—194.
- » — Markt und Recht. Neuwied und Darmstadt 1977.
- » — Reflexives Recht? Anfragen an eine neue Theorie von Gunther Teubner. *ZERP Mat* 4 (1984) s. 269—290.
- » — Yhteiskuntatieteeet ja lakien uudistaminen: kokemuksia sopimusoikeuden sääntelystä kuluttajan eduksi. *LM* 1985 s. 191—217.

- Reifner, Udo*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung. Darmstadt 1979.
- » — Verbraucherverschuldung und Arbeitslosigkeit — Soziale Problematik und zivilrechtliche Bewertung. Arbeitslosigkeit als Problem der Rechts- und Sozialwissenschaften. Baden-Baden 1980 s. 355—387.
- Rodhe, Knut*, Obligationsrätt. Lund 1956.
- Rottleuthner, Hubert*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik. Frankfurt am Main 1973.
- » — Theories of legal evolution: between empiricism and philosophy of history. Rechtstheorie Beiheft 9 (1986) s. 217—230.
- Routamo, Eero — Hoppu, Esko*, Suomen vahingonkorvausoikeus. Vaasa 1977.
- Saarnilehto, Ari*, Huoneenvuokrasta. Vammala 1975.
- Saxén, Hans*, Skadeståndsrätt. Åbo 1975.
- » — Tillägg till Skadeståndsrätt. Åbo 1983.
- Schmidt, Eike*, Von der Privat- zur Sozialautonomie. Juristenzeitung 1980 s. 153—161.
- Schmidt, Jürgen*, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform. Berlin 1985.
- Schuhmacher, Wolfgang*, Recension av Barbara Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1986 s. 284—289.
- Sevón, Leif*, Inflation och jämkning av avtal. Oikeustiede-Jurisprudentia XI (1978) s. 397—422.
- Simitis, Konstantin*, Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechtsprinzip? Baden-Baden 1976.
- SOU 1985: 11*, Ny rättelag. Betänkande av rättelagsutredningen. Stockholm 1985.
- Stang Dahl, Tove*, Innledning til kvinneretten. Stang Dahl (red.): Kvinnerett I. Oslo 1985 s. 13—109.
- Stauder, Bernd*, Consumer Indebtedness — Swiss Law. ZERP Mat 6 (1985) s. 61—66.
- Suhonen, Riitta*, Työsopimukseen perustuvaa vahingonkorvausta koskevasta kysymyksestä lähinnä KKO:n käytännön valossa. LM 1985 s. 864—881.
- Sv. Prop. 1975: 12*, Regeringens proposition med förslag till lag om ändring i skadeståndslagen (1972: 207), m.m. (Sverige).
- Taxell, Lars Erik*, Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- Teubner, Gunther*, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. Law & Society Review Vol. 17 (1983) s. 239—285.
- » — Prozeduralisering. ZERP Mat 4 (1984) s. 91—92.
- Tolonen, Juha*, Siviilioikeuden yleisten oppien kriisi. Oikeus 1/1973 s. 11—19.
- Tonner, Klaus*, Verbraucherrecht und Selbstregulierungskonzepte. Kritische Justiz 1985 s. 107—125.
- Trebilcock, M. J. — Reiter, B. J. — Laskin, J. B.*, Debtor and Creditor. Cases, Notes, and Materials. Toronto 1979.
- Unger, Roberto Mangabeira*, Law in Modern Society. New York 1976.
- » — The Critical Legal Studies Movement. Harvard Law Review 1983 s. 563—675.
- Vallauri, Luigi Lombardi*, Difficulties and Possibilities of a Non-Reductive Concep-

- tion of Welfare. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft Nr. 24 (1985) s. 190—196.
- Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Berlin 1980. Band II. München 1980.
- Westerlind, Peter — Beck-Friis, Jörgen — Sköllerholm, Ove*, Kommentar till konsumentkreditlagen. Lund 1980.
- Westermann, Harm Peter*, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht. Archiv für die civilistische Praxis 1978 s. 150—195.
- » — Verbraucherschutz. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz. Band III. Köln 1983 s. 1—122.
- Wieacker, Franz*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung. Frankfurt am Main 1974.
- Wiethölter, Rudolf*, Entwicklung des Rechtsbegriffs. Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, herausgegeben von Volkmar Gessner und Gerd Winter. Opladen 1982 s. 38—59.
- » — Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht. ZERP Mat 4 (1984) s. 25—64.
- Wilhelmsson, Thomas*, Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Oikeustiede-Jurisprudentia XI (1978) s. 35—88.
- » — Siviilioikeuden yleisten oppien kriisistä. Studia juridica 1983. Helsinki 1983 s. 37—49.
- » — Standardavtal. Vammala 1984.
- » — HB i HD. 1734 års lag i finsk rättspraxis. SvJT 1984 s. 772—784 (1984 b).
- » — Den nordiska rättsgemenskapen och rättsskälreläran. TfR 1985 s. 181—197.
- » — Legal Analysis and the Relative Autonomy of the Law. Rechtstheorie. Beiheft 9. Berlin 1986 s. 119—126.
- Wilhelmsson, Thomas — Sevón, Leif*, Rättelag och dröjsmålsränta. Vammala 1983.
- Vinding Kruse, Anders — Möller, Jens — Trønning, Christian*, Ny dansk lov om erstatningsansvar. TfR 1985 s. 329—358.
- Wüstemann, Ephard*, Rolle und Rollenkonflikt im Recht. Berlin (West) 1972.
- Vähätalo, Kari*, Pitkäaikaistyöttömät. Työvoimaministeriö. Työvoimapolitiisia tutkimuksia nro 30. Helsinki 1982.
- ZERP Mat 3, Günter Hörmann (Hrsg.): Konsumentencredit und Schuldbetreibung. Materialien zu einer Tagung. Bremen 1984.
- ZERP Mat 4, Gert Brüggemeier/Christian Joerges (Hrsg.): Workshop zu Konzepten des Postinterventionistischen Rechts. Bremen 1984.
- ZERP Mat 6, Günter Hörmann (Hrsg.): Konsumentencredit und Schuldbetreibung. Tagungsreferate I. Bremen 1985.
- ZERP Mat 7, Günter Hörmann (Hrsg.): Konsumentencredit und Schuldbetreibung. Tagungsreferate II. Bremen 1985.
- Zinke, Horst*, Der Erkenntniswert politischer Argumente in der Anwendung und wissenschaftlichen Darstellung des Zivilrechts. Berlin (West) 1982.
- Zitting, Simo*, Omistajanvaihdoista. Vammala 1951.

FÖRKORTNINGAR

ArbAvtL	Lag om arbetsavtal 30. 4. 1970/320
AvbetL	Lag om avbetalningsköp 18. 2. 1966/91
AvtL	lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13. 6. 1929/228
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
HB	Handels Balk
HylesL	Hyleslag 10. 2. 1961/82
IntBegrL	Lag om begränsning av avstyckad lägenhets ansvar för inteckning 21. 1. 1937/4
JordlegoL	Jordlegolag 29. 4. 1966/258
JämstL	Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män 8. 8. 1986/609
Kkn	Konsumentklagonämnden
KO	Konsumentombudsmannen
KS	Kuluttajansuoja (tidskrift)
KSL	Konsumentskyddslag 20. 1. 1978/38
MD	Marknadsdomstolen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RF	Regeringsform för Finland 17. 7. 1919/94
Räntel	Räntelag 20. 8. 1982/633
SBL	Lag om skuldebrev 31. 7. 1947/622
SkL	Skadeståndslag 31. 5. 1974/412
SL	Strafflag 19. 12. 1889/39
UL	Utsökningslag 3. 12. 1895/37
UnderhållsL	Lag om underhåll för barn 5. 9. 1975/704
UppsägnL	Lag om förfarandet vid uppsägning av arbetsavtal 3. 2. 1984/124
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik (Bremen)
ÄB	Ärvidabalk 5. 2. 1965/40
ÄL	Äktenskapslag 13. 6. 1929/234

1. KAP. INLEDNING

1.1. Civilrättens allmänna läror

1.1.1. De allmänna lärorna och deras betydelse

Uttrycket 'allmänna läror' har i olika sammanhang definierats på olika sätt. Ofta betonar man attributet '*allmänna*'. Civilrättens allmänna läror berör då frågor och begrepp, vilka framträder inom alla eller åtminstone inom många av civilrättens särskilda områden (så t.ex. *Tolonen* 1973 s. 12). Sådana allmänna läror kan utformas inte blott av rättsvetenskapen utan även av lagstiftaren.

Tonvikten kan emellertid också läggas på substantivet '*läror*'. De allmänna lärorna uppfattas som något som utvecklas av de rättslärdar, m.a.o. hos oss främst av *rättsvetenskapen*. De allmänna lärorna är det av rättsvetenskapen skapade system, i vilket enskilda lagstadganden, rättsfall och annat rättsligt källmaterial kan inordnas.

Då man i en sådan definition riktar intresset mot rättsvetenskapen, innebär detta givetvis inte att man fränkänner t.ex. lagstiftningen betydelse som påverkare av de allmänna läror. Det är självklart, att lagstiftaren, särskilt genom generella regleringar som AvtL och SBL, i hög grad kan styra den rättsvetenskapliga utvecklingen av allmänna läror.

I detta arbete utnyttjas uttrycket allmänna läror i den senare beskrivna betydelsen. Här behandlas inte civilrättens *allmänna* läror utan snarare civilrättens allmänna *läror*. Också läror som har sin hemvist inom blott något enskilda område av civilrätten kan därför innefattas i detta begrepp.

Med civilrättens allmänna läror avses här av rättsvetenskapen utvecklade

- *begrepp* och
- *rättsprinciper*,

vilka håller samman såväl civilrätten i allmänhet som dess särskilda delområden.

De allmänna lärorna utgör m.a.o. det *sammanhållande* elementet inom varje rättsområde. Med hjälp av lärornas begrepp och principer sammanbinds de enskilda fragmenten av rätten med varandra. Genom de allmänna lärorna skapar man ett *system* av rätten. Utformningen av de allmänna lärorna innefattar en systematisering av det rättsliga materialet.

Det här anammade språkbruket kunde konkretiseras med hjälp av en ställvis något haltande, men dock belysande metafor. Om man jämför rättsordningen med en byggnad, utgör de enskilda normerna — eller snarare det rättsliga källmaterialet, såsom lagstadganden, rättsfall, uttalanden i förarbeten etc. — de tegelstenar och andra delar (viktiga lagar såsom AvtL kan uppfattas som hela byggelement) som byggnaden kan uppföras av. Den ritning, med vars hjälp man av delarna uppför en byggnad, måste likväl skapas av rättsvetenskapen. Just denna ritning, eller delar av den, utgör vad som här benämnts allmänna läror. Av intresse är härvid inte blott hela byggnadens struktur (de utpräglade »allmänna» lärorna), utan även enskilda detaljer — t.ex. badrummens placering.

De allmänna lärorna (systematiseringen) har inte skapats blott i teoretiskt eller pedagogiskt syfte. De har också betydelse för det praktiska rättsliga beslutsfattandet. De allmänna lärorna kan påverka den rättsliga beslutsprocessen i åtminstone två avseenden:

(i) *Allmänna läror som juridiska argument*. Även om man hos oss i dag inte anser en rent begreppsjuridisk metod — där man drar konkreta juridiska slutsatser från de allmänna begrepp som uppkonstruerats av rättsvetenskapen — vara salongsfäbig, uppfattas det likväl inte som olämpligt att på ett mer oförbindande sätt utnyttja de allmänna lärorna (begreppen) i den juridiska argumentationen (se t.ex. *Helin* 1985 s. 91 f.). Allmänna rättsprinciper och andra systematiska argument utgör en — men blott en — grupp av argument som kan utnyttjas för att justifiera ett rättsligt avgörande.

I sin analys av den finska (nordiska) rättskälleläran placerar *Aulis Aarnio* de allmänna rättsprinciperna i den grupp av argument (rättskäl-

lor) som betecknas som endast tillåtna argument. Den rättsliga beslutsfattaren skulle inte vara skyldig att beakta dessa argument — till skillnad från argumenten lag, landssed, lagförarbeten och domstolsavgöranden — utan det skulle endast vid behov vara tillåtet att åberopa dem (*Aarnio* 1982 s. 94 ff.). Denna i och för sig godtagbara analys av den rådande normativa rättsideologin bör likväl inte undanskymma det faktum att allmänna rättsprinciper i vissa situationer — framför allt naturligtvis då det konkreta rättsmaterialet är ofullständigt — kan erhålla en mycket betydande ställning i den juridiska argumentationen.

Det är delvis en (rätts)politisk fråga, hur starkt argumentvärde man vill tillerkänna de allmänna rättsprinciperna. Man har hävdad att dessa ofta antar en statisk karaktär (se t.ex. *Kivivuori* 1983 s. 58 f.). Ju mer man då betonar de allmänna rättsprincipernas värde som rättskälla, desto starkare blir de argument som kan åberopas mot en förnyande rätts-tillämpning och rättsvetenskap.

Ett belysande exempel kan hämtas från den västtyska diskussionen angående utvecklingen av konsumenträttsliga regler, där vissa förespråkare för ett förbättrat konsumentskydd betonat faran av att sådana regler, om de intas i BGB, skulle tolkas i överensstämmelse med föräldrade allmänna principer (se t.ex. *Damm* 1978 s. 176; jfr dock angående möjligheterna till påverkan i andra riktningen t.ex. *Gilles* 1980 s. 6).

Denna syn på de allmänna rättsprincipernas (rätts)politiska roll bygger på — den i dagens läge korrekta — iakttagelsen att de allmänna rättsprinciperna (de allmänna lärorna) släpar efter utvecklingen av lagstiftningen och det övriga konkreta rättsmaterialet. Teoretiskt behöver detta ingalunda vara fallet — och har heller inte i ett historiskt perspektiv alltid varit fallet (se närmare 1.1.4.1.). Rättsvetenskapen kan i princip också fungera som föregångare och utveckla allmänna läror som är mer i samklang med tiden än en föråldrad lagstiftning. Av kritiken av de allmänna lärornas bromsande verkan behöver man alltså inte nödvändigtvis dra slutsatsen att lärornas ställning borde (ytterligare) nedtonas; man kan lika väl hävda, att lärornas *inhåll* i stället borde *förändras*.

En total eliminering av de allmänna lärorna som källa till juridiska argument kan inte heller åstadkommas så länge man önskar upprätthålla tanken på en systematisk rättsvetenskap. Redan systematiseringen av det juridiska materialet påverkar nämligen den rättsliga argumentationen.

Bakom varje analogislut ligger en viss uppfattning om det juridiska systemets uppbyggnad.

(ii) *Begreppsapparatsens betydelse*. De allmänna lärorna påverkar inte blott slutresultatet av den juridiska argumentationen utan även begynnelsepunkten: *frågeställningen*. Den juridiska begreppsapparaten styr utformningen av de frågeställningar som uppfattas som juridiskt relevanta.

Den analytiska kritiken av begreppsjuridikens substantiella äganderättsbegrepp utgör här det traditionella exemplet. *Simo Zittings* (1951) uppdelning av äganderättsbegreppet i dess olika element möjliggjorde nya och noggrannare frågeställningar vid granskningen av problem i anslutning till äganderättens övergång. Också från kontraktsrättens område är det lätt att peka på exempel på begreppsapparatsens betydelse för frågeställningarna. Medan man inom en traditionell köprätt — med vissa undantag — granskade de juridiska problemen i förhållandet mellan säljare och köpare i allmänhet, kan man nu, efter utvecklingen av begreppsparet näringsidkare/konsument, bedöma frågorna på olika sätt beroende på om det är fråga om ett köp mellan näringsidkare eller om avtalet ingåtts mellan en näringsidkare och en konsument (den tredje kategorin, avtal mellan privatpersoner, har tilldragit sig mindre intresse). Detta möjliggör naturligtvis ett vidare spektrum av tänkbara svar.

Inte heller den juridiska begreppsapparaten kan undgås så länge man håller fast vid en systematisk rättsvetenskap. Härmed är likväl inte sagt att begreppsapparaten nödvändigtvis måste vara möjligast allmän. En allmän reglering har sagts vara mer okänslig för medborgarnas särskilda behov och förhållanden (så t.ex. *Kivivuori* 1983 s. 58). Detsamma kan sägas om de allmänna lärornas allmänna begrepp. Svaret på denna kritik kan emellertid inte vara en strävan att åstadkomma det omöjliga (så länge juridiken inte avskaffas), nämligen att eliminera den juridiska begreppsapparaten. Kritiken bör i stället beaktas så, att man söker utveckla *nya* mindre allmänna juridiska *begrepp* som på ett mer adekvat sätt avspeglar ifrågavarande behov.

En sådan sänkning av den juridiska begreppsapparatsens generalitetsnivå innebär samtidigt en minskning av rättens relativa autonomi i förhållande till samhället (se *Wilhelmsson* 1986). Ju mer de juridiska begreppen närmas de begrepp med vars hjälp den konkreta samhällsliga verkligheten kan beskrivas, desto känsligare blir rätten också för mer till-

fälliga krav som ställs av olika grupper i samhället. Detta är en utveckling på gott och ont: de mer samhällstillvända begreppen möjliggör såväl en kritisk omdaning av rätten som ett mer effektivt utnyttjande av rätten i de dominerande samhällsgruppernas intresse. Minskningen av rättens relativa autonomi kan därför också värderas på olika sätt (se även nedan 2.3.3.).

»The same events that subvert the generality also tend to destroy the relative autonomy of the legal order» skriver *Roberto Mangabeira Unger* i *Law in Modern Society* (1976 s. 199).

Redan det senast anförda innehåller en antydning om, att de allmänna lärorna har en mer långtgående betydelse än att blott fungera som hjälpmedel vid tillämpningen av gällande rätt. De allmänna rättsprinciperna och begreppen styr inte blott rättstillämparens verksamhet *de lege lata*, de drar också gränser för lagberedarens verksamhet *de lege ferenda* (eller, som *Esser* 1964 s. 57 föredrar att uttrycka det, skyddar »gegenüber juristischem Pointillismus und legislativer Selbstherrlichkeit»). Detta gäller såväl i politiskt som tekniskt avseende. Det säger sig självt att det är långt svårare att genomdriva lagar som står i strid med etablerade rättsprinciper än sådana lagar som går lätt att inpassa i det allmänt omfattade systemet. Att den rättsliga begreppsapparaten inverkar på frågeställningarna också på *de lege ferenda* -nivån är vidare mer eller mindre självklart.

Som ett typiskt exempel kunde nämnas den västtyska debatten kring frågan, huruvida man borde införa en generell konsumentskyddande reglering. Ett av motståndarnas huvudargument har här varit, att en sådan reglering skulle »spränga systemet», vara oförenlig med den rådande privaträttsordningen (se härom t.ex. *Reich* 1977 s. 196, *Westermann* 1983 s. 11).

1.1.2. De allmänna lärornas föränderbarhet

I den traditionella juridiska doktrinen uppfattar man ofta rättssystemet som en (åtminstone i princip) konfliktfri helhet, som bygger på en relativt enhetlig värdebas. De olika värderingar, som redan p.g.a. det konkreta rättsmaterialets varierande ålder måste ligga bakom olika ställningstaganden i lagstiftning och rättspraxis, skjuts i bakgrunden bakom det

system av allmänna läror som extraherats ur materialet och som påstås återge ett allmänt accepterat juridiskt värdesystem. De konkreta byggstenar, som utgör rättsvetenskapens arbetsmaterial, kan därför sammanfogas blott på ett godtagbart sätt. Det existerar vid varje tidpunkt endast en byggnadsritning — smärre variationer kan naturligtvis förekomma — som representerar de »gällande» allmänna lärorna.

På många håll i världen har man begynt ifrågasätta denna syn på rätts-systemet som något i grunden enhetligt — vilken syn naturligtvis bottnar i en uppfattning att samhället utgör en organisk helhet utan (djupa) inre konflikter — och i stället framhåvt rättens *konfliktfyllda* karaktär.

Denna aspekt har starkt betonats av företrädarna för den s.k. alternativa rättsdogmatiken. Några exempel kan här vara på sin plats.

I Förbundsrepubliken Tyskland har *Udo Reifner* (1979) i sin modell för en alternativ rättsdogmatik betonat att civilrätten kännetecknas av konflikter på två nivåer: det föreligger motsättningar dels mellan civilrättens individualism och behovet av att styra den samhälleliga produktionen och dels mellan civilrätten som en formulering av en minoritets intressen och det politiska trycket från andra intressen. Som en följd av dessa motsättningar har rätten utvecklats i riktning mot en rättsform som motsvarar församhälleligandet. Rättsvetenskapen har dock inte uppfattat detta, utan strävar att förklara de nya dragen i civilrätten som undantag. Reifner erbjuder en annan lösning: man borde förkasta det sätt på vilket huvudregler och undantag traditionellt extraherats ur det konfliktfyllda materialet och eftersträva en social rättstillämpning utgående från en materiell i stället för formell uppfattning av idealen frihet, jämlikhet och säkerhet. De ideal som ligger bakom den borgerliga rätten bör tas på allvar, som grund för materiella rättskrav.

I USA har liknande uppfattningar, från en helt annan filosofisk utgångspunkt, framförts av *Roberto Mangabeira Unger* (1983). Också han betonar att rättsdogmatiken borde utgå från att ifrågavarande rättsområde utgör ett uttryck för principer och motprinciper, vilkas relation till varandra kan presenteras på olika (motsatta) sätt. Genom att bringa motsättningarna i rättsordningen i dagen i stället för att dölja dem kan doktrinen omformulera förhållandet mellan de traditionella huvudprinciperna och deras motprinciper. I stället för principen om avtalsfrihet kan man i doktrinen betona principen om skäliga avtal o.s.v.

Motsvarande tankegångar har hos oss uttryckts av *Lars D. Eriksson* (1979, 1980). Han betonar att man åtminstone inom vissa rättsområden har formulerat progressiva mål inom rätten: sociala och kollektiva värden har en central position som principer t.ex. i miljö-, social- och planerings-

rätten. Det föreligger emellertid konflikter mellan dessa progressiva mål och andra element av rättsordningen. Rättsdogmatiken borde utnyttja dessa konflikter inom rättsordningen och sträva till att ta på orden de sociala behov och intressen som finns nedlagda i den senkapitalistiska rättsordningen, såsom uttryck för denna ordnings primära mål. Eller uttryckt på ett något annat sätt: rättsdogmatiken borde sträva mot en avformalisering och avobjektivering av rätten »genom att gällande principer, teorier, konstruktioner, systematiseringar osv. å ena sidan *disartikuleras*, spjälks upp i sina minsta beståndsdelar, och å andra sidan *reartikuleras*, dvs. genom att dessa minsta beståndsdelar åter sammanfogas men nu utgående från en ny sammanbindande princip» (Eriksson 1985 s. 91).

När man talar om motsättningar inom rätten är det inte eventuella juridiskt-tekniska konflikter mellan konkreta normer som står i centrum för intresset. Vad som i högre grad är av intresse här är insikten att olika element av det konkreta rättsmaterialet (enskilda lagparagrafer, rättsfall o.s.v.) kan ge uttryck för etiska, samhällsfilosofiska och samhällspolitiska utgångspunkter som står i strid med varandra. Detta står i samband med rättens samhälleliga natur: då rätten utvecklas som en resultant av vid varje tidpunkt rådande (motstridiga) sociala intressen och intressekombinationer, är det naturligt att den avbalansering av intressena som vid en tidpunkt petrifierats i ett konkret rättsligt material inte nödvändigtvis är densamma som kommer till uttryck i material från en annan tidpunkt.

Den temporala aspekten belyses väl av den västtyska debatten kring en eventuell reform av BGB. Man framhåller ofta, att BGB bygger på en föråldrad »socialmodell» från 1800-talet, vilken är oförenlig med den nya modell som ligger bakom den moderna privaträttens utveckling (denna syn, som presenterats av den tyska privaträttshistoriens grand old man, *Franz Wieacker* redan på 1950-talet, se *Wieacker* 1974 s. 9 ff., diskuteras ingående t.ex. av *Westermann* 1978 och *Schmidt* 1985 s. 17 ff. Om man — vilket ofta är fallet — sätter likhetstecken mellan BGB och »Privatrecht» framträder samma motsättning också i devisen »Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts», se *Assmann — Brüggemeier — Hart — Joerges* 1980. Det är vidare i grunden fråga om samma motsättning, när *Reich* 1977 s. 65 som dagens centrala konflikt i rätten framhåller rättens dubbelkaraktär å ena sidan som organisatör av ekonomiska processer som förlöper marknadsmässigt och å andra sidan som ett instrument för staten att inverka på dessa processer och införa socialstatliga målsättningar i dem). Konflikten mellan »modellerna» uppfattas vara en följd just av de olika intressen som ligger bakom lagstiftningen. Medan olika samhällsgrupper åtminstone i

någon utsträckning i dag kan påverka den legislativa utvecklingen, domineras BGB enligt Wieacker av intressena hos en samhällsklass (»das besitzende Bürgertum«, se *Wieacker* 1974 s. 16).

Det är likväl skäl att påpeka, att den temporala aspekten inte utgör den enda källan till motsättningar i rätten. Som en följd av sociala kompromisser inflyter ofta motstridiga värderingar även i sådant konkret rättsmaterial som stammar från samma tid. Den relativt enhetliga värdebakgrunden bakom BGB kunde sålunda åstadkommas genom att man hänsköt många arbetsrättsliga frågor samt även avbetalningsköpets problem att regleras i särlagstiftning (se t.ex. *Kindermann* 1981). Helt koherent lyckades man trots detta knappast göra BGB: det har sagts att kodifikationen i enskilda detaljer både bevarar auktoritära eller patriarkaliska drag och lämnar utrymme för framtidens sociala krav (*Wieacker* 1974 s. 22).

Betoningen av rättens konfliktfyllda natur är av väsentlig betydelse då man diskuterar utformningen av de allmänna lärorna. Endast i den mån det konkreta rättsmaterialet inom ett rättsområde bygger på ett enhetligt värdesystem är det nämligen möjligt att bygga upp allmänna läror som på ett objektivt sätt avspeglar hela detta material. Är däremot — som ovan hävdats — motstridiga värderingar företrädade i de lagar, rättsfall o.a. rättskällematerial som rättsvetenskapsmannen har att utgå från, förutsätter uppbyggnaden av ett system — m.a.o. av allmänna läror — alltid ett val: vilka värderingar skall upphöjas till huvudprinciper och vilka skall uppfattas blott som undantag från huvudregeln? Om man vill dra någon allmän slutsats av den internationella diskussionen angående rättens konfliktfyllda natur och betydelsen härav för rättsdogmatiken utmynnar den således i kravet, att den rådande synen på huvudregler och undantag inte nödvändigtvis behöver respekteras. Av det som tidigare uppfattats som undantag kan man, där det ter sig motiverat, utbilda nya huvudregler. Begrepp och distinktioner, som tidigare uppfattats gälla särfall, kan generaliseras till ledande systematiska utgångspunkter.

Betoningen av konflikterna i rätten behöver således knappast ha som konsekvens ett förnekande av möjligheten av en systematisk rättsvetenskap som sådan. Ett mål för rättsdogmatiken kan (och bör) fortsättningsvis vara att bygga upp en konsekvent uppsättning allmänna läror utgående från det konkreta rättsmaterial som står till förfogande. Den omständigheten att man erkänner existensen av motsättningar i detta material innebär blott

- att man erkänner möjligheten att bygga upp *flera olika system* av allmänna läror på grundval av materialet; med samma givna mängd material kan man göra upp inte blott en utan många byggnadsritningar (detta innebär naturligtvis inte, att de allmänna lärorna kunde utformas helt godtyckligt utgående från det konkreta rättsmaterialet: i någon utsträckning måste de innehålla *aprioriska* element, som med nödvändighet följer av anknytningen till den samhällsform lärorna skall tjäna. Eller uttryckt med hjälp av byggnadsmetaforen: det omgivande landskapet och miljön begränsar alltid i någon grad arkitektens valmöjligheter),
- att valet mellan olika systematiseringar inte kan träffas med hjälp av inomrättsliga kriterier, utan nyckeln till systemet måste hämtas *utanför rätten*; byggnadens sociala ändamål m.m. är avgörande för hur det givna materialet placeras in i ritningen, samt
- att det system rättsvetenskapsmannen bygger upp med nödvändighet får en mer *momentan* karaktär; såväl nya byggstenar som förändringar i de utomrättsliga förhållandena kan när som helst göra en omprövning befogad.

Analysen hos de ovan refererade föreläsarna för den alternativa rättsdogmatiken utmynnar också i ett krav på ett slags »*principväxling*»: i den mån det ter sig samhälleligt befogat vill man låta huvudreglerna och undantagen byta plats. En sådan principväxling kan naturligtvis inte vara något självändamål. Ett centralt problem för en rättsvetenskapsman som strävar till en förnyelse av de allmänna lärorna — och som *inte* är anhängare av en totalt linjär utvecklingslära, där *varje* nytt steg i utvecklingen med nödvändighet representerar något modernare och därför bättre än det tidigare — är därför att ta ställning till i vilka fall en sådan förnyelse är samhälleligt befogat. Detta val, som enligt vad som ovan sagts inte kan företas med stöd av enbart inomrättsliga kriterier, är i sista hand politiskt. Kriterierna för uppbyggnaden av de allmänna lärorna sammanhänger alltid i någon utsträckning med forskarens samhällssyn (som naturligtvis kan och bör grundas på en vetenskaplig samhällsanalys) och med hans uppfattning om vilka samhällsgruppers intressen rättsordningen kan och bör skydda.

1.1.3. »Rättskvaliteten» hos de allmänna lärorna

1.1.3.1. Allmänt

Ovan har i flera sammanhang framhållits, att rättsdogmatiken bör bygga upp de allmänna lärorna med hjälp av tillgängligt »konkret rättsmaterial». Om detta byggnadsmaterial inte räcker till för att uppföra en byggnad i enlighet med rättsvetenskapsmannens ritning anger ritningen inte något möjligt *rättsligt* byggnadsalternativ. Allmänna läror, som inte alls förankrats i ett konkret rättsmaterial, kan givetvis bilda en vacker helhet, men denna helhet kan inte kallas (i någon gängse mening) rättslig, utan framstår blott som något slag av samhällsfilosofisk moralkodex.

Av vad består då detta *konkreta rättsmaterial*, som kan förläna de allmänna lärorna rättskvalitet? Kan man verkligen skilja rättsliga argument från samhällsfilosofiska, politiska, moraliska etc. argument (jfr t.ex. *Rottleuthner* 1973 s. 167: »Ich weiss nicht, woran man Argumenten ansehen könnte, ob sie politische oder rechtliche oder 'rechtsfremde' sind»)? Delvis är en sådan gränslinje givetvis omöjlig att dra: vissa argument hör med säkerhet hemma i *vardera* sfären. Å andra sidan finns det emellertid också argument som är typiska blott för den rättsliga diskursen. Detta belyses väl av den klassifikation av rättskällorna, som förekommer i vissa framställningar av rättskälleläran (se *Aarnio* 1982 s. 96 f.): man talar å ena sidan om *auktoritetsargument*, vilkas relevans inte följer av deras sakliga innehåll utan i första hand av den institutionaliserade betydelsen hos ifrågavarande rättskälla, och å andra sidan om *sak-* eller *substantiella argument*. Det som utmärker den juridiska argumentationen — till skillnad från t.ex. politisk argumentation — förefaller vara betoningen av vissa auktoritetsargument, framför allt naturligtvis lagtexten, men därtill även uttalanden i förarbeten och rättsfall (och i någon grad i rättsvetenskaplig litteratur). Just dessa auktoritetsargument bildar sålunda det konkreta rättsmaterial, som förlänar en byggnad av allmänna läror rättskvalitet.

Jfr även *Esser* 1964 s. 132: »von wann ab haben Rechtsprinzipien den Charakter positiven Rechts? Antwort: Sobald und soweit sie durch rechtsbildende Akte der Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens institutionell verkörpert worden sind».

För att en juridisk diskurs överhuvudtaget skall vara möjlig måste man m.a.o. åtminstone i så måtto godta den juridiska traditionen, att man t.ex. accepterar lagstiftningens bindande verkan och tillerkänner rättslig praxis en viss relevans som källmaterial. Detta innebär likväl inte, att det inte kan ske förändringar i den vikt man tillmäter dessa traditionella rättskällor såväl i relation till varandra som i förhållande till andra källor. En kritisk rättsdogmatik kan naturligtvis ifrågasätta den traditionella rättskällehierarkin (*Eriksson* 1985 s. 93).

1.1.3.2. *Privaträtten och grundlagen*

I den västtyska kritiska civilrättsdebatten har man sökt införa grundlagen som en ny central auktoritativ rättskälla. Grundlagens s.k. *Sozialstaatsklausel* har återopats som stöd för en utveckling också av de civilrättsliga lärorna (*Reich* 1977 s. 66 hävdar t.o.m. att valet mellan de motstridiga elementen i civilrätten i sista hand *måste* ske på grundval av en socialstatlig författningsteori; se även t.ex. *Brügemeier* 1980 s. 81). Socialstatstanken uppfattas ge rättsligt stöd för en utveckling av skyddet av den svagare parten (se t.ex. *Esser* — *Schmidt* 1984 s. 6), inklusive exempelvis konsumentskyddet (så *Reich* 1977 s. 197). Vid tillämpningen av de civilrättsliga generalklausulerna är det också naturligt att denna grundlagsfästa tanke kan ge en viss ledning (se t.ex. *Henf* 1978 s. 326 ff.).

I finsk *civilrätt* påträffar man inte sådana argumentationsmönster. Vår grundlag erbjuder inte lika näraliggande hållpunkter för en social civilrättslig argumentation. Hos oss måste man därför falla tillbaka på mer traditionella rättskällor, om man önskar ge nya allmänna läror en rättslig förankring. Dessa källor tillåter å andra sidan i finsk (och nordisk) rätt ett relativt vitt spelrum för rättsvetenskapsmannen; i den västtyska privaträtten, som behärskas av den stora kodifikationen (BGB), har man förmodligen ett större behov av »utomicivilrättsligt» stöd för en nydanande lärobyggnad.

Hos oss uppfattas grundlagen ofta snarare som ett *hinder* mot nydaningar. Mot utvecklingen av en behovsorienterad kontraktsrätt, som tar hänsyn till parts ekonomiska och sociala ställning (se frågeställningen nedan 1.2.) kunde man sålunda tänkas återopa den grundlagsfästa grundsatzen om finska medborgares likställdhet inför lagen (RF § 5). Denna

möjliga argumentation har här inte tillmätts större vikt, emedan utvecklingen av de behovsorienterade lärorna i detta arbete huvudsakligen sker »induktivt», utgående från bl.a. ett konkret lagstiftningsmaterial som genomgått grundlagsenlighetskontrollen. Vad som är möjligt t.ex. i SkL eller RanteL bör vara möjligt också i de allmänna lärorna. Och vidare: som nedan beskrivs närmare, är det här fråga om att i civilrätten framhäva tänkesätt, som är vedertagna i socialrätten; ingenstans står skrivet att grundlagen borde ges en annan (strängare) innebörd då man rör sig på civilrättens område än på socialrättens. Och slutligen: den ökade behovsorienteringen betyder ju blott en strävan att ta likhetspostulatet på allvar, att ge det en mer materiell och mindre formell innebörd.

1.1.4. Mål för en utveckling av civilrättens allmänna läror

1.1.4.1. De allmänna lärornas utvecklingsnivåer

De allmänna lärorna kan fylla olika funktioner i rättsutvecklingen. Betraktar man dessa läror *från en given utgångspunkt* (t.ex. utgående från hur rättsordningen tillgodoser resurssvaga samhällsgruppers behov) kan man grovt schematiskt placera in olika allmänna läror i tre grupper:

(i) I de allmänna lärorna har man inte registrerat de förbättringar som skett i det konkreta rättsmaterialet, i lagstiftning och rättspraxis. Det konkreta rättsmaterialet erbjuder ett allt svagare underlag för en generalisering av den typ som de allmänna lärorna omfattar. De gamla lärorna fortlever i kraft av traditionen utan att längre ha någon tillräcklig förankring i nyare rättsligt material. Sådana allmänna läror som inte ens längre motsvarar de nya rättsnormerna — vilka i sin tur naturligtvis tillkommit p.g.a. förändringar i den samhälleliga verkligheten — fungerar som *bromsar för rättsutvecklingen*. Den kritik som anförts mot begrepps-jurisprudensens läror, att den gamla rättskulturen på ett olyckligt sätt tilläts hålla lagstiftningen i sitt grepp (*Helin* 1985 s. 89), avser just detta.

(ii) De allmänna lärorna kan också på något område ligga någorlunda *i takt med rättsutvecklingen*. Det föreligger inte någon klar konflikt mellan det konkreta rättsmaterialet och de allmänna lärorna. Detta utesluter likväl inte att det råder en anomali i relationen mellan de allmänna lärorna och samhällsutvecklingen. Läget kan vara sådant att varken merparten

av det konkreta rättsmaterialet eller de rådande allmänna lärorna tillhandahåller sådana lösningar på samhällsproblemen som kan anses tillfredsställande i skenet av samhällsförhållandenas utveckling. De allmänna lärorna avspeglar inte de *möjligheter* till rättsutveckling (se nedan) som det ifrågavarande samhällets utvecklingsnivå skulle erbjuda.

Då det konkreta rättsmaterialet i normala fall blott punktvís avspeglar dessa utvecklingsmöjligheter — man talar om rättens eftersläpning i förhållande till samhällsutvecklingen — är det naturligt att den traditionella, skenbart värderingsfria rättsdogmatikens allmänna läror i regel måste stanna på den här beskrivna utvecklingsnivån (ii), i den mån de inte bör hänföras under grupp (i).

(iii) De allmänna lärorna kan emellertid mycket väl också fungera som *föregångare för* (den eftersträlvade) *rättsutvecklingen*. Man söker generalisera det konkreta rättsmaterialet så, att systemet av allmänna läror pekar mot framtiden, löper ett steg före den alltid delvis föråldrade lagstiftningen. Vid uppbyggnaden av sådana allmänna läror befinner sig det *samhälleligt möjligas* kategori i en central ställning (se Eriksson 1979 s. 50 ff.). De allmänna lärorna bör, för att vara praktiskt relevanta, avspegla de möjligheter till en utveckling som analysen av det ifrågavarande samhällets ekonomiska och politiska utvecklingsnivå avslöjar. Samtidigt bör de, som tidigare nämnts, för att vara rättsliga, bygga på värderingar, som åtminstone i någon utsträckning kommer till uttryck i det konkreta rättsmaterial som står till buds (se ovan 1.1.3.). De bör m.a.o. också vara *rättsligt möjliga*.

I ett historiskt perspektiv är tanken på de allmänna lärorna som föregångare för rättsutvecklingen inte alls speciellt uppseendeväckande. I tidigare skeden av rättsutvecklingen har rättsvetenskapen ofta framstått som den främsta drivande kraften. Så har t.ex. utgångspunkterna för den rådande civilrättsordningen — avtalsfrihet och ett allmänt äganderättsbegrepp — i hög grad formulerats av rättsvetenskapen. — Likaväl som det i lagstiftningen föreligger »Möglichkeiten, die gesellschaftlichen Verhältnisse sowie die Ziele zu ihrer Bewahrung oder Veränderung mit unterschiedlichem Adäquatheitsgrad rechtsnormativ zum Ausdruck zu bringen». (Mollnau 1986 s. 158) kan rättsvetenskapen mer eller mindre adekvat avspegla sådana förhållanden och mål.

En framtidsinriktad rättsdogmatik arbetar m.a.o. inom ramen för dialektiken mellan det verkliga och det möjliga. En sådan dogmatik bör

utgående från en ur forskarens synvinkel samhällseligt önskvärd målsättning (t.ex. att förbättra resurssvaga samhällsgruppers ställning) utveckla allmänna läror som med hänsyn till samhällsförhållandena och det existerande konkreta rättsmaterialet är samhällseligt och rättsligt möjliga. En utveckling av sådana framtidsinriktade allmänna läror sker emellertid inte »utanför» den sagda dialektiken. Formuleringen av de nya lärorerna utgör i sig rättsmaterial (argument) för en förändrad praxis; via dessa läror kan det rättsligt möjliga — i något tidsperspektiv — bli rättsligt verkligt.

Tanken på en framtidsinriktad rättsdogmatik kan kritiseras (och har kritiserats) för att en sådan rättsvetenskap huvudsakligen erhåller en legitimationsfunktion:

»In many countries, legal theories of substantive justice may remain isolated in a politically inhospitable atmosphere so that, though sufficiently vital to help legitimate the social order, they may never become strong enough to help transform it» (*Unger* 1976 s. 213).

Kritiken är i och för sig riktig. Genom att framställa de allmänna lärorerna som mer framstegsvänliga (sociala m.m.) än de faktiskt iakttaga lärorerna är ger man på det normativa, rättsvetenskapliga planet ett sken av att de problem som existerar i samhället lösts i större utsträckning än vad som faktiskt är fallet. Man kan också säga, att all rättsdogmatisk verksamhet definitionsmässigt har en systemlegitimerande funktion: för att kunna definieras som rättsdogmatik måste verksamheten ju acceptera åtminstone vissa element av det existerande konkreta rättsmaterialet som en utgångspunkt. Å andra sidan kan man hävda att en rättsvetenskap som strävar till att skapa nya allmänna läror alltid också bidrar med redskap för en kritik av den traditionella lärobyggnaden. Den kritiske rättsvetenskapsmannen blir m.a.o. tvungen att välja sin forskningsstrategi inom ramen för en paradox som inte är okänd heller i den övriga samhällsdebatten: *mikrokritik* kan leda till *makrolegitimation*.

Trots de nämnda riskerna har frågeställningen i detta arbete utformats utgående från antagandet att en framtidsinriktad rättsdogmatik av det slag som här beskrivits är både önskvärd och möjlig. Målet är att inom ramen för det möjliga utveckla de allmänna lärorerna i civilrätten så, att man i dem bättre än tidigare beaktar resurssvaga samhällsgruppers behov.

1.1.4.2. Velfärdsstatens ideologi och civilrätten

Rätten står i ett nära samband (växelverkan) med den samhälleliga ideologin. En utgångspunkt vid bedömningen av vad som är samhälleligt möjligt då man utvecklar de allmänna lärorna måste därför sökas i den rådande samhällsideologin.

Detta framhävs också av flera av de företrädare för den s.k. alternativa rättsdogmatiken som tidigare (1.1.2.) presenterats. Som nämnts betonar *Udo Reifner*, att man bör utgå från de (i BGB kodifierade) borgerliga frihets- och jämlikhetsidealerna och ge dem en materiell tolkning, medan *Lars D. Eriksson* snarare önskar ta de målformuleringar som präglar den senkapitalistiska rättsordningen på allvar. Skillnaderna i referenspunkter kan bero på differenser mellan de rådande nordiska och västtyska samhällsideologierna samt på BGB:s fortsättningsvis centrala ställning i den västtyska civilrättsdebatten.

Dagens nordiska samhälle beskrivs som känt allmänt med hjälp av begrepp som »velfärdsstat» etc., vilka inte blott utpekar vissa förment dominerande drag i samhällsutvecklingen utan även innehåller en ideologisk legitimation för ifrågavarande samhälle. De egenskaper som anses karaktärisera detta samhälle uppfattas samtidigt som mål för vidareutvecklingen av samhället.

Det utmärkande för velfärdsstaten har ansetts vara en strävan att modifiera verkan av marknadskrafterna (*Eräsaari* 1984 s. 113):

- (i) i syfte att trygga medborgarna en viss minimiutkomst,
- (ii) i syfte att minska osäkerhetsfaktorer i livet genom att skapa skydd mot sjukdom, arbetslöshet och ålderdom, samt
- (iii) genom att erbjuda alla medborgare sociala tjänster inom ramen för tillgängliga resurser.

Den första målsättningen kan naturligtvis ges mycket olika tolkningar. Man kan uppfatta syftet att trygga medborgarna en viss minimiutkomst vara uppnått, då den *absoluta fattigdomen* i samhället (i stort sett) avlägsnats, d.v.s. då svält och direkt fysisk nöd eliminerats. Man kan emellertid också ha som mål att bekämpa den fattigdom som framstår som mer *relativ*, d.v.s. situationer i vilka individens levnadsstandard ligger långt under den allmänna nivån i samhället (se t.ex. *Karisto — Takala — Haapola* 1984 s. 103 ff.). En sådan målsättning har nära samband med fördelningspolitiska värderingar: det uppfattas som ett mål i sig att

söka minska inkomst- och förmögenhetsskillnaderna och öka den ekonomiska jämlikheten i samhället. Den rådande välfärdsstatsideologin bygger uppenbart på sådana mer långtgående jämlikhetsuppfattningar. Samhället uppfattas inte som »perfekt» redan när den absoluta fattigdomen avlägsnats.

Ett typiskt karaktistikum för den sociala rättsstaten är »a distribution capable of assuring to every person a minimum not too far removed from the average level enjoyed in society» (*Vallauri* 1985 s. 190).

Välfärdsstatens mål, sådana som de ovan beskrivits, har inte uppnåtts. Den absoluta fattigdomen är visserligen inte längre framträdande i Finland (inte ens den har helt eliminerats). Den relativa fattigdomen har däremot inte i någon väsentlig mån avskaffats. Inkomstskillnaderna är hos oss fortsättningsvis betydande och skillnaderna i konsumtionsnivå mellan olika samhällsgrupper är ännu mer väsentliga än vad uppgifterna om inkomstskillnaderna ger vid handen (*Karisto — Takala — Haapola* 1984 s. 107 f.). De värst utsatta gruppernas relativa deprivation är så stark att man begynt tala om »nyfattiga». Den växande genomsnittliga välfärden innebär inte heller nödvändigtvis att den relativa fattigdomens problematik blir mer marginell: man har paradoxalt nog hävdat, att inkomstskillnadernas betydelse på sätt och vis vuxit i takt med den allmänna förhöjningen av levnadsstandarden (se *Karisto* 1985 s. 40). Måttet på framgång blir standarden hos den egna konsumtionen.

Skyddet mot osäkerhetsfaktorer i livet är inte heller fullt utbyggt. Så befinner sig t.ex. många arbetslösa i dag i en situation av uppenbar relativ fattigdom. Vid en undersökning som gjordes vid årsskiftet 1979—1980 uppgav ca 60 % av de undersökta att deras och familjens disponibla månadsinkomst stannade under 2000 mk i månaden (*Vähätalo* 1982 s. 73 f.; uppgifterna är såtillvida något föråldrade att den rättsliga regleringen ju förändrats efter den sagda tidpunkten). P.g.a. arbetslösheten hade man ofta blivit tvungen att kännbart minska på familjens konsumtionsutgifter (sänka levnadsstandarden).

Det är m.a.o. uppenbart att målet att bygga ut välfärdsstaten ingalunda är obsolet. Det förekommer fortsättningsvis resurssvaga grupper i samhället — arbetslösa, ensamförsörjare (se *Karisto* 1985 s. 39) etc. — som har berättigade anspråk på att erhålla särskilt stöd från rättsordningens sida.

Välfärdsstatens ideologi har naturligtvis i hög grad *mytisk* karaktär (Eräsaari 1984 s. 116 f.). Detta hindrar inte, att man i den juridiska diskursen tar ideologin på allvar, som ett uttryck för samhällets primära mål (jfr ovan s. 25), vilka också bör komma till uttryck på det konkreta rättsliga planet. Härvid kan man inte *a priori* utgå från, att civilrätten, inklusive kontraktsrätten, inte borde omfattas av dessa mål. Kontraktsrätten bör inte nödvändigtvis uteslutande präglas av ett rättviseideal, som är baserat på reciprocitet; man börjar alltmer inse, att dess regler också kan ha samband med olika former av distributiv rättvisa (se t.ex. Unger 1976 s. 198 f., Köndgen 1981 s. 135 ff.). Kontraktsrätten reglerar förhållanden, som kan ha direkt samband med levnadsstandarden hos berörda parter och det är därför fullt tänkbart att de välfärdsstatliga målen beaktas också i en kontraktsrättslig reglering. I en kontraktsrätt, där man tar välfärdsstatens ideologi på allvar, borde man pröva möjligheterna att — naturligtvis vid sidan av andra omständigheter — ta hänsyn till

(i) parternas behov av en viss minimiutkomst; detta *kan* innebära såväl en förstärkning av sådana rättigheter som har betydelse för en borgenärs utkomst som en begränsning av sådana förpliktelser som hotar en gäldenärs levnadsstandard (se allmänt kap. 4);

(ii) parternas behov av skydd vid särskilda tilldragelser såsom sjukdom, arbetslöshet och ålderdom; ett sådant civilrättsligt skydd kan delvis utbyggas genom läran om *socialt prestationshinder* (*social force majeure*; se nedan kap. 5); samt

(iii) parternas behov av tjänster (se betr. kontraheringsplikt nedan 4.5.1.).

Att normerna för lösningen av kontraktsrättsliga problem kan ha praktisk betydelse vid strävan att förverkliga välfärdsstatens mål belyses av de empiriska data angående betalningsdröjsmål m.m. som refereras senare (se 4.7.1. och 5.2.; jfr även Groth 1985 s. 112: »Schuldnerberatung ist Sozialarbeit!«). Å andra sidan är det självklart, att de kontraktsrättsliga lösningarna — så länge man rör sig inom ramen för relationer som i ett rimligt språkbruk överhuvudtaget kan betecknas som kontraktsrättsliga — inte kan utgöra något primärt medel för en omdistribution av den skevt fördelade välfärden. »Im Schuldrecht werden »kleinere Brötchen gebacken.« (Esser — Schmidt 1984 s. 6).

1.1.4.3. *Mot en materiell eller en »reflexiv» rättvisa?*

Ett framträdande diskussionstema i den internationella samhällsanknutna rättsteoretiska debatten under de senaste åren har varit frågan om rättsformens (den rättsliga rationalitetens) utveckling. Utgångspunkten för diskussionen har tagits i *Max Webers* kända analys av formella och anti-formella element i rättsutvecklingen i det kapitalistiska samhället (se t.ex. *Reich* 1985 s. 192 ff.).

Det kanske mest uppmärksammade bidraget till denna diskussion har givits av *Gunther Teubner* (1983). Denne författare särskiljer tre rationalitetstyper, som enligt hans mening kännetecknat utvecklingen av den moderna rätten:

(i) Den ursprungliga marknadsekonomin kännetecknas av en *formell rationalitet*. Rätten justifieras med hänvisning till värdet av individualism och privatautonomi. På det juridiska tänkandets nivå framträder rationalitetstypen som *regelorienterad*: rättstillämpningen uppfattas som en deduktiv verksamhet.

(ii) I takt med utvecklingen av den s.k. välfärdsstaten har den formella rationaliteten i högre eller lägre grad fått ge vika för en *materiell (substantiv) rationalitet*. Inom denna rationalitetstyp justifieras rätten utgående från behovet att reglera den ekonomiska och sociala verksamheten och att kompensera de missförhållanden som marknaden ger upphov till. Det rättsliga tänkandet blir *målorienterat*: målprogram implementeras med hjälp av generalklausuler, riktlinjer och principer.

(iii) Teubner stannar emellertid inte vid de två angivna rationalitetstyperna. Han anser nämligen att en tredje rationalitetstyp håller på att utveckla sig: den *reflexiva rationaliteten*. Dennas justifikationsgrund ligger i självregleringens ideal — Teubners tankar har också betecknats som en rättsideologi för den gröna rörelsen (*Pöyhönen* 1985). Det rättsliga tänkandet i denna rationalitet är *orienterat mot förfarandet*. Det centrala målet för rätten blir inte att erbjuda innehållsliga lösningar utan blott att garantera de strukturella förutsättningarna för genuint reflexiva (själv-reglerande) processer.

Vid diskussionen av nya rationalitetsformer i den moderna rätten står Teubner inte ensam. Att teorin om den reflexiva rätten måste ha någon

förankring i verkligheten framgår av att flera andra liknande teorier om nya drag i den (civil)rättsliga utvecklingen presenterats under senare tid.

Inom civilrätten är det framför allt skäl att uppmärksamma *Eike Schmidts* (1980, särskilt s. 157 ff.) beskrivning av hur materialiseringsfasen i privaträtten håller på att övergå i en ny fas, som åskådliggjorts med hjälp av begreppet »*Sozialautonomie*». Socialautonomin kännetecknas av en ökad möjlighet till medbestämmande, d.v.s. till artikulation av de berörda parternas konkreta behov. Denna artikulation sker emellertid inte individuellt — fråga är inte om en återgång till den formella privatautonomin — utan solidariskt. Utbyggnaden av socialautonomin innefattar en avveckling av rättens »Ja/Nein -Rigorismus» och en tillåtelse av mer situationsadekvata mellanlösningar. Processdeltagarnas Kooperation betonas.

På besläktade tankegångar bygger också *Gert Brügge* (1982) försök att skissera upp en ny modell för förhållandet mellan stat och ekonomi i det utvecklade kapitalistiska samhället. Enligt denna författare har utvecklingen löpt från den medeltida statusmodellen över en ursprunglig kontraktsmodell (contract I) till den materialiserade privaträttens kontraktsmodell (contract II). I dag är emellertid tiden mogen för att ersätta kontraktsmodellerna med ett nytt paradigm, *organisation*, som kännetecknas bl.a. av beslutsprocesser genom decentrala organisationer och en utveckling av reflexiva interaktionsformer mellan de decentrala handlingsenheter och mellan de samhälleliga delsystemen (s. 69 f.).

En viss släktskap med Teubners reflexiva element har vidare *Rudolf Wiethölter* (1982 och 1984) »*Prozeduralisierung*». De »moderna» tendenserna i rätten kännetecknas i denna begreppsapparat av, att »»Formalisierungen» wie »Materialisierungen» werden in »Prozeduralisierungen» aufgehoben» (*Wiethölter* 1982 s. 45). Även om det inte är klart i hur hög grad proceduralisering och reflexiv rätt är avsedda att täcka samma fenomen (se t.ex. *Reich* 1984 s. 280), används de ofta i debatten som mer eller mindre synonyma (så t.ex. *Hart* 1984 s. 75). *Teubner* (1984 s. 91 f.) framhäver själv en väsentlig differens: medan *Wiethölter* talar om att skapa diskussionsmöjligheter som riktar sig mot en *samhällelig* konsensus, utgår *Teubner* från en reflexion inte på totalsamhällelig nivå, utan inom enskilda samhälleliga *subsystem*.

Man har kritiserat dessa tankar bl.a. för att de ger intryck av en evolution, som enligt kritikerna inte skulle ha ägt rum i verkligheten (se t.ex. *Reich* 1984 s. 280 f., *Hydén* 1984 s. 43 och *Pöyhönen* 1985 s. 134). Man har hävdad, att rätten alltid innehåller tre rationalitetsformer: form, innehåll och förfarande.

Se även *Rottleuthner* (1986), som generellt kritiserat teorier angående rättslig evolution för att de genom att bygga på en selektiv empirisk bas i alltför hög grad förenklar verkligheten. »The price for the elegance of a model of evolution is a partial fade-out» (s. 226; mot en sådan hållning talar t.ex. *Dalberg-Larsen* 1986 s. 13 f.).

Trots denna kritik, som pekar på väsentliga problem (och som också lett till en revidering av de ursprungliga teorierna, se *Tonner* 1985 s. 118), förefaller man kunna hävda att utvecklingen under innevarande århundrade generellt sett medfört en ökad betydelse för de icke-formella rationalitetsformerna, åtminstone i civilrätten. Mer än så behöver den evolutionära aspekten hos de refererade teorierna heller inte kommenteras i detta sammanhang. Här — vid en diskussion av målen för en utveckling av civilrättens allmänna läror — är teoriernas *normativa* sida av större intresse. Protagonisterna av en reflexiv rätt hävdar nämligen inte blott att detta begrepp karaktäriserar en ny rationalitet som håller på att utvecklas; man ser det också som beteckning på ett eftersträvarsvårt mål. Teorin om den reflexiva rätten och därmed besläktade teorier bygger på en kritik av det regleringsmönster som är typiskt för den s.k. välfärdsstaten (*Reich* 1984 s. 271). Rätten i det goda samhället bör enligt denna kritik inte i första hand präglas av en välfärdsstatlig materiell rationalitet utan av en reflexiv rationalitet. Är det m.a.o. förfelat att — som här är fallet — vid utvecklingen av en framtidsinriktad civilrättsdogmatik utgå från den ideologi som utmärker välfärdsstaten?

En bedömning av denna fråga förutsätter en närmare beskrivning av vad som konkret kan avses med materiell respektive reflexiv rationalitet i civilrätten. Dessa begrepp är nämligen ingalunda entydiga.

Redan av den mycket korta presentationen av den *materiella rationaliteten* (ovan p. ii) framgår, att man i detta begrepp innefattat två olika element. Å ena sidan karakteriseras den materialiserade rätten av ett visst slags *inhåll*: genom dess normer strävar man inte blott att skydda sociala positioner, utan framför allt att tilldela (förverkliga) sådana positioner (*Wiethölter* 1984 s. 32), att förändra givna maktstrukturer (*Reich* 1984 s. 283) och generellt att styra den socioekonomiska utvecklingen (*Brügge-meier* 1980 s. 72). Å andra sidan innehåller definitionen av den materiella rätten också ett *metodologiskt* element: i stället för en deduktiv regelorienterad formell rättslig slutledning träder en målorienterad

argumentation som baserar sig på generalklausuler m.m. I denna mening är påståendena om förskjutningar från en formell i riktning mot en materiell rationalitet parallella med de iakttagelser angående förändringar i de rättsliga argumentationsstrukturerna som presenterats av flera författare: här må blott nämnas *Lars D. Erikssons* (1980 s. 108 f.) beskrivning av hur den »subsumtionslogiska argumentationsmodellen» håller på att trängas undan av »målrationalella» och »behovsrationalella» modeller samt *Thomas Mathiesens* (1985 s. 12 ff.) analys av »rättssäkerhetsjuridikens» tillbakagång till förmån för en »styrningsjuridik», som just präglas bl.a. av att rättsnormerna får mindre bindande karaktär och tillämpas med hjälp av rättskällor med mer erkänt politisk natur (se även *Unger* 1976 s. 199). — Det är skäl att notera, att de två beskrivna karaktistika hos den materialiserade rätten varken logiskt eller historiskt med nödvändighet hör samman. Åtminstone vid utvecklingen av den nordiska civilrätten förefaller — vilket framgår också av den beskrivning av den begreppsliga utvecklingen som presenteras i kap. 2 — den *inhållsliga materialiseringen* utgöra ett tidigare fenomen än den *metodologiska materialiseringen*.

På kontraktsrättens område har mycket varierande typer av regleringar åberopats som exempel på en materialiseringsprocess. Detta framgår åskådligt av den klassifikation som *Dieter Hart* (1984 s. 72 ff.) — som närmast förefaller behandla den inhållsliga materialiseringen — har utarbetat beträffande de regleringar som påverkar »die Vertragsverfassung» i västtysk rätt:

1. Styrning via påverkan av konkurrensförhållandena:
 - Åtgärder, genom vilka man strävar att trygga konkurrensens funktionsduglighet. Här i begrips strävanden att förbättra information och rådgivning till dem som uppträder som avnämare på marknaden (d.v.s. det som *Reich* 1977 s. 198 kallar för »marktkomplementäre Konzeptionen eines Verbraucherrechtes»). Dessa åtgärder innehåller samtidigt en tendens mot en *reformation* av kontraktsrätten.
 - En interventionistisk konkurrensrätt, i vilken man vid sidan av konkurrenspolitiska mål tar hänsyn också till nationalekonomiska, industripolitiska, socialpolitiska och konsumentpolitiska mål. Som exempel nämns kontrollen av god sed på grundval av 1 § Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

2. Materialisering genom reglering av kontraktsrättvisa, bl. a. genom ställningstaganden till förmån för konsumentintressen:
 - Nya kriterier för förpliktelsernas uppkomst (t.ex. bundenhet vid reklam etc.).
 - Särskilda sociala förpliktelser, såsom informations- och rådgivningsförpliktelser, avsedda att utjämna obalans mellan parterna. Vid utvecklingen av dessa förpliktelser föreligger det en tendens till *partikularisering*: det sker en differentiering av normer som gäller i olika sammanhang.
 - En innehållslig kontroll av avtalsförpliktelsernas reciprocitet. Man fastställer bindande avtalsordningar, som står utanför parternas disposition.

Om begreppet materiell rationalitet sålunda är oklart gäller detta i ännu högre grad den *reflexiva* eller *procedurala rationaliteten*. Reflexiviteten utgör ett diffust samlingsbegrepp för företeelser som har samband med organisation och solidaritet (*Brüggemeier* 1983 s. 389). Också detta begrepp innehåller såväl ett *innehållsligt* som ett *metodologiskt* element. I förstnämnda hänseende kan reflexiviteten sägas innebära en betoning av regleringar som sker i termer av organisation, förfarande och kompetens (*Teubner* 1983 s. 275). Den reflexiva rätten avgör t.ex. inte, vad som utgör konsumenternas intresse; den begränsar sig till att definiera vem som har kompetens att uttrycka sådana intressen och att trygga deras representation (*Teubner* 1983 s. 277). Innehållsligt intresserar sig den reflexiva rätten m.a.o. för en reglering av självreglerande system. Metodologiskt betonas åter även här rättens flexibilitet, som möjliggör rättsliga reaktioner som är specifika för ifrågavarande situation och område och som är framtidsorienterade (*Hart* 1984 s. 75). I metodologiskt avseende är därför differenserna mellan en materiell och en reflexiv rationalitet inte helt lätta att uppfatta. Man kan anta att skillnaderna ligger i den tänkta argumentationsstrukturen vid tillämpningen av den flexibla regleringen; medan man i en materiell argumentation framhäver bestämda *innehållsliga mål* för samhällsutvecklingen är den reflexiva tillämpningen inriktad på att ge parterna (eller kanske hellre mer generellt: de berörda intressena) möjlighet att *medverka* vid normbildningsprocessen (se. t.ex. *Hart* 1984 s. 76).

Då man diskuterar den metodologiska komponenten hos den materiella och den reflexiva rationaliteten är det skäl att än en gång uppmärksamma

Lars D. Erikssons »målrationalella» och »behovsrationalella» argumentationsmodeller. Medan den förstnämnda klart hör hemma inom den materialiserade rättens sfär, kan den senare modellen — som fäster avseende vid det ifrågavarande beslutets »förmåga att tillgodose samhällsmedlemmarnas konkreta, reella behov» (Eriksson 1980 s. 109) — måhända uppfattas som en föregångare till vissa av de synpunkter som gjorts gällande inom ramen för teorierna om den reflexiva eller proceduraliserade rätten. En motivering för strävan att öka parternas (reflexiva) medverkan vid normbildningsprocessen är ju att man härigenom möjliggör en artikulering av sådana behov som Eriksson avser.

I det följande underkastas de ifrågavarande teoriernas metodologiska aspekt ännu inte någon närmare diskussion. Frågan om den önskade graden av flexibilitet hos rätten och om därmed sammanhängande argumentationsstrukturer får anstå till ett senare sammanhang (se 2.3.3.). Här diskuteras blott problematikens *inhållsliga* sida: bör man i dag se det som förlegat att utveckla nya allmänna läror med en ökad materiell rationalitet och i stället koncentrera den framtidsinriktade aktiviteten på ett förstärkande av de reflexiva elementen i rättsutvecklingen?

Utan att i detalj analysera de argument som den reflexiva rättens anhängare anfört för sin (normativa) ståndpunkt kan man peka på två huvudtyper av överväganden som *kunde* tala för ett övergivande av den materiella rationaliteten till förmån för en ny reflexiv rationalitet. Dessa två argumenteringslinjer står uppenbarligen i någon utsträckning i strid med varandra:

(i) Dels kan man utgående från *Jürgen Habermas'* (1981) kända arbete kritisera den materialiserade rätten för att den »utifrån» definierar vad som skall anses vara rätt för aktörerna i sociala subsystem och härigenom förstör traditionella livsmönster. I denna mening kan den materialiserade rätten sägas vara *odemokratisk*. Från konservativa utgångspunkter har samma typ av kritik koncentrerats i det kända begreppet »*förmyndarsamhälle*».

Teubner själv är uppenbarligen — även om man stundom tolkat honom på annat sätt — mindre engagerad i denna »närdemokratiska» aspekt av den reflexiva rationaliteten: »The main goal is neither power-equalization nor an increase of individual participation in the emphatic sense of »participatory democracy«. Rather, it is the design of organizational structures which makes the institutions — corporations, semi-public associations, mass media, educational institutions — sensitive to the outside

effects of their attempts to maximize internal rationality» (*Teubner* 1983 s. 278; jfr dock s. 275: »law must act at the Subsystem-specific level to install, correct, and redefine democratic self-regulatory mechanisms.»).

När man diskuterar utvecklingen av *kontraktsrättsliga* normer, avsedda att tillämpas vid tvister mellan enskilda parter, är denna typ av kritik knappast träffande. Inte ens en tvingande kontraktsrättslig lagstiftning påtvingar parterna lösningar som ingendera önskar; den *begränsar* blott en avtalsparts möjligheter att utnyttja den statliga maktapparaten för att verkställa kontraktets innehåll *mot den andra partens vilja* och inskränker m.a.o. möjligheterna att begagna denna apparat i ett asocialt syfte. Vill *vardera* parten under hela den tid kontraktsförhållandet består iakttä andra normer hindrar lagstiftningen dem inte. Ingen tvingar konsumenten att åberopa sina rättigheter enligt konsumentskyddslagstiftningen (se även *Reifner* 1980 s. 377).

Kontraktsrättsliga tvister löses i flertalet fall utanför domstolarna. Lagstiftningens funktion blir här att tillhandahålla det fundament, på grundval av vilket parterna kan förhandla om en lösning av tvisten. En lagstiftning som stöder en svagare part (som beaktar hans behov) stärker härvid hans förhandlingsposition. I denna mening kan man säga att en materialiserad kontraktsrätt är en *förutsättning* för en »reflexiv» tvistlösning (se även *Tonner* 1985 s. 121). Endast mot bakgrunden av en sådan lagstiftning kan parterna i mer jämbördiga förhandlingar inbördes reda ut sina meningsskiljaktigheter. Maktproblemet kräver en materiell lösning (se t.ex. *Reich* 1984 s. 283 f.).

Detta gäller åtminstone i det kortare (rättsdogmatiska) tidsperspektiv som anlagts här. I ett längre (samhällsfilosofiskt) perspektiv kan man naturligtvis tänka sig ett samhälle där kontraktsrelationerna helt omstrukturerats så, att förhandlingsstyrkan mellan parterna utjämnats (vilket förespeglar den reflexiva rättens protagonister, se t.ex. *Hydén* 1984 s. 42). En genuint reflexiv kontraktsrätt förutsätter uppenbarligen en genomgripande decentralisering och demokratisering av det ekonomiska systemet (så även *Eriksson* 1986 s. 286).

Den här omtalade typen av kritik kan således i detta arbetes korta tidsperspektiv knappast åberopas mot en utveckling av den materiella rationaliteten i kontraktsrättens allmänna läror. Det kan tvärtom sägas

föreligga ett behov att låta de materiella dragen i rättsutvecklingen i högre grad avspegla sig i de fortsättningsvis relativt formella allmänna lärorna. Den relevanta frågan blir inte, om det behövs materiella läror, utan snarare, *vilka* materiella element som är ägnade att stöda ett sådant ökat konkret självbestämmande över den egna livssfären, som anhängarna av den reflexiva rätten på goda grunder anför som ett positivt mål för rättsutvecklingen. Ett möjligt svar lyder: de element som närmast anknyter till parternas konkreta behov. En utveckling av de *behovsorienterade elementen* i kontraktsrätten utgör också målet för detta arbete.

(ii) Man hävdar emellertid också, att den materialiserade rätten varit *ineffektiv*, att man genom rättsliga regleringar i praktiken inte lyckats uppnå de sociala mål som man eftersträvat (man talar om »Rechtsversagen», se t.ex. *Reich* 1984 s. 272 ff.). Samhället är helt enkelt så komplext, att sådana regleringar inte kan leda till önskat resultat. Det förefaller dock förhastat att härav dra slutsatsen att den materiella rationaliteten bör överges. Att de materiella lösningarna inte »lyckats» kan likaväl bero på, att man de facto inte på allvar ens sökt förverkliga de mål man sagt sig eftersträva. Kritiken mot rättens misslyckande kan ha fel objekt: det kan lika så gott vara fråga om den förda politikens misslyckande.

Som *Dieter Hart* (1984 s. 77 ff.) riktigt påpekar, kan det som han kallar proceduraliseringar utnyttjas såväl i syfte att avlasta de materiella regleringarna som för att stärka effektiviteten hos dem. Reflexiva element i rättsordningen kan bidra till att minska de materiella regleringarnas effektivitetsproblem och härigenom minska tyngden av kritiken mot sådana regleringar.

M.a.o.: en fungerande social kontraktsrätt förutsätter åtgärder som bygger på vardera slagen av rationalitet. De materiella och de reflexiva elementen stöder varandra: de materiella normerna t.ex. i KSL vore långt ineffektivare utan lagens procedurella och organisatoriska lösningar; de nya konsumentskyddande organens verksamhetsmöjligheter vore å andra sidan mycket begränsade om de inte hade en materiell reglering att stöda sig på. Utvecklingen av kontraktsrättens allmänna läror siktar mot en förstärkning av detta materiella stöd.

1.2. Frågeställning m.m.

1.2.1. Allmänt

Ovan har betonats de allmänna lärornas betydelse och oundgänglighet. För en framtidsinriktad rättsdogmatik, som söker i djupare mening alternativa rättsliga lösningar, måste just de allmänna lärorna utgöra det centrala forskningsobjektet. Rättsvetenskapens synfält avgränsas av de allmänna lärorna (de godtagna begreppen, de allmänna rättsprinciperna och systematiken); endast genom en utveckling av dessa kan rättsvetenskapen på ett tillräckligt sätt beakta de möjligheter samhällsutvecklingen erbjuder.

Objektet för det föreliggande arbetet är *kontraktsrättens allmänna läror*. Analysen riktar sig mot framtiden. Målet är att klargöra vissa nya möjligheter för utvecklingen av kontraktsrättens (materiella) allmänna läror som kan skönjas i det konkreta rättsmaterialet såväl från detta område som från andra områden av civilrätten.

En central angreppspunkt är den kontraktsrättsliga *begreppsapparaten*. Det konkreta rättsmaterialet på civilrättens och kontraktsrättens område innehåller embryon till nya systematiska begrepp, som möjliggör nya frågeställningar. Den första delen av arbetet innehåller ett försök att i det material som presenteras peka på sådana nya alternativ (kap. 3). Därefter diskuteras huruvida och i vilken utsträckning detta konkreta material kan läggas till grund för en »principväxling» av tidigare beskrivet slag. Under vilka förutsättningar och på vilket sätt kan och bör man sträva till att skapa mer generella principer av de ansatser till ett nytänkande som kan spåras i det konkreta rättsmaterialet (kap. 4—5)?

Tidigare har anförts att de allmänna lärornas generella begrepp är mer okänsliga för de konkreta behov som rättsordningen borde tillgodoses. Dagens allmänna läror i civilrätten kan också på goda grunder kritiserats för att vara alltför generella. Den abstrakta begreppsbildningen inom civilrätten förhindrar i hög grad en diskussion av de konkreta parternas ekonomiska och sociala behov och dessas betydelse för ifrågasvarande rättsliga avgörande. Man kan också, som nämnts, hävda, att användningen av mer generella rättsbegrepp ökar rättsordningens rela-

tiva autonomi i förhållande till samhället. Ett mål för en förnyande civilrättsdogmatik bör därför vara att skapa *nya* rättsbegrepp och nya argument som bryter genom de civilrättsliga lärorens abstrakta fasad och närmar den juridiska diskursen till den samhälleliga. Det räcker inte att blott utnyttja de vedertagna begreppen på ett nytt sätt.

Civilrättens höga abstraktionsnivå upprätthålls bl.a. med hjälp av de *juridiska rollbegreppen* (se närmare kap. 2). Man talar om säljaren A och köparen B, borgenären C och gäldenären D, ägaren E och icke-ägaren F o.s.v., utan hänsyn till vem som i det konkreta fallet döljer sig bakom dessa begrepp; i en traditionell civilrättslig analys stöter vi sålunda mer sällan på juris professor A, hamnarbetaren B, det stora industriföretaget C, fetknoppen D, österbottningen E o.s.v. Den ovannämnda kritiken mot civilrättens allmänna läror har uppenbarligen sin udd riktad just mot det sätt på vilket parterna beskrivits i det civilrättsliga systemet (jfr även *Zinke* 1982 s. 163 ff., som anser just en konkretisering av parterna utgöra en förutsättning för en »politisk» argumentation i civilrätten). Detta blir en viktig angreppspunkt för en rättsdogmatik som strävar efter att öka civilrättens potential att tillgodose de konkreta parternas ekonomiska och sociala behov.

I debatten kring möjligheterna för en alternativ rättsdogmatik har man ibland betonat, att många problemställningar skulle vara relativt immuna mot en socialt betingad juridisk analys just därför att parternas juridiska egenskaper (roller) som sådana utesluter ett hänsynstagande till parts samhälleliga ställning (se t.ex. *Aarnio* 1979 s. 196 f.). I en sådan inställning förefaller man dock inte beakta, att redan valet av den juridiska roll som skall utgöra systematiseringsgrundlag innehåller ett implicit *ställningstagande*. Den juridiska beskrivningen av parternas relevanta egenskaper kan utvecklas och utvecklas de facto fortgående. I detta arbete diskuteras just möjligheterna att skapa nya mer sociala partsbeskrivningar i kontraktsrätten. De nya begreppen utnyttjas sedan vid en diskussion av vissa allmänna kontraktsrättsliga principer.

Med en annan formulering kunde man också säga att arbetet gäller möjligheterna att öka tyngden av vissa nya typer av (personrelaterade) argument i den kontraktsrättsliga argumentationen.

1.2.2. *Mot en »social civilrätt«*

Med begreppet »social civilrätt», som används flitigt i den civilrättsliga litteraturen, avser man i allmänhet i första hand att ge uttryck för civilrättens materialisering i form av skyddsnormer för den svagare parten i ett rättsförhållande (se t.ex. *Wilhelmsson* 1984 s. 18 ff.). Velfärdsstatens mål uppfattas framträda i kontraktsrätten just genom denna skyddsprincip.

Granskar man de kännetecken som ovan (1.1.4.2.) angivits vara utmärkande för velfärdsstaten inser man emellertid lätt, att de kontraktsrättsliga regleringar, i vilka skyddsprincipen framträder, endast delvis förverkligar detta samhällsideal. Genom regleringarna strävar man framför allt till att förbättra tillgången till och kvaliteten på de kommersiella tjänster (i mycket vidsträckt mening) som medborgarna erbjuds (jfr velfärdsstatens mål iii); envar medborgare kan, då han handlar i egenkap av konsument, hyresgäst, försäkringstagare etc. åberopa dessa regler. Det mål att *omfördela* (utjämna) *velfärden* mellan olika medborgargrupper som också anses prägla velfärdsstaten har däremot i mindre utsträckning uppmärksamats inom civil- och kontraktsrätten. Detta mål anses traditionellt falla inom socialrättens uppgiftsområde. I detta arbete diskuteras möjligheterna att notera det sagda målet också i kontraktsrätten. I vilken mån kan man tala om och befrämja framväxten av en *i denna mening social civilrätt* (eller kanske i ett ännu mer långtgående perspektiv en »civil socialrätt«)? Eller med en mer pretentiös formulering: i vilken grad kan man ersätta den traditionella kontraktsrättens *autonomi* med socialrättens *solidaritet* då man bygger upp kontraktsrättens allmänna läror?

Civilrättens — och framför allt arvsrättens — socialskyddsfunktion har analyserats av *Urpo Kangas* (1982).

Inom socialrätten utgör en parts ekonomiska och sociala ställning en naturlig del av rättsfaktumledet i många normer. Med hjälp av kriterier som anknyter här till avgränsas standardroller i socialrättens rolluppsättning. Då man söker utveckla en kontraktsrätt som är i ovan angiven mening social måste man ställa frågan om sådana kriteriers användbarhet också inom detta rättsområde: i *vilken utsträckning kan och bör parts*

ekonomiska och sociala ställning beaktas som kontraktsrättsligt rättsfaktum?

En parts ekonomiska och sociala ställning kan, såväl social- som civilrättsligt, tänkas bli beaktad i olika syften:

(i) Målet kan vara blott att kompensera olika typer av förluster genom att tilldela part förmåner i relation till vad han tidigare haft (att bevara *status quo*).

(ii) Målet kan vara att *omfördela* välfärden genom att ge mer åt den som har större behov.

Inom civilrätten känner man sedan gammalt normer av det förstnämnda slaget. Ett gott exempel är reglerna om skadeståndsberäkningen vid personskada: ju bättre ekonomisk ställning en skadelidande, som blivit arbetsoförmögen, haft före skadan, desto större skadestånd är han berättigad till. När man diskuterar utvecklingen av en social civilrätt är det emellertid normer av den senare typen som står i centrum för intresset. Här undersöks förekomsten av och möjligheterna att utveckla kontraktsrättsliga normer, som stärker ställningen för ekonomiskt och socialt svaga grupper i samhället eller — med en precisare formulering — som (i någon utsträckning) tillgodoser sådana gruppers ekonomiska och sociala behov. Nyckelbegreppet i den fortsatta framställningen är således *behovsorientering*. Arbetet innehåller ett försök att utveckla kontraktsrättens allmänna läror i en mer behovsorienterad riktning.

En mer detaljerad beskrivning av vad som här avses med behovsorientering ges senare (2.3.2.)

1.2.3. *Civilrätt/verkställighet*

I *verkställighetsskedet* har man länge fäst visst avseende vid den parts ekonomiska behov, mot vilken verkställigheten riktas. Egendom och inkomst som behövs för att trygga åtminstone ett existensminimum för gäldenären kan inte utmätas.

Från utmätning skall som känt undantas bl.a. gäldenärens och hans familjs nödiga gång- och sängkläder, sängar och outhärliga möbler och husgeråd, nödiga arbetsredskap samt förråd för en månads underhåll, ifall detta finnes oundgängligt för gäldenären (UL 4:5). Av gäldenärens lön skall enligt huvudregeln från utmätning undantas två tredjedelar, dock alltid

så mycket som gäldenären anses behöva till underhåll av sig och sin familj (UL 4:6).

I tillägg till de allmänna begränsningarna i möjligheterna till verkställighet mot en ekonomiskt utsatt gäldenär har man år 1973 infört längre gående lättnader för en person som drabbats av det som i detta arbete (se särskilt kap. 5) betecknats som »*socialt prestationshinder*». Enligt UL 4:6a får en större del av lönen undantas från utmätning, om gäldenärens betalningsförmåga till följd av *sjukdom, arbetslöshet eller annan särskild orsak* är väsentligt nedsatt. I det nya stadgandet om undantag från utmätning av näringsinkomst i UL 4:8a ingår samma konstruktion: större undantag från utmätning får göras om gäldenärens betalningsförmåga är väsentligt nedsatt till följd av *underhållsskyldighet eller sjukdom eller av någon annan särskild orsak*.

Begränsningarna i rätten till verkställighet har emellertid inte påverkat den materiella lösningen av de civilrättsliga tvisterna. Detta innebär att frågan om möjligheterna att beakta gäldenärens ekonomiska behov har *utdefinierats* från civilrättens område och gjorts till en ren verkställighetsfråga som civilrätten inte behöver befatta sig med. Ett mål för detta arbete är just att *föra in problematiken i själva civilrätten*.

Jfr Reifner (1980 s. 387): »Die im Sozialstaat konsequentere Lösung wäre jedoch, schon dem materiellen Recht jenes soziale Öl beizugeben, das oft in der Zwangsvollstreckung nichts mehr ausrichtet».

1.2.4. Om det utnyttjade materialet

På grunder som tidigare (1.1.3.) angivits söks byggstenarna för de läror som här diskuteras bland de traditionella auktoritativa rättskällorna — främst lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och rättsvetenskaplig litteratur. Det *utvecklingsperspektiv* som präglar framställningen har naturligtvis styrt urvalet av sådana byggstenar. Då arbetet är inriktat på framväxten av behovsorienterade element i rättskällematerialet och målet inte är att ge en komplett bild av alla de frågor som tas upp till behandling, framhävs vid analysen av praxis kring reglerna om jämkning av skadestånd och avtalsvillkor de rättsfall, i vilka jämkning skett på grundval av en behovsorienterad argumentation. De rättsfall där ett jämkningsyrkande förkastats eller där jämkning skett på andra grunder är däremot i före-

liggande sammanhang av mindre intresse, trots att de naturligtvis vore relevanta vid en allsidig analys av jämkningsinstitutet. De rättsfall — liksom också annat auktoritativt material — som behandlas här ger uttryck för de rättsliga *möjligheter* till behovsorienterade avgöranden som står till buds (se ovan 1.1.4.1. p. iii). Dessa möjligheter elimineras inte av att man i något annat rättsfall frånkänt behovsorienterade synpunkter relevans.

Beträffande rättsfallen är det ännu skäl att påpeka, att de analyseras uteslutande i egenskap av rättskällor. Intresset riktar sig mot deras användbarhet som *justifikation* av mer behovsorienterade allmänna läror. Därför beskrivs blott avgöranden, i vilka man mer eller mindre explicit tillgripit behovsorienterade motiveringar. Endast sådana avgöranden kan nämligen återopas som uttryck för att behovsorienterade argument betraktas som rättsligt legitima. Frågan, i vilken utsträckning man eventuellt härutöver i det fördolda — med hänvisning till andra argument — fäst avseende vid parternas behov, kan och behöver inte beröras här.

I en liten rättskultur som den finska är det konkreta material som står till förfogande för en undersökning av föreliggande slag relativt begränsat. Även om framställningen avser *finsk rätt* har därför visst auktoritativt material — framför allt rättsvetenskaplig litteratur — även från svensk rätt beaktats. Kontraktsrättens allmänna läror i den form som de erhållit i rättslitteraturen har — åtminstone i stora drag — betraktats som en gemensam nordisk angelägenhet (varvid man från finsk sida traditionellt särskilt beaktat svensk litteratur). De finska och de svenska samhällena liknar i fråga om utvecklingen av de sociala och rättsliga värderingarna i så hög grad varandra att man också kan förutsätta att förslag till innovationer av de allmänna lärorna kan göras ur ett gemensamt perspektiv (se *Wilhelmsson* 1985 s. 195 ff.) — i den mån det konkreta rättsmaterialet inte klart visar motsatsen.

Det må genast förutskickas, att det med hänsyn till det föreliggande temat föreligger vissa skillnader i det konkreta rättsmaterialet i Finland och Sverige. Sålunda förefaller man för svensk rätts del inte kunna återopa en lika betydande mängd auktoritativa argument till förmån för en allmän lära om socialt prestationshinder som i finsk rätt.

Den internationella teoretiska diskussionen angående civilrättens utveckling har varit livlig. Denna diskussion har naturligtvis givit stöd för

utarbetandet av de mer teoretiska avsnitten i det föreliggande arbetet. Särskilt har avseende fästs vid den tyska debatten, i vilken man på ett intresseväckande sätt tvungits att konfrontera ett av de klassiska exemplen på en starkt abstraherande civilrätt (BGB) med nya samhälleliga behov (bl.a. i anslutning till planerna på en reform av obligationsrätten i BGB, se Gutachten und Vorschläge I—III).

I bokens sista kapitel presenteras ett visst komparativt material angående socialt prestationshinder. Användningen av detta material motiveras närmare i det sagda kapitlet.

2. KAP. OM KONTRAKTSRÄTTENS JURIDISKA ROLLER

2.1. Om juridiska roller

Det föreliggande arbetet har som objekt de kontraktsrättsliga rollbegreppen. I fortsättningen talas i många sammanhang om relevanta juridiska »roller». Det är därför skäl att precisera, vad som här åsyftas med en kontraktsrättslig roll.

Det är ingalunda någon nyhet att tala om roller i ett kontraktsrättsligt sammanhang. Man kan tvärtom i ett internationellt perspektiv påstå, att rollbegreppet upplever en högkonjunktur i kontraktsrätten (så för västtysk rätt *Köndgen* 1981 s. 192). Detta innebär dock inte att innehållet i detta begrepp vore klart och entydigt. I litteraturen har man inlagt mycket varierande betydelser i begreppet, och man har också varnat för en oreflekterad användning av ett sådant vagt begrepp (*Köndgen* 1981 s. 193, se även t.ex. *Rottleuthner* 1973 s. 135).

I den rättsvetenskapliga litteraturen med anknytning till kontraktsrätten har rollbegreppet använts åtminstone i följande olika betydelser (som naturligtvis delvis — men blott delvis — täcker varandra):

(i) Utgående från sociologins rollbegrepp kan »social roll» definieras som det komplex av *förväntningar*, som anknyter till en viss *social position*. Juridiskt sammanfattas i rollen de handlingsnormer som samhället uppställt för innehavaren av en sådan position (se t.ex. *Rehbinder* 1968 s. 162 ff., *Wüstmann* 1972, *Rebe* 1978 s. 55 och *Köndgen* 1981 s. 193 ff.).

(ii) I debatten kring utvecklingen av konsumentskyddet talar man om den *ekonomiska roll* i vilken en person uppträder på marknaden (se t.ex. *Reich* 1977 s. 191 f., *Westermann* 1983 s. 9).

(iii) De ovannämnda, mer elaborerade rollbegreppen kan utnyttjas för en *specialisering* av de kontraktsrättsliga normerna (så t.ex. *Köndgen* 1981 s. 198: »... ist Rolle primär ein Konzept der *Normdifferenzierung*»). Stundom används rollbegreppet också mer allmänt för att peka på förekomsten av normer, som på olika sätt specialiserats. Motsatsen till »roll» i denna betydelse är det generella »person»; som rollbegrepp nämns t.ex. »köpman», »arbetstagare», »hyresgäst» och t.o.m. »köpare» och »säljare» (så t.ex. — trots den teoretiska anknytningen till det sociologiska rollbegreppet — *Rehbinder* 1968 s. 160 ff.).

(iv) Man kan också utnyttja rollbegreppet helt enkelt för att beskriva det sätt på vilket man i traditionella rättsregler *bortser från parternas personliga egenskaper*. Motsatsen till rollbegreppen (t.ex. »säljare» och »köpare») är här begrepp som innehåller en beskrivning av egenskaperna hos ifrågavarande part (så t.ex. *Zinke* 1982 s. 168).

I detta arbete används rollbegreppet på ett sätt som inte fullt ut kan hänföras under någon av de ovannämnda punkterna. Då målet är att analysera den kontraktsrättsliga begreppsapparatusens utveckling från mer generella i riktning mot mer specifika, personrelaterade begrepp är det inte ändamålsenligt att utnyttja ett rollbegrepp, som täcker blott en del av de undersökta alternativen. Utgår man från, att blott normer som är i viss grad specialiserade kan vara bärare av »roller» (ovan p. i—iii), råkar man in i ofructbara diskussioner kring frågan, i vilka fall utvecklingen nått så långt att rollbegreppet är applicabelt; diskvalificerar man å andra sidan mer personrelaterade begrepp som »rollbegrepp» (ovan p. iv) uppkommer motsvarande problem i den andra ändan av skalan. Det rollbegrepp som används här bör omfatta såväl det generella »person» som detaljerade beskrivningar av en parts personliga (ekonomiska och sociala) egenskaper.

Med (*juridisk*) *roll* avses här helt enkelt det sätt på vilket man i *en rättsnorm beskriver de parter som normen gäller*. Ett sådant rollbegrepp kan sakna hänvisning till parts personliga egenskaper (ovan p. iv), men kan också vara personrelaterat; det kan vara generellt, men även specialiserat (ovan p. iii), t.ex. på grundval av hänsyn till parts sociala position (ovan p. i) eller hans funktion på marknaden (ovan p. ii).

I de sistnämnda fallen är det likväl naturligtvis inte fråga om ett direkt övertagande av sociologiska och ekonomiska roller. De juridiska roll-

begreppen är normativa begrepp som utvecklas på grundval av rättskällorna. »In der Rechtspraxis wird nun »künstlich« der »natürliche« soziale Prozess der Rollendefinition nachgebildet, sozusagen simuliert». (BGB-Kommentar s. 63).

Det sagda innebär, att rollbegreppet här används på annat sätt än i allmänt språkbruk och det motsvarar inte heller — som ovan framgått — rollbegreppet i andra samhällsvetenskaper. Typiskt för ett sådant »naturligt» rollbegrepp är uppenbarligen den ifrågavarande aktörens möjlighet att inträda i olika roller beroende på det sammanhang i vilket han befinner sig. »Rollen» är avskild från »personen själv». Det juridiska rollbegreppet i detta arbete täcker emellertid såväl de fall där en part agerar i en utbytbar (egentlig) roll som de fall i vilka han i högre eller lägre grad »spelar sig själv». Avgörande är här blott, vilka slags partsbeskrivningar som av rättsnormerna utpekats som relevanta att uppföras på den juridiska scenen.

Ifall man ville beskriva den utveckling som här åskådliggörs inom ramen för det juridiska rollbegreppet — från formella roller till personrelaterade roller — med hjälp av ett »naturligt» rollbegrepp av ovan angivet slag, skulle formeln lyda: från »roller» mot »verkliga egenskaper».

2.2. Utvecklingen av kontraktsrättens rollstruktur

2.2.1. Kontraktsrättens materialisering och förändringar i rollstrukturen

De förskjutningar i de rättsliga rationalitetsstrukturerna som ägt rum under innevarande århundrade (se ovan 1.1.4.3.) har naturligtvis återspeglats även i den juridiska begreppsapparaten. Den formella rättens begreppsapparat räcker inte till för en materialiserad kontraktsrätt. Regleringar som bygger på en materiell rationalitet förutsätter nya rollbegrepp.

I en kontraktsrätt som behärskas av den formella rationaliteten dominerar formella rollbegrepp, som helt saknar personlig referens. Grundsatsen om allas likhet inför lagen anses i det civilrättsliga regelsystemet i princip utesluta allt hänsynstagande till parternas sociala ställning och funktion på marknaden.

Den finska civilrättens klassiker *Robert Montgomery* (1889 s. 311 f.) betonar: »Att lagen bör vara lika för alla är en i sjelfva rättsidéen liggande grundsats, som icke inom någon del af rättssystemet medgifver och kräfver ett fullständigare genomförande än inom den allmänna privaträtten... Sådan af stånd, yrke, boplatz inom statsområdet (land eller stad) m.m. beroende olikhet i rättslig ställning, hvilken väsentligen egt sin grund och motsvarighet i den offentliga rätten, har den nyare lagstiftningen efterhand utjemnat, så att inom privaträtten... föga deraf återstår...»

De formella rollbegreppen utmärks framför allt av den mer eller mindre obegränsade *utbyttbarheten* hos aktörerna. Samma regler skall gälla oberoende av vilken fysisk eller juridisk person som iklätt sig ifrågavarande juridiska roll. Endast i vissa bestämda särfall kan den ifrågavarande personens särskilda egenskaper ha relevans: som ett exempel må nämnas minderårigs rättshandlingsförmåga.

Montgomery (1889 s. 312 ff.) noterar att fysiska personers privaträttsliga ställning i någon mån kan påverkas av deras

- kön (främst inom familjerätten)
- ålder
- hälsa (främst själssjukdom)
- skyldskap och svägerlag
- medborgarrätt, lands- eller stadsrätt, boningsort
- religiös trosbekännelse och medborgerlig ära.

Förteckningen påminner i hög grad om motsvarande uppräknings i den nu utnyttjade läroboken i civilrätt (*Kivimäki—Ylöstalo* 1981 s. 146 ff.), där man som omständigheter vilka kan betinga skillnader i olika personers civilrättsliga ställning nämner

- egenskapen att vara utlänning
- kön
- stånd eller börd (inom barnrätten)
- religion och ras, vilka dock sägs numera inte ha civilrättslig betydelse
- god frejd
- hälsa
- förmögenhetsställning
- skyldskapsförhållande
- yrke
- hemvist.

Bland de nya omständigheterna som införts kan här särskilt uppmärksammas noteringen av förmögenhetsställning och yrke; dessa pekar redan mot mer personrelaterade rollbegrepp.

Materialiseringen av kontraktsrätten har ansetts medföra en regle-

ringssstil som i högre grad än tidigare differentierar mellan olika parter. Denna utvecklingstendens har beskrivits på varierande sätt av olika författare.

Manfred Rehbinder (1968 s. 161 f.) diskuterar rättsstrukturens utveckling med hjälp av trikotomin Status-Kontrakt-Rolle (varvid »roll» används i den begränsade mening som anges ovan i 2.1. p. i och iii). Medan centralbegreppet för den individualistiska rättsuppfattningen (= den formella rätten) var det individualitetslösa rättsbegreppet »Person», särskiljer socialstatens rätt människorna i enlighet med deras ställning i socialsystemet. Denna rätt är m.a.o. en rätt som tänker i sociala roller. Människan framträder i rätten inte längre som en abstrakt person, utan som arbetsgivare och arbetstagare, som arbetare, anställd eller handelsrepresentant, som tillfällighets- och återfallsförbrytare o.s.v. Ju mer differentierat samhällslivet blir, desto större antal sådana roller måste man utforma (s. 169). — En motsvarande allmän beskrivning av privaträttens strukturförändring presenterar t.ex. *Bernd Rebe* (1978 s. 54 ff.) under rubriken »Vom universalen Menschenbild zur sektoralen Rollenerwartung».

På ett allmänt rättsvetenskapligt plan har i Norden t.ex. *Tove Stang Dahl* (1985 s. 29 ff.) fäst uppmärksamheten vid framväxten av vad hon kallar *personinriktade discipliner*, såsom barnrätt, utlänningsrätt, fångrätt, patienträtt och konsumenträtt samt kvinnorrätt. Även *Torstein Eckhoff* (1985 s. 84) konstaterar, med hänvisning till samma exempel, att det under senare år förelegat »en viss interesse for å etablere fag som har bestemte persongrupperes rettsstilling som sine emneområder».

Jfr även de parallella iakttagelserna angående domstolsprocessens utveckling hos *Kevät Nousiainen* (1985 s. 74): en process, som blott koncentrerar sig på en »rättsligt relevant» del av verkligheten och förbigår parternas förflutna och framtid och samhälleliga bundenheter, minskar i betydelse till förmån för en process, i vilken parterna deltar i en viss social egenskap, t.ex. som arbetsgivare, arbetstagare, konsument eller näringsidkare.

I litteraturen har man också närmare diskuterat speciella aspekter av de materialiserade normernas tilltagande partsdifferentiering. Ett omdebatterat exempel från västtysk rätt utgör *Klaus Hopt*s (1983) analys av framväxten av en »*Berufsrecht*» som en konkretisering (se s. 663 ff.) av de privaträttsliga normerna; en på yrkesroller grundad »Berufshaf-

tung» sägs växa fram mellan och över det kontrakts- och skadeståndsrättsliga ansvaret. Liknande tendenser åberopas av *Johannes Köndgen* (1981; se betr. *Berufsrecht* allmänt s. 216 ff., 352 ff.): rollförväntningar konkretiserar lagens färglösa »Werkunternehmer» till arkitekt, researrangör, tandläkare eller operasångare (s. 203). — Utvecklingen framgår också av rättspraxis kring de civilrättsliga generalklausulerna. Man har t.o.m. påstått, att »das Denken in *sozialen Rollen* wird in § 242 zum dominierenden Normierungsstil»; detta möjliggör bl.a. att man definierar en grundtanke, såsom »profession», »konsument» eller ekonomisk funktion, till hjälp för tolkningen (BGB-Kommentar s. 63 f.).

Här bör påpekas, att inte alla västtyska författare är beredda vare sig att se eller att acceptera en utveckling mot en större differentiering mellan olika parter. En betydande del av den teoretiska diskussionen kring denna problematik har under senare tid förts i anslutning till frågan, huruvida man bör utveckla en särskild konsumenträtt (konsumentroll). Bland kritikerna märks t.ex. *Barbara Dauner-Lieb* (1983, t.ex. s. 150), som betonar att utvecklingen av en särskild privaträtt för konsumenter skulle medföra djupgående systemförändringar, då den inte kan rättfärdigas i överensstämmelse med marknadsekonomins principer och då den inte motsvarar systematiken i den gällande, allmänna privaträtten.

Om man får tro vad som sagts i de utdrag ur västtysk och annan rättslitteratur som ovan presenterats har privaträttens — och härmed också kontraktsrättens — materialisering således inneburit en tilltagande partsdifferentiering. Utgående från det juridiska rollperspektivet (så som detta definierats ovan 2.1.) kunde man också säga att materialiseringen innefattat en *rollspecialisering*. En djupare förståelse för, hurudana typer av specialiserade roller utvecklingen framkallat, erhåller man dock knappast blott på grundval av den refererade litteraturen. Man har här ofta beskrivit den ökande partsdifferentieringen (»personinriktningen», »rollprogrammeringen» etc.) på ett föga analytiskt sätt. Exemplena på ifrågasatt tendens varierar också från författare till författare. Någon författare kan t.ex. som tidigare framgått nämna redan »köpare» och »säljare» eller »hyresvärd» och »hyresgäst» som uttryck för rollspecialisering (i här avsedd mening), medan andra fäster avseende först vid framväxten av en konsumentroll eller vid utvecklingen av specifika yrkesroller. En närmare analys av de olika typer av rollbegrepp som kontraktsrättens materialisering medfört är därför här nödvändig.

Kontraktsrättens materialisering har som känt haft en tyngdpunkt i framväxten av skyddsprincipen, av normer som har till syfte att i någon utsträckning skydda kontraktsförhållandets svagare part. Av särskilt intresse är av denna anledning det sätt på vilket man definierat en sådan skyddsbehövande part i de kontraktsrättsliga normerna. Man förefaller kunna skilja mellan (åtminstone) tre typer av »svagarepartsroller», vilka beskrivs närmare i det följande:

- (i) formella roller,
- (ii) funktionsrelaterade roller och
- (iii) personrelaterade roller.

Uppräkningen innehåller också ett visst tidsperspektiv. De formella rollerna uppträder tidigare än många funktions- och personrelaterade roller. Detta innebär inte att de formella rollerna i dag skulle ha mist sin betydelse. På samma sätt som den formella rättsliga rationaliteten — till vilken man i metodologiskt avseende kan hänföra de (innehållsligt materiella) formella skyddsrollerna — fortfarande spelar en viktig roll i rätten, är de formella kontraktsrättsliga rollbegreppen också i dag centrala. De har blott delvis kompletterats och ersatts av funktions- och personrelaterade rollbegrepp.

2.2.2. *Formella skyddsroller*

De missförhållanden som marknadsekonomin och dess formella rättsliga rationalitet gav upphov till — som växte fram ur motsättningen mellan rättslig privatautonomi och ekonomisk och social ojämlikhet — ledde redan tidigt till korrigerande lagstiftningsåtgärder av olika slag. Även om dessa åtgärder *innehållsligt* var betingade av en spirande *materiell rättslig rationalitet* sökte man länge upprätthålla den *formella rationaliteten* på det *metodologiska* planet. Detta innebar bl.a. att den *civilrättsliga begreppsapparaten* bibehölls *på en formell nivå*. Svagarepartsrollerna beskrevs med hjälp av formella rollbegrepp.

Detta kunde på kontraktsrättens område åstadkommas genom att man avgränsade de materiella regleringar som infördes med hjälp av indelningen i *avtalstyper*. I lagstiftningen uppmärksammades sådana avtalstyper, där missförhållandena generellt sett var påfallande p.g.a. att av-

talsparternas förhandlingsposition av olika orsaker i normalfallet framträdde som uppenbart skev. Som exempel kan nämnas lagstiftningen om hyra, lega, avbetalningsköp och försäkringsavtal.

Den på formella rollbegrepp uppbyggda skyddslagstiftningen utmärks av, att en part kan åberopa det skydd reglerna erbjuder honom oberoende av, huruvida han i det konkreta fallet är svagare än sin motpart, och utan hänsyn till om han ingått avtalet inom ramen för sin privata konsumtion eller för sin affärsverksamhet. Samma tvingande regler gäller enligt FAL såväl för den privata hemförsäkringen som för storföretagets brandförsäkring. De personer som döljer sig bakom försäkringstagarbegreppet är *fullständigt utbytbara*.

Dessa rollbegrepp är m.a.o. ännu helt »inomjuridiska». Rollerna bestäms uteslutande av det ifrågavarande *rättsförhållandets art*, utan hänsyn till omständigheter utanför detta. I denna mening kan de i överensstämmelse med den formella rationalitetens krav sägas vara anknutna till *sak* och inte till person, trots att det innehållsliga syftet med regleringarna ofta varit att skydda en bestämd persongrupp.

2.2.3. Funktionsrelaterade roller

Under senare år har nya rollbegrepp, som systematiskt skär genom de kring avtalstypen uppbyggda traditionella rollerna, vunnit insteg i kontraktsrätten. I lagstiftningen har man i vissa fall fäst avseende vid det *syfte* i vilket en part ingår ett avtal och vilken funktion han spelar på marknaden (hans »ekonomiska roll», se ovan 2.1. p. ii). Kvaliteter och omständigheter av sagda slag, vilka faller »utanför» själva rättsförhållandet, indras i avgränsningen av rättsnormernas tillämpningsområde. En roll, som grundas på en sådan avgränsning, kallas här funktionsrelaterad.

Den centrala funktionsrelaterade svagarepartsrollen i finsk rätt är, som tidigare redan antytts, *konsumentrollen*. Som konsument betraktas enligt KSL 1:4 en person, som anskaffar konsumtionsnyttigheter huvudsakligen för sitt personliga bruk eller för att användas i hans privata hushåll. Konsumentskyddslagstiftningen tillämpas på förhållandet mellan en sådan konsument och en näringsidkare (definierad i KSL 1:5). De normer som skall komma till användning på en och samma formellt-

juridiska avtalstyp kan m.a.o. variera, beroende på vilka funktionsrelaterade roller parterna i det enskilda fallet uppträtt i (i vilket syfte anskaffningen av ifrågavarande nyttighet skett).

Redan långt före konsumentskyddslagstiftningens framväxt har rollen som *köpmän* — och därmed också motsatsen icke-köpmän — haft en viss betydelse i kontraktsrätten. I den skandinaviska köprätten har distinktionen mellan handelsköp och civila köp, som bygger just på användningen av denna rollfigur, varit relevant (se. t.ex. *Hellner* 1982 s. 37 ff.). När *Kivimäki—Ylösto* (1981 s. 158 ff.) nämner, att en persons yrke påverkar den civilrättsliga bedömningen, är det också främst egenskapen att vara köpmän som man har i åtanke. — Utvecklingen av särregler för konsumentförhållanden har lett till att man i den allmänna köplagstiftningen ansett sig kunna uppge distinktionen mellan civila köp och handelsköp (*NU* 1984: 5 s. 169 f., *Reg. prop.* 93/1986 s. 19). — Jfr *Dauner-Lieb* (1983 s. 46 ff.) som beträffande tysk rätt hävdar, att den traditionella distinktionen köpmän/icke-köpmän inte primärt har något att göra med köpmannens mindre skyddsbehov och därför inte kan utnyttjas för att juridiskt legitimera konsumentskyddande åtgärder (se även t.ex. *Lieb* 1983 s. 356 f.; ståndpunkten kritiserar t.ex. av *Schuhmacher* 1986).

Konsumentbegreppet har i finsk rätt i dag betydelse långt utöver frågan om tillämpningsområdet för KSL. För en skandinavisk jurist behöver knappast särskilt påvisas, att begreppet kan användas som hjälpmedel också då man diskuterar många civilrättsliga problem som ligger vid sidan om den sagda lagen. Konsumentrollen har blivit eller håller på att bli en central systematisk utgångspunkt vid uppbyggnaden av kontraktsrättens allmänna läror (på gott och ont).

Stödande sig på civilrättsteorin i vissa socialistiska länder har *Norbert Reich* (1974 s. 188) (utan framgång) föreslagit en långtgående omstrukturering av den västtyska förmögenhetsrätten i tre delområden: *Unternehmensrecht*, som berör rättsförhållandet mellan företag, *Verbraucherrecht* (konsumenträtt) och *Bürgerrecht*, vilken reglerar privata rättsförhållanden mellan medborgarna.

Det funktionsrelaterade konsumentbegreppet rycker inte, såsom de formella rollbegreppen, helt lös parten i fråga från hans sociala sammanhang. Det hänvisar å andra sidan inte till personliga egenskaper hos parten. Begränsningarna i utbytbarheten av de konkreta personer som kan spela den sagda rollen hänför sig sålunda blott till den ifrågavarande

handlingens syfte: då en person anskaffar varor för privat konsumtion kan han inte utbytas mot en näringsidkare. Då samma person kan spela olika funktionsrelaterade roller (han kan agera stundom som konsument, stundom som näringsidkare) råder det emellertid på *personplanet* en mer eller mindre fullständig *utbytbart*. Envar fysisk person kan agera som konsument och är i denna funktion utbyttbar mot vilken som helst annan person, när denne fyller konsumentfunktionen.

I den mån blott vissa slag av personer kan utföra vissa funktioner får de funktionsrelaterade rollbegreppen också personrelaterade verkningar. Så utesluter konsumentbegreppet t.ex. de juridiska personerna (åtminstone i de flesta fall, jfr *Reg. prop. 8/1977 s. 15*) från den krets av personer som kan spela ifrågakarande juridiska roll.

Det är naturligtvis möjligt att definiera konsumentbegreppet mer personrelaterat så, att vissa, exempelvis affärsmässigt erfarna (även fysiska) personer alltid — oberoende av handlingens syfte — faller utanför. Så har man t.ex. i västtysk debatt föreslagit, att köpmän, yrkesutövare etc. borde lämnas utanför tillämpningsområdet för vissa konsumentskyddande regler *även* då de handlar inom den privata sfären, då de ju kan utnyttja sin sakkunskap också här (Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages s. K 47 ff.). I regel utgår man dock också här från att »Die »Verbraucher-schaft« ist mit der Gesamtbevölkerung identisch» (*Simitis* 1976 s. 81, så även t.ex. *Westermann* 1983 s. 70, *Esser—Schmidt* 1984 s. 17).

Konsumentbegreppet signalerar m.a.o. ännu inte uppkomsten av en sådan social civilrätt som särskilt stöder ekonomiskt och socialt svaga grupper i samhället. För sådana grupper används visserligen i konsumentlitteraturen begreppet »riskkonsument». Någon juridisk roll har dock (ännu?) inte utvecklats på grundval av detta begrepp.

2.2.4. *Personrelaterade roller*

Längst bort från den formella begrepps-nivån ligger rollbegrepp som anknyter till personliga egenskaper hos de parter, vilkas relationer skall bedömas. Vid tillämpningen av dessa begrepp är *utbyttbarheten begränsad* till klassen av personer som uppvisar samma (relevanta) egenskaper. Kriterier som kunde utnyttjas för att avgränsa de personrelaterade rollerna är t.ex.

— sakkunskap

- yrke
- förmögenhetsställning
- samhällsklass
- kön.

När man fäster avseende vid personliga egenskaper hos dem som är inblandade i ett kontraktsrättsligt rättsförhållande kan detta ske i olika syften. Man kan finna en viss egenskap hos en person relevant därför att denna egenskap ger personen särskilda färdigheter — eller, när man talar om svagarepartsroller, brister i färdigheter — som bör beaktas vid bedömningen av hans handlande. I andra fall kan en personlig egenskap tillmätas betydelse därför att den avspeglar ett särskilt behov hos ifrågavarande part. De personrelaterade rollbegreppen i kontraktsrätten kan således indelas i (åtminstone) två undergrupper: (i) *förmågeorienterade personroller* och (ii) *behovsorienterade personroller*. Med en travesti på ett känt uttryck kunde man säga att de förstnämnda rollerna har samband med de mål som uttalas i förleden, de sistnämnda med den senare leden i uttrycket 'Envar bör bedömas efter sin förmåga, envar bör tilldelas efter sina behov'.

(i) *Förmågeorienterade personroller*. Kriterier som har samband med den personliga förmågan hos en part i ett rättsförhållande kan i flera avseenden ha betydelse för den rättsliga bedömningen av ifrågavarande förhållande. Reglerna om rättshandlingsförmåga utgör naturligtvis här det traditionella exemplet. En beskrivning av förmågeorienterade bedömningar i gällande kontraktsrätt behöver likväl inte begränsas till rollparet omyndig/myndig, som ju härstammar redan från den formellt rationella rättsmiljön. Utvecklingen av den materiella rationaliteten i kontraktsrätten har generellt ökat möjligheterna att i den rättsliga bedömningen beakta begränsningar i parts förmåga, vilka kan vara en följd såväl av t.ex. brister i erfarenhet och kunskap som av ett ekonomiskt eller annat avhängighetsförhållande till motparten.

Redan i samband med reglerna om rättshandlingsförmåga kan man nämna de begränsningar i en persons förmåga att fungera som förmyndare, rättegångsombud, skiljeman m.m. som följer av brister i dennes förmögenhetsställning eller av konkurs. Sådana fall omtalas av Kivimäki — Ylöstalo (1981 s. 155 f.) som exempel på hur en persons förmögenhetsställning kan påverka hans civilrättsliga status.

Förmågeorienterade kriterier har sedan gammalt haft särskild betydelse vid bedömningen av frågor som har samband med *avtals tillkomst*:

— Då man har att ta ställning till ett *avtals giltighet* är avtalsparts personliga egenskaper av betydelse också utöver vad som följer av reglerna om rättshandlingsförmåga. Redan ogiltighetsstadgandena i 28—33 §§ AvtL bygger på kriterier, vilkas tillämpning i någon utsträckning förutsätter hänsynstagande till den läderade partens personliga egenskaper. I stadgandet om verkan av ocker i 31 § AvtL har de mer eller mindre direkt personrelaterade kriterierna »trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning» upptagits i själva lagtexten. Generalklausulen om förfaranden som strider mot tro och heder i 33 § AvtL har också tillämpats bl.a. i fall där en part p.g.a. *ålder eller sjukdom* inte på ett riktigt sätt förmått bedöma en rättshandlings betydelse (se *Wilhelmsson* 1978 s. 61 ff.).

— Vid bedömningen av frågan om *standardvillkors bindande verkan* har man likaledes fäst avseende vid motpartens personliga förmåga. Ju mer sakkunnig och resursstark motparten är, desto lättare kan man acceptera att standarvillkor blir bindande mot honom (se t.ex. *HD 1977 II 103*, där HD uttryckligen hänvisade till att motparten var en person med långvarig erfarenhet av biluthyrningsverksamhet och anskaffning av bilar i samband därmed); är motparten mer resursfattig ställs högre krav på den information angående villkoren som bör ges till honom för att de skall bli del av avtalet (se *Wilhelmsson* 1984 s. 49).

— I den mån det utvecklas andra typer av *informationsplikt* i samband med avtal kan också denna antas vara mer sträng gentemot oerfarna och okunniga motparter.

Indirekt framgår detta av rättsfallet *HD 1981 II 49*. Fråga var om en fastighetsförmedlares skyldighet att för sin uppdragsgivare göra redo för vissa skattekonsekvenser av ett köp. HD fann att förmedlarens underlåtenhet härvidlag inte kunde betraktas som vållande, bl.a. med beaktande av att uppdragsgivaren hade erhållit merkantil utbildning och verkade inom affärslivet. — I västtysk rättspraxis har man i ett fall uttryckligen motiverat en kontraktsrättslig informationsplikt med hänvisning till kravet på »Redlichkeit vor allem gegenüber unerfahrenen Angehörigen der sozial schwächeren Bevölkerungsschicht» (BGH 27. 2. 1974, NJW 1974 s. 849 ff.).

— Också den kollektiva marknadsrättsliga regleringen i konsument-skyddslagstiftningen är uppenbart förmågeorienterad. Vid bedömningen

av lagenligheten hos marknadsföring bör man sålunda, enligt förarbetena till KSL, beakta, att vissa konsumentgrupper kan vara mer påverkbara än andra, varför marknadsföring som riktats till sådana grupper, »exempelvis barn, sjuka eller vissa grupper av handikappade» bör bedömas strängare än genomsnittet (*Reg.prop. 8/1977 s. 25 f.*). Också i marknadsdomstolens praxis har man upprepade gånger betonat att en strängare måttstock bör användas vid marknadsföring till *barn* (*MD 1980: 13, 1981: 9 och 1984: 11*) och *sjuka* (*MD 1982: 14 och 1983: 3*). Även om begrepp som omfattar persongrupper av nämnda slag ofta kan uppfattas som behovsorienterade är de här i första hand relaterade till ifrågavarande personers förmåga. Svaga målgrupper av sagda slag antas vara mindre kritiska och lättare att vilseleda än andra grupper (*Bernitz 1983 s. 150*).

Vid bedömningen såväl av frågor som står i samband med tillkomsten av ett avtal som vid preciseringen av parternas förpliktelser under avtalsförhållandets bestånd är *fackmannarollen* av väsentlig betydelse. Av en fackman krävs mer än av en person som inte har motsvarande sakkunskap (se t.ex. *Taxell 1972 s. 301*): en läkare, en advokat och andra liknande fackmän är underkastade en strängare bedömning än personer som inte uppträder i denna roll. »Fackmannen» kan t.o.m. sägas ha utvecklats till ett generellt civilrättsligt rollbegrepp: begreppet kan utnyttjas också då man bedömer t.ex. sakrättsliga godtrosfrågor (se t.ex. *HD 1980 II 39*, där man talar om en fackman i fråga om handel med värdepapper och bostadsaktier) eller spörsmål om skadeståndsrättslig culpa (se t.ex. *Saxén 1975 s. 34 ff.*) och jämkning (se t.ex. *HD 1982 II 103*, där man med beaktande av en skadeståndsskyldigs »sakkännedom» ålade honom att betala en större ersättning än övriga medskyldiga).

Fackmannens motsats — lekmannen — kan förekomma i en svagare partsroll. Fackmannabegreppet utnyttjas däremot snarare för att framhäva skyldigheterna hos den starkare parten i ett rättsförhållande. Här — där intresset är riktat mot olika typer av svagare partsroller — är det därför inte skäl att spilla mycket utrymme på fackmannen som civilrättslig rollfigur. Det är likväl skäl att konstatera att rollen inte är entydig. Då man talar om en fackmans ansvar, hans goda tro m.m. glider man nämligen ofta mer eller mindre omärkligt mellan två betydelseplan: ibland grundar man argumentationen på ifrågavarande persons konkreta (existerande) sakkunskap, ibland åter på den sakkunskap han kan förutsättas (bör) ha. Det förekommer m.a.o. två olika fackmannaroller:

— Vanligare är att man utgår från att man i samband med en viss verksamhet kan *förutsätta* en viss grad av sakkunskap (jfr det sociologiska roll-

begreppet ovan 2.1. p. i). Detta krav på sakkunskap läggs till grund för bedömningen oberoende av om den person det är fråga om i det enskilda fallet innehaft sådan sakkunskap (se t.ex. *HD 1980 II 49*, där en entreprenör inte som grund för ansvarsbefrielse kunde åberopa den omständigheten att man inte hade tillräcklig geoteknisk sakkunskap, då man kunde förutsätta att bolaget som en rörelse inom ifrågavarande bransch hade denna kunskap). I de fall där fackmannabegreppet utnyttjas på ifrågavarande sätt är begreppet personrelaterat blott i den meningen att det förutsätter att personen i fråga verkar inom en viss bransch eller idkar en viss typ av verksamhet (jfr de tyska »Berufsrollen»; se även *Taxell 1972 s. 302*, som påpekar, att »Fackmannaegenskapen ansluter sig ingalunda alltid till gäldenärens person utan till den verksamhet som gäldenären utövar»).

— Å andra sidan är det inte uteslutet, att man också beaktar en persons faktiska sakkunskap (se t.ex. *HD 1977 II 103* och *1981 II 49* ovan). I detta fall har man att göra med en mer direkt personrelaterad bedömning.

Möjligheten att ta hänsyn till personlig förmåga utgör ingen nyhet i civilrätten (jfr även *Hönn 1982 s. 134 ff.*). Många av de begrepp som uppfattats som centrala i den formellt präglade civilrätten förutsätter i den konkreta tillämpningen att man beaktar förmågan hos den person vars handlande skall bedömas. Hänsynen till den personliga förmågan finns inbyggd i många abstrakta begrepp och kan inte undgås då dessa tillämpas i ett konkret fall. I dag söker man i allt högre grad att fånga upp dessa personrelaterade element i civilrätten i mer specifika begrepp. Detta har hittills framför allt skett utgående från en parts speciella färdigheter: såväl fackmannen som mer branschspecifika rollbegrepp (jfr *Hopts 1983 Berufsrecht*) utgör exempel på detta. Lika väl utvecklade i begreppsligt hänseende är ännu inte svagarepartsrollerna (oerfaren, sjuk, åldring etc.).

(ii) *Behovsorienterade personroller*. De förmågeorienterade personrollerna har samband med bedömningen av en parts handlande (eller underlåtenhet) i anslutning till ett rättsförhållande. Det kan emellertid förekomma, att man vid prövningen av en parts behov av rättsskydd tillmäter också sådana personrelaterade kriterier relevans som inte nödvändigtvis har någon anknytning till partens (brist på) förmåga. Man kan tänkas hänvisa till parts förmögenhetsställning, liksom också till sjukdom, ålder etc., i syfte att utpeka *ett särskilt behov* hos ifrågavarande part som argument för att han bör erhålla kontraktsrättsligt skydd.

Av arbetets frågeställning har framgått, att nyckelbegreppet i framställningen är behovsorientering. Sett från de juridiska rollernas perspektiv är målet för framställningen att undersöka förekomsten av (ansatser till) behovsorienterade rollbegrepp och att i mån av möjlighet utveckla dessa. I det följande skall därför i ett särskilt avsnitt närmare beskrivas, vad som avses med behovsorienterade roller och argument, och hur dessa kan och bör utvecklas.

2.3. Närmare om behovsorienterade begrepp

2.3.1. Bakgrund

I sin analys av de rättsliga argumentationsstrukturernas utveckling har *Lars D. Eriksson*, som tidigare omtalats, beskrivit en utveckling från en subsumtionslogisk i riktning mot en målrational argumentationsmodell. Eriksson gör emellertid inte halt här. Enligt hans uppfattning kan den målrationala modellen vidare indelas i en systemorienterad målrational modell, som styrs av kravet på socialt balanserade resultat, och en behovsorienterad målrational modell, där kravet på tillfredsställande av konkreta sociala behov blir centralt (*Eriksson 1979 s. 47*). I en senare analys har Eriksson något förenklat sin terminologi: den systemorienterade modellen kallas helt enkelt för målrational medan åter den behovsorienterade blivit behovsrational (*Eriksson 1980 s. 109*).

I den behovsrationala argumentationsmodellen bedöms rationaliteten hos ett beslut utgående från beslutets »effekter för samhällsmedlemmarnas konkreta och reella behov» (*Eriksson 1980 s. 109*). Beslutets »förmåga att tillgodose samhällsmedlemmarnas konkreta, reella behov... avgör huruvida beslutet... är argumentativt hållbart eller ej» (*ibid.*). Enligt författaren löper utvecklingen av rättsordningen eller bör den åtminstone drivas i riktning mot ett sådant behovsrationalt synsätt.

Se även *Unger* (1976 s. 212): »In private law, substantive justice will be preoccupied with the elaboration of criteria for determining the equivalence of performances exchanged through contract and for allocating the losses arising from private disputes on the basis of both comparative fault and *relative need*» (kurs. här).

Den nyss presenterade analysen av den rättsliga argumentationen har

naturligtvis i första hand metodologisk karaktär (jfr ovan s. 38 ff samt nedan 2.3.3.): den berör det sätt på vilket rättsliga slutledningar görs. Samtidigt utsäger den emellertid också något om dessa slutledningars innehåll: de behovsrationella elementen i rättsordningen ökar i betydelse och denna tillväxt bör också befrämmas.

Ökningen av en sådan innehållslig behovsrationalitet måste uppenbarligen, då man granskar utvecklingen ur de juridiska rollbegreppens synvinkel, medföra en höjning av de behovsorienterade rollbegreppens status i den rättsliga argumentationen. Såväl en reglering som en argumentation, som är inriktad på att tillfredsställa en parts särskilda, personrelaterade behov, förutsätter något slag av behovsorienterade begrepp.

2.3.2. *Definition*

Med *behovsorienterade rollbegrepp* avses här begrepp som tillerkänner rättslig relevans för sådana omständigheter i anslutning till en parts person, vilka kan ge upphov till särskilda behov för denna part i det ifrågavarande rättsförhållandet. Omständigheter av detta slag kan vara fattigdom, låg inkomst, sjukdom, arbetslöshet, kvinnligt kön etc. När här talas om behovsorienterade begrepp avses m.a.o., som redan tidigare framgått, alltid begrepp som hänvisar till *personrelaterade* behov. Med en *behovsorienterad reglering* och en *behovsorienterad argumentation* avses på motsvarande sätt en reglering respektive en argumentation som tillmäter sådana personrelaterade behov rättslig betydelse.

Här är således inte fråga om sådana typer av argumentation, där man t.ex. hänvisar till »människans i allmänhet» olika slag av fysiska och psykiska behov (jfr diskussionen kring konsumenternas »normalbehov», se t.ex. *Köndgen* 1981 s. 135, 144). — När *Peter Derleder* (1982 s. 222) sätter »Sozialisierung der Bedürfnisse» som mål för utvecklingen av privaträtten använder han »behov» delvis i en annan (vidare) betydelse än i detta arbete. Socialiseringen av behoven består för honom av tre element: en begränsning av strävan mot vinst, en internalisering av allmänkostnader i den privata kalkylen och ett övervinnande av existerande ghettoaavgränsningar. I någon utsträckning är dock de behov som han omtalar personrelaterade. Som ett exempel nämns sålunda regleringen av advokaternas skyldighet att bistå mindrebemedlade enligt en lägre socialtariff (s. 223).

De särskilda behov som kunde tänkas bli relevanta vid en behovsorienterad bedömning kan vara av varierande slag. Kontraktsrättsliga tvister avser i flertalet fall ekonomiska relationer mellan ifrågavarande parter. Senare kommer också att framgå, att de ansatser till behovsorientering som kan påträffas i det konkreta rättsmaterialet framför allt anknyter till en parts *ekonomiska behov*. I vissa fall har man dock även fäst avseende vid behov som inte enbart kan sägas ha (omedelbar) ekonomisk karaktär (behov av bostad, en sjuk persons särskilda behov etc.). Av denna anledning talas i fortsättningen ofta något löst om en parts ekonomiska och sociala behov.

Mot rollbegrepp som ger uttryck för särskilda behov måste logiskt svara begrepp som uttrycker icke-behov. Särskilda regler för en arbetslös part kan inte tillämpas på en icke-arbetslös part och en argumentation som betonar en parts fattigdom kan inte åberopas till förmån för en icke-fattig. Så länge avgränsningen sker utgående från en parts särskilda behov är det naturligtvis en mindre intressant (men med hänsyn till den argumentativa potentialen dock inte helt ointressant) fråga, huruvida rollbegreppen givits en positiv eller negativ formulering. Man kan emellertid också tänka sig rollbegrepp, som ger uttryck för en *utpräglad avsaknad av ett visst behov* (t.ex. förmögen). Om gränsen för tillämpningen av ett sådant begrepp dras »högt», så att flertalet medborgare faller utanför dess betydelseområde, blir dess motsatsbegrepp (icke-förmögen) endast svagt behovsorienterat. Av denna anledning beaktas sådana begrepp här blott i mer begränsad utsträckning. Tyngdpunkten ligger, som redan konstaterats, vid begrepp som uttrycker särskilda behov.

Ett rollbegrepp som uttrycker en utpräglad avsaknad av ett behov är ofta svårt att skilja från ett förmågeorienterat rollbegrepp. Begreppets ratio är inte alltid klar; bör t.ex. de strängare krav som ställs på en resursstark person motiveras med hänvisning till hans betydande förmåga eller till hans obetydliga behov? Som exempel kan nämnas ett rollbegrepp, som allt oftare återkommer i civilrättsliga sammanhang, nämligen »bank» (se t.ex. *HD 1985 II 29*). I någon mån är det möjligt att tillämpa andra bedömningsprinciper för banker än för icke-professionella kreditgivare och -tagare; detta har uppenbarligen i första hand samband med en banks egenskap av sakkunnig, men kanske härtill i någon utsträckning även med bankens mindre ekonomiska behov i förhållande till det enskilda avtalet.

Parterna i ett kontraktsrättsligt rättsförhållande har i regel både

rättigheter och förpliktelser gentemot varandra. De uppträder såväl i egenskap av borgenärer (berättigade) som i egenskap av gäldenärer (förpliktade) i relation till sin motpart. Följderna av en behovsorienterad argumentation varierar naturligtvis, beroende på i vilken av de sagda egenskaperna en part åberopar sina särskilda behov. Man kan utgående från detta skilja mellan två typer av behovsorienterade personroller:

— I den mån man fäster avseende vid borgenärens behov (t.ex. en skadelidandes behov av ersättning) då man preciserar dennes rättigheter kan man tala om en *behovsorienterad borgenärskroll*. En parts behov av att erhålla (en ökad) prestation av motparten tillmäts här relevans.

— I den mån man åter beaktar gäldenärens behov (t.ex. en avbetalningsköparens behov att dröja med betalningen) då man preciserar dennes skyldigheter är det fråga om en *behovsorienterad gäldenärskroll*. Här tar man m.a.o. i betraktande partens behov att undgå eller minska sin egen prestationsskyldighet.

Då man t.ex. i lagtext talar om detta sistnämnda behov utnyttjar man stundom termen (betalnings)förmåga (se t.ex. 2 § UnderhållsL). En sådan reglering är likväl i här avsedd mening behovs- och inte förmågeorienterad.

2.3.3. *Behovsorientering och formell rättssäkerhet*

Möjligheterna att ta hänsyn till en parts behov grundas i dag ofta på generalklausuler, som lämnar domstolarna mer eller mindre fria händer att utföra behovsprövningen. Skadestånd kan jämkas, om skadeståndsskyldigheten »finnes oskäligt betungande» (SkL 2:1.2), ett villkor i en rättshandling kan jämkas, om det är »oskäligt» eller dess tillämpning skulle »leda till oskälighet» (AvtL § 36), dröjsmålsränta kan jämkas i vissa situationer (RänteL § 11) o.s.v. De behovsorienterade rollbegrepp som diskuteras i detta arbete måste i hög grad abstraheras utgående från ett sådant lösligt juridiskt material.

Osökt anmäler sig frågan, huruvida man överhuvudtaget bör söka utarbета sådana abstraktioner. Erbjuder inte en fri bedömning in casu alltid den största möjligheten att beakta de konkreta behov en part har i det enskilda fallet? Binder inte varje behovsorienterat rollbegrepp åter rättstillämpningen till en mer abstrakt nivå, där man inte fullt ut kan beakta partens »konkreta och reella behov» (*Eriksson*)? Innebär inte en

abstraheringsprocess en oacceptabel metodologisk kapitulation inför ett föråldrat formellt (subsumtionslogiskt) paradigm för rättslig argumentation (se ovan 1.1.4.3.)?

Inte överraskande finner man en sådan syn hos den reflexiva rättens företrädare. I västtysk rätt har sålunda t.ex. *Gunther Teubner* argumenterat mot den traditionella tanken att man vid tillämpningen av de civilrättsliga generalklausulerna (särskilt BGB § 242) borde eftersträva en fortgående precisering genom s.k. »Fallgruppenbildung». En sådan metod är nämligen inte förenlig med generalklausulernas samhällseliga funktion; de bör som ett uttryck för »lernendes Recht» möjliggöra flexibla rättsliga reaktioner på samhällseliga förändringar. Målet borde enligt Teubner tvärtom vara att drastiskt öka generalklausulernas obestämdhet för att sedan på en metanivå utveckla »program» för hur man med deras hjälp kan anpassa sig till sociala förändringar och intervensera i sociala processer (BGB-Kommentar s. 34 ff., se även *Esser — Schmidt* 1984 s. 11).

Mot denna uppfattning kan man ställa exempelvis *Thomas Mathiesens* (1985) syn på betydelsen av att rättsutvecklingen fört från en rättssäkerhetsjuridik mot en styrningsjuridik, från en sluten mot en mer öppen regleringsmetod (se ovan avsnitt 1.1.4.3.). Mathiesen uppfattar denna utveckling som huvudsakligen negativ. Ju mer man öppnar rättssystemet, desto större möjligheter får enligt hans mening de resursstarka grupperna att röra sig i rättssystemet och att utnyttja det för sina syften. Styrningsjuridiken blir ett ännu effektivare medel än rättssäkerhetsjuridiken att undertrycka de svagare grupperna i samhället.

Det är uppenbart, att det ligger en viss sanning i båda de uppfattningar som här åskådliggjorts med hjälp av Teubner och Mathiesen.

Än ena sidan förutsätter ett adekvat rättsligt ingripande i sociala processer — man kunde här (med en lätt förvrängning av Teubner) tala om ett förverkligande av ett »behovsprogram» — en flexibel och anpassningsbar reglering. Ju mer man i överensstämmelse med den reflexiva rationalitetens metodologiska ideal (se ovan 1.1.4.3.) söker beakta även parternas egen syn på sina behov, desto mindre möjligheter har man att fånga upp behovsorienteringen i mer abstrakta begrepp.

Se även *Unger* (1976 s. 206 ff.), som framhäver ett motsatsförhållande mellan formalitet och solidaritet. På frågan, hur man bör utöva makt

solidariskt, kan inte ges ett generellt svar: »Everything will depend on issues like the degree to which the other person has acted wrongly in the particular relationship and his ability to bear the loss that would result from the exercise of the power. These are not factors that can be made the basis of rules; instead, they are elements of decision that bear on how one uses the rights allocated by existing rules».

Å *andra sidan* finns det naturligtvis inga garantier för att en flexibel reglering i praktiken gynnar de resurssvaga grupper, vilkas behov i första hand borde tillgodoses. Med hänsyn till utvecklingen av en behovsorienterad kontraktsrätt kan en alltför stark betoning av det unika i det enskilda fallet (behovens situationsspecifika karaktär) sålunda vara riskfylld i flera avseenden:

— Det faktiska utnyttjandet av ett behovsorienterat rättsskydd blir förmodligen begränsat. Ju större processrisken är, i desto mindre grad kan man förvänta sig att särskilt de resurssvaga grupperna utnyttjar de möjligheter rättsordningen erbjuder. Behoven rättsliggörs inte.

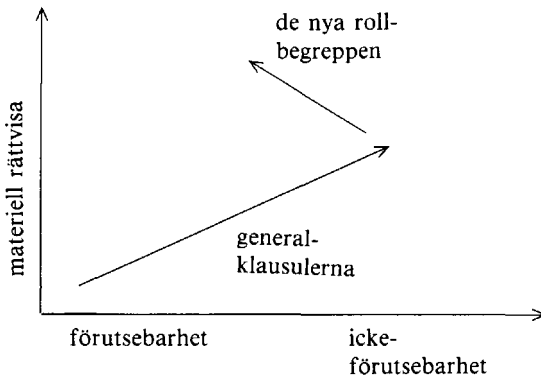
— Domstolarnas makt ökar i en modell som starkt betonar lösningar in casu. Ingenting säger emellertid, att en behovsorienterad argumentation vidsträckt godkänns av domstolarna. En stark betoning av det unika kan därför minska själva systemets behovsorientering.

— Detta har betydelse också på det rättspolitiska planet. En utveckling av behovsorienterade begrepp gör det, som tidigare (avsnitt 1.1.1.) anförts, lättare att genomdriva nya behovsorienterade lösningar också i lagstiftningen.

Målet borde således vara att utveckla ett argumentationsmönster som *både* innehållsligt beaktar de värden som ligger inbäddade i de behovsorienterade elementen i kontraktsrätten *och* metodologiskt i mån av möjlighet tar hänsyn till det värde som kommit till uttryck i den formella rationalitetens formella rättssäkerhetsideal (i betydelsen *förutsebarhet*, se t.ex. Bruun — Wilhelmsson 1983 s. 707 ff.). Detta kan ske genom en utveckling av sådana behovsorienterade rollbegrepp i kontraktsrättens allmänna läror, som å ena sidan stärker den formella rättssäkerheten genom att utpeka tyngdpunkter för den rättsliga argumenteringen och visa i vilken riktning kontraktsrättens utveckling bör drivas, men som å andra sidan är tillräckligt flexibla för att medge en godtagbar anknytning till parternas konkreta behov.

Det behövs m.a.o. en abstrahering av nya behovsorienterade rollbegrepp. Dessa begrepp kan och bör emellertid i flertalet situationer inte uppfattas som formella begrepp i den meningen att de kan utnyttjas som bindande premisser i subsumtionslogiska slutledningar, utan blott som *riktlinjebegrepp* och *gradbegrepp* (se nedan 4.5.3.), vilka tillåter en modifikation av de abstrakta behov, som artikulerats i begreppen, med hänsyn till en parts konkreta behov i det enskilda fallet.

På ett mer allmänt plan kunde man säga, att då man i lagstiftningen genom generalklausulerna fört utvecklingen i riktning från förutsebarhet mot skälighet in casu, är det de allmänna lärornas uppgift att med beaktande och vidareutveckling av de nya materiella värdena inom denna ram söka tillgodose också förutsebarhetsintresset:



Eller med andra ord: rättsvetenskapen kan bidra till en ökad materiell rättvisa vid rättstillämpningen i komplicerade fall utan att samtidigt offra kravet på formell rättssäkerhet blott genom att utveckla nya och i förhållande till samhällsutvecklingen mer adekvata allmänna läror.

3. KAP. DET KONKRETA RÄTTSMATERIALET

3.1. Behovsorientering i övrig civilrätt

3.1.1. Allmänt

De sociala elementen har inte enbart, och knappast ens företrädesvis, inträngt i civilrätten via obligationsrätten. Behovsorienterade roller ingår och håller på att införas också i de familje- och sakrättsliga manuskripten.

Frågan om den civilrättsliga rollstrukturen utgör en helhet. Begreppsliga förändringar inom en del av civilrätten avspeglar ofta förändringar i det generella sättet att angripa civilrättsliga problem. Även om det föreliggande arbetet är inriktat på frågan om de behovsorienterade rollerna i kontraktsrätten, kan motsvarande begreppsbyggnad inom övriga delar av civilrätten därför inte helt förbigås. En beskrivning av behovsorienteringen i familje- och sakrättslig lagstiftning och praxis kan ge impulser för begreppsbyggnaden också inom obligationsrätten.

Arbetsrättsliga regleringar har inte uppmärksamrats i detta avsnitt. Vissa klart kontrakts- eller skadeståndsrättsligt färgade bitar av arbetsrätten, som anknyter till motsvarande regleringar utanför detta rättsområde, har beaktats i deras obligationsrättsliga sammanhang.

De behovsorienterade elementens ställning är inte densamma inom olika delar av civilrätten. P.g.a. de frågor som regleras och det värde som traditionellt tillmätts sociala synpunkter inom respektive område föreligger en varierande grad av sensibilitet för ett behovsorienterat tänkande:

(i) *Familjerätten* (i begränsad mening) är den del av civilrätten som

kan sägas ligga närmast socialrätten. Detta gäller särskilt regleringen av underhållsskyldighet, som ju har karaktären av ett slags privat socialrätt. Man kan därför anta att en behovsorienterad angreppsvinkel här präglar lösningen av många frågor. Familjerätten utgör åtminstone till denna del den farled längs vilken behovsorienterade synsätt lättast kan förväntas segla in i civilrätten.

Reglerna i gällande rätt om familjerättslig underhållsskyldighet präglas också i *dubbelt avseende* av ett behovsorienterat tänkande. Å ena sidan är det mer eller mindre självklart att man tar en utgångspunkt i den underhållsberättigades *behov av underhåll*, å andra sidan skall man här beakta också den underhållsskyldigas underhållsförmåga, d.v.s. *gäldenärens ekonomiska behov*.

Enligt 1 § UnderhållsL äger barn rätt till tillräckligt underhåll för tillgodoseende av de materiella och andliga behov som motsvarar barnets utvecklingsnivå, den vård och utbildning barnet behöver samt härav föranledda kostnader. Efter äktenskapsskillnad kan också make som »finnes bliva i behov av bidrag till sitt underhåll» tilldömas underhåll av den andra maken (ÄL § 79; i propositionen till ändring av ÄL, som nyligen avgivits till riksdagen, ingår motsvarande regel i § 48, enligt vilken make i samband med äktenskapsskillnad kan åläggas att betala underhållsbidrag, om den andra maken »anses behöva» sådant bidrag, se *Reg.prop. 62/1986*). — Enligt 2 § UnderhållsL skall man vid bedömningen av föräldrarnas förmåga att underhålla barnet beakta deras ålder, arbetsförmåga och möjligheter att delta i förvärvsarbete, beloppet av tillbudsstående medel samt deras övriga, på lag grundade underhållsansvar. I 79 § ÄL uttrycks strävan att ta hänsyn till gäldenärens ställning kortare: underhållsskyldigheten skall fastställas efter vad med avseende å den underhållsskyldiges förmåga och övriga omständigheter prövas skäligt (samma formulering ingår i 48 § i *Reg.prop. 62/1986*).

Även om familjerätten har en relativt stark särprägel i förhållande till obligationsrätten, är det inte uteslutet att de behovsorienterade lösningarna i familjerätten utnyttjas som *en* förebild vid utvecklingen av obligationsrättens allmänna läror. Ett gott exempel finner man i principerna angående jämkning av återbäring av obehörig vinst, vilka utvecklats på grundval av familjerättsliga problemfall (se nedan 3.5.).

(ii) *Arvsrätten* ligger, som en regulator av mer »rena» förmögenhetsförhållanden, redan närmare obligationsrätten. Man har dock mer prononcerat framhåvt arvsrättens *socialskyddsfunktion* (se *Kangas 1982*).

Vid utvecklingen av de arvsrättsliga reglerna har man diskuterat behovet att trygga såväl bröstarvingarnas som den efterlevande makens ställning. Regleringen har dock huvudsakligen skett utgående från den ifrågavarande partens arvsrättsliga relation till arvlåtaren, utan att man tagit hänsyn till partens individuella behov. En bröstarvinges laglott är oberoende av dennes ekonomiska ställning och behov av arv o.s.v. Vissa i här avsedd mening behovsorienterade regler kan dock påträffas även i den arvsrättsliga materian:

— All egendom i boet skall inte nödvändigtvis delas i enlighet med de formella arvs- och testamentsrättsliga delningsreglerna. Delägare i boet med särskilda ekonomiska behov kan tillerkännas rätt till bidrag för att tillgodose dessa behov (se närmare t.ex. *Aarnio — Kangas* 1983 s. 375 ff.):

(i) Erfordras för arvlåtarens barn medel för uppfostran och *utbildning* utöver dess andel kan barnet på grundval av skälighetsprövning tilldelas ett bidrag (ÅB 8:1).

(ii) Arvlåtarens trolovade och efterlevande make kan efter skälighetsprövning erhålla ett bidrag ur kvarlåtenskapen, om det är påkallat för hans *utkomst* (ÅB 8:2).

(iii) Arvlåtarens barn samt sådana föräldrar, som har arvsrätt, kan, om de till följd av *sjukdom* eller av annan dylik orsak är ur stånd att försörja sig, tillerkännas rätt till bidrag av testamentstagare (ÅB 8:3—4).

(iv) Under själva tiden för utredningen av boet har efterlevande make och oförsörjda barn rätt att njuta nödigt underhåll ur boet. En bodelägare som var beroende av arvlåtaren för sin försörjning kan också erhålla förskott på sin lott (ÅB 18:6).

— Vid utvecklingen av ankans arvsrättsliga skydd har man också utnyttjat regleringar som delvis inbegriper behovsorienterade roller. Enligt ÅB 3:1a.2 får efterlevande make hålla bostad, som använts som makarnas gemensamma hem, eller annan sådan bostad, som ingår i kvarlåtenskapen och som är lämplig som hem för den efterlevande maken, oskiftad i sin besittning, om det inte i den efterlevande makens förmögenhet ingår en bostad som är lämplig som hem. Den efterlevande maken kan m.a.o. erhålla en bättre arvsrättslig ställning om han/hon inte vare sig direkt eller mer indirekt (se *Aarnio — Kangas* 1983 s. 403) äger en bostad som kan betraktas som lämplig som hem. Man kunde tala om den speciella arvsrättsliga rollen *icke-ägare av bostad*. Denna roll bör inte sammanblandas med roller som generellt hänvisar till en persons förmögens-

ställning. Även en mycket förmögen efterlevande make kan erhålla den omtalade arvsrättsliga förmånen om han/hon blott inte har sin förmögenhet placerad i en bostad (*Aarnio — Kangas* 1983 s. 403 f.).

Prövningen av, huruvida en viss bostad kan anses vara lämplig som hem för den efterlevande maken, är mer konkret behovsorienterad: man skall här utgå från subjektiva kriterier och ta hänsyn bl.a. till den efterlevande makens ålder, hälsa och andra personliga omständigheter (*Aarnio — Kangas* 1983 s. 402 f.).

Ett steg längre i riktning mot ett skydd av den efterlevande maken, som direkt skulle anknyta till dennas förmögenhetsställning, gick en arbetsgrupp vid justitieministeriet, som avgav sitt betänkande angående en reform av ÄB år 1981 (*OLJ 2/1981*). Enligt förslaget (3:2) skulle en efterlevande make, som inte kunde tryggas rätt till bostad, ha rätt till en minimiandel av boet, som skulle uppgå till den i folkpensionslagen stadgade basdelens årliga belopp multiplicerat med 30, d.v.s. närmare 90 000 mk (se *Kangas* 1982 s. 138). Det väsentliga i förslaget med hänsyn till föreliggande tema var emellertid, att man från detta belopp först skulle avdra den efterlevande makens egen förmögenhet samt vissa andra belopp. Ju fattigare änkan var, desto större arv skulle hon erhålla. — Förslaget har inte förverkligats.

— Slutligen bör i detta sammanhang nämnas det nya 25 kap. i ÄB angående skifte av gårdsbruksenhet, som infördes år 1982. Här opererar man med den nya rollen *lämplig övertagare av gårdsbruk* (ÄB 25:1), med vars hjälp man hänvisar bl.a. till ifrågavarande arvinges utbildning, yrkeserfarenhet och personliga egenskaper såsom ålder och hälsa (*Aarnio — Saarenpää — Santala* 1983 s. 56). Då den ifrågavarande regleringen införts framför allt utgående från den lantbrukspolitiska målsättningen att förhindra splittring av gårdsbruksenheter låter sig den nämnda personrollen inte direkt inplaceras i den ovan (avsnitt 2.2.4.) utvecklade dikotomin förmåge/behovsorienterade behovsroller; enligt ÄB kap. 25 skall ju arvingen varken bedömas efter sin förmåga eller tilldelas enligt sina behov utan '*tilldelas efter sin förmåga*'. Regleringen kan här främst åberopas som ett exempel på att lagstiftaren inte undvikit att utnyttja mycket specifika personroller i civilrätten när man funnit det samhällspolitiskt önskvärt. Att regleringen inte har några nära beröringspunkter med en »social civilrätt» framgår av att ifrågavarande arvinges förmögenhetsställning är irrelevant vid bedömningen av, huruvida han bör försättas i den förmånliga positionen som lämplig övertagare av gårdsbruk (*Aarnio — Saarenpää — Santala* 1983 s. 58).

(iii) *Sakrätten* befinner sig i dag i den andra ändpunkten på skalan för en social civilrätt. Rättsområdet präglas av ett mycket formellt

paradigm, som inte i någon högre grad öppnats för det skälighetstänkande som vunnit insteg i obligationsrätten. Ett behovsorienterat tänkande kan därför här förmodas ha det största motståndet att övervinna.

I den sakrättsliga debatten under senare tid har dock framförts uppfattningar, enligt vilka tiden vore mogen också för sakrätten att röra sig från en formell mot en mer materiell syn på de problem som skall regleras. Det kanske klarast uttalade uttrycket för en sådan strävan till nyorientering ger hos oss *Leena Kartio* (1985), som framhåller, att diskussionen angående behovet av en utveckling av de allmänna lärorna borde beröra också sakrätten. Då man överväger grunderna för lösningen av sakrättsliga kollisionsfall borde man i vissa avseenden sträva till en *särskiljande* i stället för en generaliserande granskning (se särskilt s. 149: »Tarkoituksenmukaisimpien kollisoratkaisuiden kannalta ei ole yhdentekevää, mikä on kollisioon joutuvien oikeuksien *kohde* ja *sisältö* yksityiskohdissaan, *ketkä* ovat oikeuksien subjekteja sekä mikä näiden oikeuksien *sosiaalinen ja taloudellinen merkitys* haltijoilleen on»).

Kartio syns alltså — åtminstone *de lege ferenda* — vara beredd att fästa avseende också vid den person som utgör subjekt för en viss rättighet. Hur långt man kunde gå i riktning mot ett behovsorienterat synsätt spekulerar författaren dock inte över; det kan nämnas att hon som ett rättssubjekt, vars verksamhet uppenbarligen ger upphov till särskilda frågeställningar, nämner de offentliga samfunden såsom ägare (s. 148).

Mot bakgrunden av den gällande sakrättens formella karaktär är det uppseendeväckande, att det trots allt just på sakrättens område kan påträffas ett relativt gammalt och begreppsligt mycket välutvecklat — om ock praktiskt betydelselöst (*Havansi* 1984 s. 238 påstår, uppenbarligen med rätta, att IntBegrL i praktiken fått liten betydelse) — behovsorienterat rollbegrepp: kroppsarbetaren i IntBegrL. P.g.a. regleringens teoretiska betydelse för arbetets tema skall denna nedan belysas något mer ingående.

3.1.2. IntBegrL

IntBegrL, som har ett socialt syfte, medger att en avstyckad lägenhets ansvar för inteckning som fastställts i stamfastigheten under vissa förutsättningar kan begränsas eller helt förordnas att bortfalla. En sådan begränsning kan ske under förutsättning att lägenheten överlåtits till bostads- eller odlingslägenhet åt *person, som livnär sig uteslutande eller*

huvudsakligen med kroppsarbete eller ekonomiskt sett är med denne jämförlig (IntBegrL § 2.1 p. 1). Härigenom kommer lagen kanske klarast av all hos oss gällande civilrättslig lagstiftning att anknyta rättsverkningar till egenskaper som snarast kan sägas ha samband med en persons *klass-tillhörighet*.

IntBegrL stiftades redan år 1937. Den behovsorienterade personroll som man påträffar i lagen härstammar m.a.o. från ett något tidigare skede i rättsutvecklingen än flertalet motsvarande roller som omtalas i detta arbete. Detta kan uppenbarligen förklara den mer explicita bindningen till klasstillhörighet i IntBegrL.

I regeringspropositionen till IntBegrL kunde man också hänvisa till vid ifrågavarande tidpunkt gällande annan lagstiftning, som »erbjuder vissa personer särskilda företräden på grund av deras sociala och ekonomiska ställning» (*Reg.prop. 24/1936* s. 5). I förordningen om lega av tomt, landbolägenhet och backstuguområde av år 1909 avsågs således med backstuguområde ett jordstycke, vilket på lega upplåts som bostadstomt »åt sådan person eller familj, som hör till jordbruks- eller industriarbetarbefolkningen eller är med denna i ekonomiskt avseende likställd». Enligt lagen angående inlösen av legoområde av år 1918 innehades åter lösningsrätt blott av personer som tillhörde »den obesuttna befolkningen» varmed avsågs »finska medborgare, vilka livnära sig uteslutande eller huvudsakligen med kroppsarbete eller äro med dessa i ekonomiskt avseende likställda». Ytterligare hänvisades i den nämnda propositionen även till 1922 års lag om anskaffande av jord för kolonisationsändamål (se *Reg.prop. 24/1936* s. 6). Den klassanknutna rollbestämningen i IntBegrL stammar således direkt från en lagstiftning som uppkom som en följd av inbördeskriget (1918 års lag).

Även om IntBegrL hade ett socialt syfte uppfattades det inte som en självklar lösning att dess tillämpningsområde kunde begränsas på angivet sätt. I de förslag som lagberedningen hade berett 1932 och 1934 saknades en sådan begränsning. I ett utlåtande över ärendet betonade emellertid HD, att förslagen i alltför hög grad äventyrade in-teckningshavarnas rätt, varför det vore skäl »att under övervägande taga ett motsvarande institut, som skulle avse allenast de avstyckade lägenheter, vilkas ägare ur social synpunkt sett särskilt göres behov av skydd» (*Reg.prop. 24/1936*, Bilaga I s. 15). Denna utgångspunkt omfattades sedermera i propositionen. Som motivering för att »lagskyddet utsträcks blott till mindre bemedlade» anfördes främst att »Då lagens verkningskrets sålunda begränsas, behöver

det ej förutsättas, att densamma skulle störande inverka på kreditförhållandena» (*Reg.prop. 24/1936 s. 5*).

IntBegrL stiftades i den ordning som gäller för grundlag. Orsaken härtill var dock inte den personella avgränsningen. Ordningen valdes därför att lagen gjordes retroaktiv (*Reg.prop. 24/1936 s. 8*).

Trots sin praktiska betydelselöshet är IntBegrL teoretiskt viktig: genom denna lag ingår den sakrättsliga behovsorienterade *gäldenärsrollen kroppsarbetare eller därmed jämförbar* i det civilrättsliga rollhäftet.

3.2. Behovsorienterade personroller i obligationsrätten. Inledning

Obligationsrättsliga förpliktelser har av tradition antagits uppkomma på tre olika sätt:

- genom avtal och andra förbindelser,
- genom tillfogande av skada (delikt) och
- genom tillägnande av obehörig vinst.

Det konkreta rättsmaterial, ur vilket de nya personrollerna kan analyseras fram, har i stor utsträckning tillkommit bundet av denna systematik. Generalklausulen i AvtL och de speciella stadgandena om avbetalnings- och konsumtionskrediter hänför sig till området för kontraktsrätten, medan åter generalklausulen i SkL formellt skall gälla blott utomkontraktuella skadeståndsförpliktelser. En beskrivning av det ifrågavarande materialet kunde därför på goda grunder ske utgående från den traditionella indelningen i kontraktsrätt, skadeståndsrätt och återbäring av obehörig vinst. En undersökning, som tar sikte på behovsorienteringen i kontraktsrätten, skulle härvid främst koncentreras på rättsmaterialet från detta område.

Med hänsyn till utvecklingen av de nya personrollerna är det dock i flera avseenden problematiskt att strikt hålla fast vid den angivna indelningen:

- Utvecklingen av de olika grenarna av obligationsrätten sker inte isolerat. Kontraktsrättens nydaningar påverkar skadeståndsrätten och vice versa (och vardera kan naturligtvis också påverka det praktiskt mindre betydelsefulla institutet återbäring av obehörig vinst). Försöker man

åskådliggöra sambanden mellan olika konkreta personroller är därför en mer funktionellt och temporalt inriktad systematik befogad.

— En tredelad systematik av det angivna slaget kan lätt leda till att man förbigår intressanta frågeställningar angående möjligheterna att mer generellt (direkt eller analogt) åberopa grundsatser som utvecklats t.ex. inom ramen för den utomkontraktuella skadeståndsrätten. Och ännu värre: den systematiska lösningen kan i sig erbjuda skenbara argument mot sådana generaliseringar.

Det är också skäl att notera, att man i den internationella debatten begynt ifrågasätta det materiellt riktiga i den angivna tredelningen av grunderna för den obligationsrättsliga bundenheten och föreslagit nya utgångspunkter för bedömningen, särskilt av avtalsbundenhet (se t.ex. *Atiyah* 1979).

I det följande beskrivs ett antal behovsorienterade personroller i obligationsrätten med utgångspunkt i regleringar som innehållsmässigt ligger »nära» socialrätten och som därför utgjort naturliga inbrytningspunkter för de sagda rollerna i obligationsrätten. Härefter kommer framställningen in på allt mer »centrala» och »traditionella» områden av obligationsrätten. Denna »naturliga» utvecklingsgång motsvarar i hög grad — men ingalunda fullständigt — den tidsmässiga utvecklingen av behovsorienteringen i finsk rätt.

3.3. Behov av bostad m.m. i hyresrätten

3.3.1. Inledning

Tryggandet av en skälig bostad åt samhällsmedlemmarna är — eller borde åtminstone vara — en central målsättning för en socialrättslig reglering. Den civilrättsliga regleringen av rätten till bostad — hyresrätten — har nära anknytning till en sådan socialrätt. Det är därför inte överraskande, att drag av en social civilrätt, inom vilken man tar hänsyn till en parts ekonomiska och sociala ställning vid lösningen av enskilda tvister, kan påträffas just i hyresrätten.

I hyreslagstiftningen håller man för tillfället på att genomföra en totalreform. En proposition med förslag till revidering av hyreslagstift-

ningen, som innehåller ett förslag till en ny hyreslag (*Reg.prop. 127/1984*), har avlåtits till riksdagen. Lagförslaget, som med vissa ändringar understötts av en majoritet i riksdagen, har i enlighet med 67 § riksdagsordningen lämnats vilande över nyval. Då framställningen här har ett framåtblickande syftemål är det givet att analysen av de behovsorienterade personrollerna i hyresrätten måste beakta normerna i detta lagförslag. Det är likväl med hänsyn till utvecklingsperspektivet skäl att framhålla — och det kommer också att framgå i det följande — att de roller som beskrivs här väsentligen överensstämmer med motsvarande roller i 1961 års HyresL.

Då hyresrätten är föremål för ett reformarbete om vars slutliga utgång man naturligtvis inte kan uttala några säkra profetior är det knappast meningsfullt att här i detalj penetrera den hyresrättsliga materian. En beskrivning av vissa huvuddrag är tillräcklig för att åskådliggöra behovsorienteringen inom detta rättsområde.

Vid en diskussion av behovsorienteringen i hyresrätten måste intresset uppenbarligen framför allt riktas mot regleringen av hyresgästens *uppsägnings-skydd*. Av sociala skäl har hyresvärdens möjligheter att säga upp hyresförhållandet starkt begränsats. De begrepp som utnyttjats för att genomföra dessa begränsningar har delvis formell (se ovan 2.2.2.) och delvis funktionsrelaterad karaktär (se ovan 2.2.3.; här åsyftas den legala distinktionen mellan hyra av bostadslägenhet och hyra av affärslokal). Man har kunnat utgå från att hyresgästen vid hyra av bostadslägenhet alltid har ett »existentiellt intresse» (*Dauner-Lieb* 1983 s. 50) i den hyrda bostaden. För att tillgodose det behov att få kvarstanna i sin bostad, som alla hyresgäster antas ha, behövs inga regler som differentierar mellan olika persongrupper.

I vissa avseenden fäster man emellertid explicit avseende vid de konkreta ekonomiska och sociala behoven hos de inblandade parterna. Dessa regleringar beskrivs närmare i det följande.

3.3.2. *Uppsägningsgrunderna*

3.3.2.1. *Behovet av bostad m.m. som uppsägningsgrund*

Enligt HyresL § 37 p.2 (som motsvarar lagförslaget § 53 p.1) har hyresvärden rätt att säga upp ett hyresförhållande som rör bostadslägenhet, om

han behöver lägenheten till bostad för sig själv, medlem av sin familj eller för annan nära anförvant. När hyresvärden m.a.o. uppträder i den behovsorienterade rollen av *bostadsbehövande* (i vidsträckt mening: även flyttning från hyreslägenhet till ägobostad har ansetts utgöra godtagbar grund, se *Saarnilehto* 1975 s. 68) *lägenhetsägare* har lagstiftaren låtit hänsynen till hans behov bryta den allmänna strävan att trygga hyresförhållandenas fortbestånd.

Enligt samma lagrum kan uppsägning även ske då hyresvärden behöver lägenheten till bostad för en anställd. Om hyresvärden vill utnyttja denna uppsägningsrätt för att överföra bostaden från en anställd till en annan kan detta enligt förarbetena till den nya lagen ske efter en helhetsprövning, där man skall beakta såväl de båda anställdas *behov av bostad* som hyresvärdens *behov som arbetsgivare*: »När giltigheten av uppsägningsgrunden provas, skall härvid jämföras behovet av bostad för den anställda som bor i lägenheten och för den som är avsedd att placeras där. I denna prövning skall uppmärksamhet fästas bl.a. vid hur stora de anställdas familjer är, men även vid den omständigheten, hur viktiga de anställda är för hyresvärden» (*Reg.prop. 127/1984 s. 52*).

Vidare utgör enligt samma stadgande även hyresvärdens behov av lägenheten för idkande av näring som han själv eller en medlem av hans familj bedriver grund för uppsägning. Också en *affärslokalsbehövande lägenhetsägare* kan således säga upp hyresförhållandet.

En viss utvidgning av uppsägningsmöjligheterna har avsetts ske genom lagförslaget § 53 p. 2, enligt vilket stadgande uppsägning kan äga rum också då hyresvärden måste sälja lägenheten för att skaffa sig en lägenhet som motsvarar hans familjs skäligena behov av bostad, och då hans och hans familjs ekonomiska ställning är sådan, att hyresförhållandet måste uppsägas för försäljning av lägenheten. De båda angivna förutsättningarna är kumulativa: »Syftet med det föreslagna stadgandet är att hyresvärden genom att sälja bostaden kan anskaffa en bostad som motsvarar hans familjs skäligena behov av bostad» (*Reg.prop. 127/1984 s. 52*). Vi träffar således här igen den bostadsbehövande lägenhetsägaren, denna gång ytterligare karakteriserad av att han inte har *tillräckliga ekonomiska resurser* utöver ifrågavarande lägenhet.

I HyresL § 37 p. 2 (som till denna del motsvaras av lagförslaget § 53 p. 3) kompletteras de sagda uppsägningsgrunderna med en generalklausul: uppsägning kan också ske då någon med de tidigare nämnda orsakerna jämförlig eller annan synnerligen vägande orsak för uppsägningen föreligger. Också här anknyter man i lagförslagets motiv till *bostadsbehovet* på hyresvärdens sida: regeln skulle kunna tillämpas t.ex. då hyresvärden behöver finansiering för en redan inköpt bostad eller då han i samband med äktenskapsskillnad måste anskaffa bostad åt sin familj (*Reg.prop. 127/1984 s. 52*).

De regleringar som beskrivits här är av principiellt annan art än de behovsorienterade regleringar som påträffats i det kontraktsrättsliga materialet i övrigt. Här är det inte fråga om att beakta den svagare partens behov, utan om att man i vissa fall låter den starkare partens behov genombryta skyddet av den svagare parten. De omtalade rollerna är inga »svagarepartsroller»; därför petiten.

3.3.2.2. *Hyresgästs icke-behov som uppsägningsgrund*

Ovan har framgått, att hyresvärdens behov i vissa fall kan utgöra uppsägningsgrund för ett hyresförhållande angående bostadslägenhet. Den ovan omtalade generalklausulen, enligt vilken uppsägning skulle kunna ske också då det föreligger annan synnerligen vägande orsak för uppsägningen, har emellertid i lagförslaget ansetts kunna tillämpas också i fall där uppsägningen grundas på *hyresgästens icke-behov*:

»Såsom i paragrafens 3 punkt angiven orsak till uppsägningen kan också förekomma, att ifrågavarande lägenhet är en lägenhet med statens bostadslån, vilken är avsedd till bostad enbart för personer, vilkas inkomst och förmögenhet understiger en viss nivå. En godtagbar grund för uppsägning kan även vara den omständigheten, att lägenheten har hyrts ut på vissa sociala grunder, och att denna förutsättning inte längre föreligger i fråga om hyresgästen. Hyresgästen i en studenthyresbostad blir färdig med sina studier eller den som bor i en stödbostad är inte längre i behov av det stöd eller den vård med tanke på vilken han fick hyra bostaden» (*Reg.prop. 127/1984 s. 53*).

Även om detta inte sägs i motiven får man förmodligen utgå från att man vid uppsägning av sådan *icke-fattig, icke-studerande* eller *icke-stödbehövande hyresgäst* bör kunna hänvisa till ett avtalsvillkor, som tillerkänner denna egenskap relevans. Under denna förutsättning motsvarar nämligen uttalandet den tolkning man velat ge den sagda generalklausulen i 1961 års HyresL (se *Saarnilehto* 1975 s. 69).

3.3.2.3. *Det föreslagna uppsägningsskyddet vid hyra av affärslokal*

Vid utvecklingen av uppsägningsskyddet har man av naturliga skäl i första hand koncentrerat sig på hyra av bostadslägenhet. De normer som här utbildats är därför långt mer bestämda än motsvarande normer för affärslokaler. För dessa gäller i dag blott ett indirekt uppsägningsskydd i form av skadeståndsskyldighet (se t.ex. *Saarnilehto* 1975 s. 73 ff.) I lagförslaget § 117 har dock införts en generalklausul, som avser att garantera innehavare av affärslokal ett direkt uppsägningsskydd i vissa fall: domstol kan förklara en uppsägning vara utan verkan bl.a. om uppsägningen, med

beaktande av hyresgästens förhållanden, bör anses vara oskäligen och godtagbart skäl till uppsägning inte föreligger.

Denna generalklausul kan naturligtvis inte erbjuda lika specifika aktörer för det civilrättsliga rollhäftet som stadgandena om uppsägning av bostadslägenhet. Uppenbart är emellertid att de roller som ovan omtalats kan ge en viss vägledning då man har att bedöma, huruvida hyresvärderna har godtagbart skäl för uppsägning. En förutsättning för att man skall behöva pröva skälen till uppsägningen är emellertid att uppsägningen framstår som oskäligen med beaktande av hyresgästens förhållanden. Uppsägningsskyddet är här m.a.o. direkt förankrat i *hyresgästens behov*. Dessa kan vara av varierande slag. I förarbetena till lagen nämns blott ett exempel, som har samband med strävan att trygga hyresgästens *utkomstmöjligheter*:

»Om hyresgästen kan påvisa, att en motsvarande lägenhet inte står att få på orten och att han helt måste upphöra med att bedriva rörelse eller yrke, borde domstolen utreda, vilken betydelse uppsägningen har för hyresvärderna» (*Reg.prop. 127/1984 s. 80*).

3.3.3. *Framskjutande av flyttningsdag*

Även om det föreligger en uppsägningsgrund kan hänsyn till hyresgästens intressen medföra att uppsägningens verkningar framskjuts. Hyresgästens flyttningsdag kan framskjutas (med högst ett år) på grundval av hans, i lagen särskilt specificerade, konkreta behov (HyresL § 39). Stadgandena om framskjutande av flyttningsdag i lagförslaget (§§ 67, 122) är avsedda att i huvudsak motsvara tidigare gällande rätt (*Reg.prop. 127/1984 s. 58, 81*).

För en hyresgäst i en bostadslägenhet kan flyttningsdagen framskjutas, om hyresgästen har betydande svårigheter att få en annan bostad före flyttningsdagen. Hyresgästen i en affärslokal kan åter åberopa stadgandena om framskjutande av flyttningsdag, om anskaffandet av en annan lägenhet och upphörandet på flyttningsdagen med den verksamhet som bedrivs i lägenheten skulle föranleda oskäligt stora svårigheter med avseende på hyresgästens utkomstmöjligheter. Genom dessa stadganden har man, grovt sagt, strävat att ta hänsyn till den *presumtivt bostadslösa hyresgästens* och den *presumtivt utkomsthämmade hyresgästens* (som i en mer extrem form omtalades redan ovan p. 3.3.2.3.) behov.

Vid prövningen av frågan om framskjutande av flyttningsdag skall man beakta, huruvida hyresvärderna eller någon annan person härav

åsamkas betydande olägenhet eller skada (i lagförslaget anges att framskjutande i sådana fall inte får ske). Hyresvärdens och andra personers — såsom t.ex. den nya hyresgästens samt grannarnas (*Reg. prop. 127/1984 s. 58*) — behov kan således, om de bedöms som betydande, ges företräde före hyresgästens behov.

Då en uppsägning av ett hyresförhållande framför allt innebär, att hyresvärdens undandrar sig sin förpliktelse att ställa lägenheten till hyresgästens förfogande, medan hyresgästen framtas sitt anspråk på att få besitta lägenheten, kan man säga att hyresvärdens i samband med uppsägningen agerar som (natura)gäldenär medan hyresgästen befinner sig i positionen av (natura)borgenär. Den presumtivt bostadslösa eller utkomsthämmade hyresgästen kan därför omtalas som ett av de fåtaliga exemplen på behovsorienterade *borgenärsroller*.

3.4. Skadeståndsskyldighetens omfattning och parternas behov

3.4.1. Inledning

I skadeståndsrätten utgår man vid beräkningen av ersättning från att hela den ekonomiska skada som den skadelidande åsamkats genom den skadevällande handlingen skall ersättas. Tillämpningen av denna formella och abstrakta norm, bestämningen av den lidna skadan, måste av nödvändighet, särskilt vid personskada men stundom också vid sakskada, vara avhängig av den skadelidandes ekonomiska o.a. personliga förhållanden. En höginkomsttagare som blir arbetsförmögen lider en större ekonomisk skada än en låginkomsttagare. Med hänsyn till utvecklingen av en social civilrätt är naturligtvis denna personrelatering av skadeståndsberäkningen ointressant: den utgör ett traditionellt exempel på en reglering som är status quo-bevarande (se ovan 1.2.2.).

Detta hindrar naturligtvis inte att resonemangen vid bestämningen av skadeståndets omfattning stundom kan få en viss behovsrationell prägel. Som godtyckligt valda exempel på sådana avgöranden kan följande rättsfall nämnas:

HD 1972 II 82. En persons rörelseförmåga hade på grund av en trafikolycka försvagats till den grad, att han icke förmådde sköta sin tidigare befattning. Emedan han med hänsyn till sin *ålder* icke längre hade möjligheter att på sin hemort erhålla ett arbete, som lämpade sig för hans

arbetsförmåga, och han sålunda mist sina möjligheter till förtjänst, förordnades att till honom, trots att hans medicinskt preciserade invaliditetsgrad var lägre än 100 procent, skulle utgå full invalidpension från trafikförsäkringen.

HD 1978 II 75. Vid beräkandet av skadeståndet för lyte och bestående men, som förorsakats av förlust av öga, beaktades att den skadelidande till *yrket* var fotograf.

I skadeståndsrätten föreligger det likväl också stadganden som förefaller anknyta rättsföljder till den svaga skadelidandes behov: en sådan behovsorientering på *borgenärssidan* framträder i SkL 5:4 angående underhållsberättigads rätt till skadestånd då underhållsskyldig dödats. I vissa andra stadganden, enligt vilka skadestånd skall fastställas efter skälighetsprövning eller skadestånd kan jämkas, ligger tonvikten åter på den skadeståndsskyldiges (*gäldenärens*) behov att undgå full ersättnings-skyldighet. I vartdera fallet skall hänsyn likväl också tas till motpartens intressen: de sagda stadgandena i SkL är mer eller mindre general-klausulsartade och deras tillämpning styrs sålunda med hjälp av *rikt-linjebegrepp* (se härom nedan 4.5.3.).

3.4.2. *Behovet av underhåll*

I SkL 5:4 föreskrivs, att en underhållsberättigad — främst make och barn (se *Saxén* 1975 s. 300 ff. och 1983 s. 444) — som blir utan nödig försörjning p.g.a. att den underhållsskyldige dödats, skall, med beaktande av den skadeståndsskyldiges tillgångar och omständigheter, i skadestånd tilldömas vad för honom erfordras till dess han själv kan försörja sig. Med avvikelse från den fulla ersättningens princip anger man här att skadeståndet skall beräknas på grundval av en *behovsprövning*.

Avsteget från principen om full ersättning har motiverats med hänvisning till att SkL 5:4 ju utgör ett undantag från den allmänna skadeståndsrättsliga principen att tredjemansskador inte skall ersättas (se t.ex. *Kangas* 1982 s. 242). Teoretiskt skulle alltså den underhållsberättigades rätt till skadestånd *utvidgas* och inte begränsas genom den ifrågavarande regleringen. *Hellner* (1985 s. 301) påpekar dock att behovsprövningen kan ges en mer påtaglig (snarast rättsteknisk) motivering: »dödsfall ofta medför en sådan omvälvning i de anhörigas ekonomiska ställning att en jämförelse med situationen sådan den skulle ha varit om intet dödsfall inträffat blir vansklig och stundom rätt godtycklig».

Reglerna om de efterlevandes rätt till ersättning för underhåll anknyter nära till de familjerättsliga reglerna om underhåll (*Kangas* 1982 s. 242 f. anser t.o.m. att förutsättningarna för ersättning resp. underhåll i SkL 5:4 och i UnderhållsL § 1 är i princip desamma). Det som ovan (3.1.1. p. i) sagts om underhållsreglernas närhet till socialrätten äger sålunda en viss giltighet även här. Från detta perspektiv är det m.a.o. inte överraskande att vi påträffar en behovsorienterad reglering just i föreliggande sammanhang. Regleringen har också gamla anor: ett motsvarande stadgande ingick redan i 1889 års SL 9:3.

Den behovsprövning som skall företas med stöd av SkL 5:4 är i viss mån ambivalent med hänsyn till de kriterier som tidigare (1.2.2.) angivits för en social civilrätt. På grundval av stadgandet kan man — på samma sätt som vid tillämpningen av stadgandena om familjerättslig underhållsskyldighet (se t.ex. *Helin* 1984 s. 154 f.) — såväl argumentera för en positiv särbehandling av ekonomiskt och socialt svaga skadelidande som betona status quo -intresset:

— Å ena sidan kan man ta hänsyn till dödsboets förmögenhetsförhållanden (*Saxén* 1975 s. 304) o.a. liknande omständigheter då man fastställer behovet av försörjning. En i denna mening ekonomiskt svag skadelidande skulle således ha en (åtminstone relativt sett) större rätt till ersättning än en mer välbärgad. En *outbildad* skadelidande skulle också ha större behov av försörjning än en utbildad skadelidande som befinner sig på arbetsmarknaden.

Se t.ex. *HD 1978 II 30*. Änka tilldömdes i skadestånd underhållsbidrag för den tid, under vilken hon utbildats för ett nytt yrke.

— Å andra sidan sägs man också böra beakta den skadelidandes levnadsstandard (*Saxén* 1975 s. 304). Genom den »nödiga försörjningen» skulle man sträva till att hålla familjens levnadsstandard möjligast nära den nivå den hade så länge den underhållsskyldiga levde. Med ett sådant synsätt kommer SkL 5:4 att i någon utsträckning fungera på samma sätt som då man beräknar ett skadestånd till den skadelidande själv: ju bättre ställd familjen varit, desto större skadestånd bör den erhålla.

Se t.ex. *Hans Saxén* (1975 s. 306) som anser sig ha iakttagit »en ökad benägenhet att döma ut en ersättning som till storleken närmar sig vad den avlidnes anhöriga förlorat genom dennes fränfälle». Detta kan bero på utformningen av 6 § TrFörsL (*ibid.*).

Den beskrivna sociala ambivalensen hos SkL 5:4 vidlåder inte stadgandets hänvisning till den skadeståndsskyldiges tillgångar och omständigheter. Denna är — liksom motsvarande hänvisning i SL 9:3 (se t.ex. *Hakulinen* 1962 s. 355) — avsedd att ge domstolen möjlighet att minska skadeståndsskyldigheten för skadevällare med begränsade tillgångar. Den fattiga skadevällaren befinner sig i en bättre ställning än den rika. Till denna del överensstämmer regeln m.a.o. med de jämnings- o.a. regler som omtalas i följande avsnitt. De behovsorienterade gäldenärsroller som kan analyseras fram på grundval av SkL 5:4 måste därför uppenbarligen mer eller mindre överensstämma med de roller som skall beröras i fortsättningen.

Det är intressant att konstatera, att den mot gäldenärens behov orienterade regeln i SkL 5:4 har sina rötter i den debatt om skadeståndsrättens utformning som fördes under 1800-talet. Redan då accepterade man allmänt att man vid bestämningen av skadestånd till efterlevande borde relatera ersättningens belopp till den skadeståndsskyldiges betalningsförmåga (se *Kivivuori* 1969 s. 242 ff.). Förklaringen till att man så tidigt här tänkte »behovsrationellt» kan ligga i den redan tidigare antydda nära anknytningen till familjerättsliga tankegångar. Ett av *Kivivuori* (1969 s. 246) citerat uttalande från lagstiftningsarbetet i *Baden* under förra hälften av 1800-talet är belysande: »En jämkning av ett skadeståndskrav på den grund att den prestationsskyldiga har många barn eller att han annars behöver all sin egendom, är inte hållbart med hänsyn till rättsprinciperna. Men det är skäligt, att inte den, för vilken det redan är svårt att föda hans egna barn, behöver offra allt till förmån för främmande barn, som han kränkt genom sin gärning» (översatt här).

3.4.3. Jämkning av skadestånd m.m.

3.4.3.1. Inledning

Det som under 1800-talet — och långt in på 1900-talet — inte ansågs »hållbart med hänsyn till rättsprinciperna» har i dag blivit gällande rätt. En av de mest väsentliga nyheterna i 1974 års SkL var stadgandena om möjlighet att *jämka* skadestånd (särskilt SkL 2:1.2, samt även SkL 3:6). Till dessa ansluter sig också de stadganden som ger domstol möjlighet att fastställa skadeståndet på grundval av *skälighetsprövning* vid skada

som vållats av barn (SkL 2:2), person med rubbad själsverksamhet (SkL 2:3) och arbetstagare (SkL 4:1).

Ytterligare kan i detta sammanhang nämnas regeln om fördelning av skadeståndsskyldighet i SkL 6:3.

Det föreligger inte någon uttrycklig avgränsning av de omständigheter som får beaktas vid jämkning och skälighetsprövning. Alla de sagda stadgandena är öppna generalklausuler som ger domstolen möjlighet att beakta såväl de kriterier som omnämnts i stadgandena som »omständigheterna i övrigt» eller »övriga omständigheter». Då man granskar de omständigheter som särskilt framhävs i lagen framgår likväl att tyngdpunkten förlagts på olika sätt i de olika stadgandena. I den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2 omnämner man särskilt blott skadevållarens och den skadelidandes ekonomiska förhållanden, medan t.ex. relevansen av den grad av skuld som kan tillräknas skadevållaren framgår blott ur motiven (*Reg.prop. 187/1973* s. 13) — ifall det inte föreligger uppsåt. I stadgandena om fastställande av skadestånd på grundval av skälighetsprövning utpekas däremot flera kriterier för bedömningen. Hänsynen till parternas förhållanden och behov framstår här blott som en av flera likvärda relevanta omständigheter.

I det föreliggande arbetet riktar sig intresset mot de kriterier för bedömningen som har samband med en parts ekonomiska o.a. behov. I det följande undersöks därför, hur dessa kriterier har konkretiserats och bör konkretiseras, medan de övriga kriterierna i stort sett förbigås. Syftet är ju att finna ut, hurudana behovsorienterade personroller som kan utnyttjas i detta sammanhang. Mot bakgrund av det som ovan sagts om betoningen av detta slag av omständigheter i lagtexten kan man förvänta sig att hitta material för en sådan diskussion framför allt kring den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2, som därför först belyses. Därefter berörs de övriga skälighetsreglerna, där det emellertid — p.g.a. kriteriernas mångfald — kan förväntas vara svårare att ur de konkreta avgörandena dra klara slutsatser om de behovsorienterade rollernas betydelse.

I alla de nämnda stadgandena fästs uppmärksamhet vid såväl skadevållarens som den skadelidandes behov. Vi har att göra med stadganden som kan konstituera både behovsorienterade gäldenärs- och borgenärs-

roller. Då fråga är om en avvikelse från skadeståndsrättens hävdvunna princip om full ersättning är det likväl naturligt att uppmärksamheten i första hand koncentreras på de argument som talar för en nedsättning av skadeståndsansvaret, d.v.s. i regel argument som anknyter till skadevållarens (gäldenärens) behov. Denna utgångspunkt överensstämmer särskilt väl med den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2, där en förutsättning för jämkning ju anges vara att skadeståndet »finnes oskäligt betungande» för skadevållaren (se även nedan 3.4.3.7.). I de övriga skälighetsreglerna framgår någon sådan utgångspunkt inte av lagtexten; då här är fråga om ansvar för sådana skadevållare som ansetts ha ett särskilt behov av en »mild» behandling måste bedömningen uppenbarligen även i dessa fall många gånger anknyta närmare till skadevållarens (gäldenärens) omständigheter.

Mot denna bakgrund ter det sig naturligt att här först analysera de relevanta gäldenärsrollerna i anknytning till respektive stadgande. Först härefter anförs samlat vissa synpunkter på borgenärsrollerna (3.4.3.7.). Det är likväl skäl att betona, att man vid den konkreta tillämpningen av stadgandena givetvis inte kan bedöma vardera parterna på detta sätt lösryckta från varandra. De rollbegrepp som här beskrivs är *typiska riktlinjebegrepp*, som utpekar omständigheter vilka är relevanta vid en helhetsbedömning, där vardera partens behov måste vägas samman. Ju större behov av jämkning som föreligger på gäldenärssidan, desto större behov måste borgenärssidan kunna åberopa för att förhindra jämkning och vice versa.

3.4.3.2. Den allmänna jämningsregeln i SkL

Enligt SkL 2:1.2 kan skadestånd jämkas, om skadeståndsskyldigheten finnes oskäligt betungande med hänsyn till skadevållarens och den skadelidandes ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt.

Enligt lagtexten förutsätts, för att jämkning skall kunna ske, att skadeståndsskyldigheten är »oskäligt betungande». Ordet »betungande» kan uppfattas ange, att ribban för jämkning bör läggas högt; det att skadevållaren i något avseende får knappa in på sitt sätt att leva skulle ännu inte vara ett tillräckligt skäl för jämkning. Ett uttalande i förarbetena till SkL antyder också en sådan syn på problematiken; man anger att

det vore »oskäligt om en enskild persons och hans familjs *utkomst skulle bli äventyrad* genom ett skadeansvar som han ådragit sig genom vårdslöshet» (*Reg.prop. 187/1973* s. 13, kurs. här; i den finska texten används i stället för verbet äventyra det ännu mer långtgående uttrycket »*raunioittaa kokonaan*», d.v.s. helt raseras, *HE 187/1973* s. 13). *Routamo — Hoppu* (1977 s. 302) anser också att denna i förarbetena angivna linje bör tas till utgångspunkt vid tillämpningen av SkL 2:1.2.

Också i den svenska skadeståndslagen, 6:2, föreskrivs att jämkning skall ske om skyldigheten att utge skadestånd är »oskäligt betungande». Även här har uttrycket uppfattats innebära att jämkning skall ske blott då skadeståndsskyldigheten skulle innebära mer ingripande förändringar i den skadeståndsskyldiges ekonomi. Det är inte avsett att jämkning skall ske redan om »ett skadestånd blir kännbart för den skadeståndsskyldige och medför vissa försakelser för honom när det skall betalas» (*Bengtsson 1982* s. 255). I förarbetena anges nämligen »en riktpunkt för bedömningen kunna vara, om skadeståndet skulle komma att belasta den skadeståndsskyldiges ekonomi i sådan grad att hans standard därigenom skulle komma att avsevärt understiga en genomsnittsfamiljs. Måste han för att betala skadeståndet inskränka sin och sina anhörigas livsföring väsentligt mer än vad en genomsnittsfamilj måste göra för att kunna skaffa sig något utöver det vanliga, torde skadeståndet normalt få anses oskäligt betungande» (*Sv.Prop. 1975:12* s. 176; i uttalandet kunde naturligtvis också inläsas ett ställningstagande till förmån för en starkt behovsorienterad (personellt differentierande) tillämpning: för personer, vilkas standard redan före skadeståndskravet understiger genomsnittet, borde jämkning lätt komma i fråga).

I Finland förefaller man i rättspraxis inte — åtminstone inte i HD — ha hemfallit åt en så strikt tolkning av uttrycket »oskäligt betungande» som det ovan sagda kunde ge anledning till. Som *Hans Saxén* (1983 s. 413) påpekar, har man i flera fall lagt tonvikten på »oskäligt» snarare än på »betungande». Man har jämkat skadestånd också i fall där de ifrågakommande beloppen är så små att skadevållarens ekonomi knappast skulle ha äventyrats eller raserats av ett fullt skadestånd. Som den nedanstående sammanställningen av fall från HD, där skadestånd jämkats med stöd av SkL 2:1.2, visar, har jämkningen ofta gällt absolut sett ganska obetydliga skadeståndsbelopp.

Av översikten framgår tydligt, att HD inte uppfattat SkL 2:1.2 som ett stadgande, vilket kunde åberopas blott vid extraordinärt höga

Jämkning med (direkt eller analogt) stöd av SkL 2:1.2 i HD

	Fullt skadestånd/mk	Jämkat (utdömt) belopp/mk
<i>HD 1979 II 14</i>	6 409,01	3 204,50
<i>HD 1980 II 50</i>	62 248,62	10 000,— ¹
<i>HD 1981 II 10</i>	10 000,—	4 000,— ²
<i>HD 1981 II 23</i>	93 250,—	62 167,—
<i>HD 1981 II 102</i>	11 572,77	4 000,—
<i>HD 1981 II 124</i>	6 000,— + 750,— ³ / mån.	3 000,— + 250,—/ mån.
<i>HD 1982 II 103</i>	15 782,—	2 000,—/5 000,— ⁴
<i>HD 1982 II 107</i>	35 000,— ⁵	12 000,—
<i>HD 1984 II 47</i>	2 057 396,84	500 000,—/300 000,— ⁴
<i>HD 1984 II 182</i>	7 577,35	3 788,65 ⁶
<i>HD 1985 II 51</i>	220 000,—	120 000,—
<i>HD 1985 II 82</i>	1 055 181,34	527 590,67
<i>HD 1985 II 154</i>	149 472,49	50 000,— ⁷

¹ Jämkning såväl p.g.a. SkL 2:1.2 som 6:1 (medvållande)

² Tre solidariskt ansvariga skadevållare

³ Krävt belopp

⁴ En av de solidariskt ansvariga skadevållarna ådömdes det högre beloppet

⁵ Redan jämkat p.g.a. SkL 6:1

⁶ Ej hänvisning till SkL 2:1.2

⁷ Grunden oklar, eventuellt fråga om medvållande, samtycke eller tillämpning av grunderna för SkL 6:3

skadeståndsbelopp, som klart skulle bringa skadevållarens ekonomi i obalans. I flertalet av fallen har de jämkade beloppen tvärtom varit av relativt moderat storleksordning. Man kan därför påstå, att SkL 2:1.2 i HD:s praxis utvecklats till en mer allmän skälighetsregel, med vars hjälp man kan utdöma lämpligbefunna skadeståndsbelopp med hänsyn till skuldgrad, parternas behov etc. Mot bakgrund av HD:s avgöranden erbjuder SkL 2:1.2 sålunda en god grund också för en utveckling av de behovsorienterade personroller som intresset i detta arbete är riktat mot. Jämkning kan ske inte blott då ett skadestånd är så stort att det skulle framstå som betungande för de flesta, utan man kan i behovsorienterad anda ta hänsyn även till ekonomiskt svaga skadevållares behov av nedsättning av också mindre belopp.

Den omständigheten att HD synbarligen inte uppställt strikta förut-sättningar för en användning av SkL 2:1.2 behöver naturligtvis inte innebära att stadgandet skulle spela en central roll i underrättspraxis. I en undersökning av skadeståndspraxis i underrätt i *personskadefall* som utförts vid Rättspolitiska forskningsanstalten har man bland de 128 fall från 1981 som utgjorde materialet påträffat blott ett fall där skadestånd jämkats p.g.a. skadevållarens dåliga ekonomi och svaga betalningsförmåga (*Mäkipää* 1984 s. 35).

Allmänt och grovt formulerat kan man säga, att SkL 2:1.2 särskilt skyddar den (i vidsträckt mening) »fattiga gäldenären». Det närmare innehållet i detta begrepp är dock situationsbestämt. Bedömningen av, när en skadevållares ekonomi är så svag att han inte bör åläggas ett fullt skadeståndsansvar är naturligtvis — även om man frångått kravet att skadeståndet bör äventyra skadevållarens ekonomi — beroende bl.a. av skadans storlek: ju större skadan är desto lättare kan ett fullt skadestånd bli oskäligt t.o.m. för en person med goda finanser.

En närmare beskrivning av den »fattiga gäldenären» försvåras också av, att man i HD:s årsbok överraskande nog i dessa fall inte brukar inta några som helst konkreta uppgifter om skadevållarens ekonomi. Man utgår uppenbarligen från, att avgörandena i detta hänseende saknar prejudikatvärde. Om man önskar klarlägga, vilken principiell linje med hänsyn till vad som skall anses oskäligt betungande som HD följt i dessa fall — och om HD överhuvudtaget här följt någon linje — är referaten av målen på denna punkt klart bristfälliga. Först genom att stifta bekantskap med *handlingarna* i målet kan man erhålla en bild av hur HD:s fattiga gäldenär egentligen ser ut.

Vid bedömningen av de ekonomiska förhållanden på skadevållarens sida som det fulla skadeståndet skall relateras till kan hänsyn tas bl.a. till följande omständigheter:

(i) *Skadevållarens förmögenhet*. Saknar skadevållaren tillgångar utgör detta ett gott argument för jämkning redan av ett relativt litet skadeståndsbelopp. Den *medellösa gäldenären* är en rollfigur som förtjänar rättstillämparens medkänsla:

I *HD 1981 II 102* hänvisade man som argument för jämkning uttryckligen till skadevållarens medellöshet och små inkomster (»ottaen huomioon A:n tulojen pienuus ja hänen varattomuutensa») som argument för jämkning av ett belopp på 11 572,77 mk till 4 000 mk. Till förmån för jämk-

ning talade uppenbarligen i detta fall också det faktum att motparten var ett försäkringsbolag som åberopade sin regressrätt enligt 20 § TrFörsL. Fallet är såtillvida ett gott exempel på jämkning p.g.a. skadevållarens (och den skadelidandes) ekonomiska förhållanden, att någon jämkning p.g.a. ringa skuld hos skadevållaren knappast skulle ha kommit i fråga (skadevållaren hade gjort sig skyldig till rattfylleri).

Till gäldenärens »förmögenhetsförhållanden» hänvisas också i fallen *HD 1981 II 23*, *1981 II 124*, *1982 II 107*, *1985 II 51* och *1985 II 82*.

Vid bedömningen av skadevållarens förmögenhetsförhållanden bör man inte blott fästa avseende vid förmögenhetens totalbelopp. Olika slag av förmögenhet anses böra värderas på olika sätt (se *Bengtsson 1982 s. 261*, som bl.a. framhåller att banktillgodohavanden och värdepapper alltid kan tas i anspråk). Särskilt kan noteras att man här liksom på många andra områden av civilrätten speciellt strävat att trygga en parts rätt till *bostad* m.m. I de svenska förarbetena till jämningsregeln uttalas uttryckligen, att det kan »anses oskäligt att tvinga den ansvarige att sälja ett ordinärt egna hem eller en gård som han sedan länge har bebott och brukat» (*Sv.Prop. 1975:12 s. 177*). Tanken att skadevållarens innehav av bostad är speciellt värd att skyddas vid tillämpningen av den allmänna jämningsregeln har satt spår även i den finska juridiska litteraturen (*Saxén 1975 s. 163*). Den förefaller också ha beaktats i rättspraxis.

I *HD 1981 II 124*, där man jämkade ett relativt lågt ersättningsbelopp (6 000 mk + 750 mk/mån. till 3 000 mk + 250 mk/mån.) bodde svarandena i en egen stuga, som uppenbarligen kunde ha tagits i anspråk för betalningen av skadeståndet.

(ii) *Skadevållarens inkomster*. Är skadevållaren en person »utan tillgångar, som saknar särskilda utsikter till bättre inkomster, står det klart att ansvaret får anses betungande, om skadeståndet inte är rätt obetydligt» (*Bengtsson 1982 s. 257*). Också *låginkomsttagargäldenären* bör skyddas av rättstillämparen.

I *HD 1979 II 14* jämkades en liten skada med uttrycklig hänvisning till skadevållarens »ringa inkomster och hans underhållsplikt». Detta fall påminner i flera avseenden om det ovan omtalade *HD 1981 II 102*, där man också hänvisade till skadevållarens små inkomster. Även här var motparten ett försäkringsbolag och inte heller här kunde jämkningen motiveras med hänvisning till skuldgraden: skadevållaren dömdes i sam-

ma process till fängelsestraff för grov vårdslöshet i trafik och vållande av kroppsskada.

Hänvisningen till »förmögenhetsförhållandena» i de fall som nämns ovan under p. i kan naturligtvis tänkas avse också skadevållarens inkomster.

Handlingarna i de ovannämnda målen visar, i den mån de innehåller uppgift om skadevållarens inkomster, att det här verkligen varit fråga om låginkomsttagare:

	inkomst	jämkning
<i>HD 1979 II 14</i>	1 800—2 800,—/mån. (fyra barn)	6 409,01—3 204,50
<i>HD 1981 II 23</i>	1 872,66/mån. (ett barn)	93 250,—→62 167,—
<i>HD 1981 II 102</i>	ingen inkomst för tillfället, studier finansierats inom ramen för invalid- vårdslagstiftningen; bor gratis hemma	11 572,77→4 000,—
<i>HD 1981 II 124</i>	1 700,—/mån. (mannen) och ingen inkomst (hustrun)	6 000,—+750,—/mån.— 3 000,—+250,—/mån. (samma jämkning för såväl mannen som hustrun)

Gäldenärens inkomster kan vara begränsade av någon särskild anledning såsom arbetslöshet eller sjukdom (se även *HD 1981 II 102* ovan). Vid tillämpningen av den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2 är det därför inte uteslutet att man som riktlinjebegrepp utnyttjar roller som man träffar på också annorstädes i detta arbete: den *arbetslösa gäldenären* och den *sjuka gäldenären* m.fl.

När skadevållaren är en person (i praktiken oftast en *kvinn*a) som p.g.a. arbete i hemmet står utanför arbetsmarknaden uppstår här ett problem som är analogt med det som kan uppkomma då minderåriga förorsakar skada (se nedan 3.4.3.5.): bör man beakta att den formellt inkomstlösa kvinnans familj, t.ex. genom mannens inkomster, kanske som helhet har en god utkomst? Hänsynen till kravet på *social utjämning* talar här, liksom när det gäller minderåriga, för att man tar hänsyn till hela familjens ställning; hänsynen till kvinnans *självständighet* talar åter emot att man ålägger henne en skyldighet att prestera ett skadestånd,

som hon kan klara av endast genom att också i framtiden vara beroende av sin mans inkomst.

Jfr *HD 1981 II 124* ovan, där mannen, som var låginkomsttagare, och hustrun, som saknade inkomst, i jämningshänseende behandlades lika.

(iii) *Skadevållarens familjeförhållanden och underhållsskyldighet*. Vid bedömningen av, huruvida skadeståndet skall anses betungande, är det naturligt att man tar hänsyn inte blott till skadevållaren själv utan även till hans familjs behov. Skadevållarens underhållsskyldighet bör beaktas vid skälighetsbedömningen (så *Bengtsson 1982 s. 257*, *Saxén 1975 s. 163*). Den *underhållsbelastade gäldenären* bör erhålla stöd av rättstillämparen.

Se rättsfallet *HD 1979 II 14* ovan, där gäldenären hade fyra barn och liten inkomst.

(iv) *Existensen av ansvarsförsäkring*. Är skadevållarens ansvar täckt av en ansvarsförsäkring saknas ur skadevållarens synvinkel anledning till jämkning. Man kan säga att ansvarsförsäkringen skapar ett icke-behov hos skadevållaren; i den mån ansvarsförsäkringen bl.a. genom hemförsäkringens utbredning blir allt allmänare kunde det te sig som ett mer naturligt språkbruk att säga att den *icke-ansvarsförsäkrade gäldenären* har ett särskilt behov av stöd från rättstillämparen. — Det kan i dag betraktas som en relativt fast huvudregel, att ett skadestånd inte bör jämkas till den del det täcks av ansvarsförsäkring (se t.ex. *Routamo — Hoppu 1977 s. 302*, *Bengtsson 1982 s. 254* och *HD 1984 II 28*).

Ovan har främst beskrivits omständigheter som kan beaktas vid en jämkning av privatpersoners skadeståndsansvar. Med hänsyn till arbetets tematik är dessa situationer också av primärt intresse. Möjligheten att jämka skadeståndsansvar med stöd av SkL 2:1.2 kan också antas ha mer begränsad betydelse när det gäller ett företags ansvar.

I motiven till SkL vill man mer eller mindre utesluta en sådan jämningsmöjlighet: »Jämkning skulle dock icke komma ifråga vid fall av världslost handlande mot annan i samband med verksamhet, som syftar till ekonomisk nytta. Sålunda skulle jämkning med stöd av förevarande stadgande i allmänhet inte kunna komma ifråga beträffande samfund som idkar ekonomisk verksamhet» (*Reg.prop. 187/1973 s. 13*). Detta uttalande har dock ådragit sig kritik i litteraturen (*Routamo — Hoppu 1977 s. 303*, *Saxén 1975 s. 163*). Det förefaller inte alls otänkbart att man kunde tillgripa den allmänna jämningsregeln t.ex. i fall där ett litet eget vållande hos en *småföretagare med begränsad ekonomisk bärkraft* lett till en omfattande skada. En sådan möjlighet skulle stämma bättre överens med

det som sägs nedan om möjligheten att jämka arbetsgivares skadeståndsansvar i vissa fall.

3.4.3.3. Arbetsgivares skadeståndsansvar

En arbetsgivare bär enligt 3 kap. SkL ett ansvar oberoende av vållande för skada som arbetstagaren förorsakar genom fel eller försummelse i arbetet. Detta principalansvar kan emellertid, på grundval av en särskild jämningsregel, jämkas, om det framstår som oskäligt. I SkL 3:6 föreskrivs, att om en skadeståndsskyldighet som avses i 3 kap. SkL befinns uppenbart oskälig eller om det med hänsyn till skadans storlek samt övriga omständigheter föreligger särskilda skäl, kan skadeståndet jämkas.

Också vid tillämpningen av denna jämningsregel är den skadeståndsansvariges ekonomiska ställning av central betydelse. Vid bedömningen av, huruvida skadeståndsskyldigheten kan anses uppenbart oskälig bör man nämligen beakta, »å ena sidan beloppet av full ersättning, å andra sidan den ersättningsskyldiges ekonomiska omständigheter» (*Reg.prop. 187/1973 s. 19*); man bör fästa avseende vid hans »ekonomiska bärkraft» (*ibid.*). Genom SkL 3:6 bör man i första hand sträva att skydda *småföretaget med begränsad ekonomisk bärkraft* (se även *HD 1985 II 23*, där skadeståndet jämkades till förmån för ett *bostadsaktiebolag*).

Också vid tillämpningen av SkL 3:6 är existensen av *ansvarsförsäkring* av betydelse. Vidare kan en arbetsgivares underlåtenhet att ta ansvarsförsäkring stundom åberopas som argument mot jämkning; här kan man dock ställa större krav på storföretag än på mindre företag och enskilda personer (*Reg.prop. 187/1973 s. 19 f.*; se även *HD 1985 II 23*).

Även vid tillämpningen av SkL 3:6 bör man naturligtvis ta hänsyn till den skadelidandes behov (*Reg.prop. 187/1973 s. 20*). Detta är kanske skäl att särskilt framhäva här, mot bakgrund bl.a. av den allmänt negativa syn på möjligheterna att jämka skadestånd vid ekonomisk verksamhet som omtalats ovan (3.4.3.2. i slutet). Denna allmänna utgångspunkt kunde lätt sägas tala för att man i görligaste mån bör undvika att jämka ett skadestånd som ett företag skall prestera åt en enskild person (jfr å andra sidan *UppsägnL* och *JämstL* nedan).

I viss nyare arbetsrättslig lagstiftning har man också infört skälighetsregler, som ger domstol en möjlighet att beakta bl.a. arbetsgivarens ekonomiska ställning vid bestämning av skadestånd. Också dessa ger

uttryck för tanken på småföretaget med begränsad ekonomisk bärkraft som en särskild behovsorienterad gäldenärsroll.

I UppsågnL ingår bestämmelser om ersättning för ogrundad uppsägning av arbetstagare. Enligt 20 § UppsågnL bör arbetsgivaren åläggas att i sådan ersättning utge minst tre och högst tjugo månaders lön. När man fastställer den exakta storleken av ersättningen bör man beakta, utom arbetstagarens och arbetsgivarens förhållanden i allmänhet, i synnerhet bl.a. arbetsgivarens förfarande vid uppsägningen av arbetsavtalet, den anledning arbetstagaren själv gett till uppsägningen, hur länge perioden utan arbete beräknas fortgå, hur länge arbetsförhållandet fortgått, arbetstagarens beräknade inkomstbortfall, hans ålder och möjligheter att senare få arbete som motsvarar hans yrke eller utbildning samt övriga härmed jämförbara omständigheter. De omständigheter som nämns i denna förteckning är av flera olika slag: vissa har samband med parternas »skuld», vissa åter med storleken av den skada som kan anses uppkomma för arbetstagaren. Dessa kriterier är naturligtvis primära vid bestämningen av ersättningens storlek (de bör »i synnerhet» beaktas). Vid sidan av dem bör man emellertid ta hänsyn också till arbetstagarens och arbetsgivarens förhållanden i allmänhet, d.v.s. till borgenärens och gäldenärens behov. I motiven till lagen fäster man särskilt avseende vid gäldenärens (småföretagets) behov:

»Då lagförslaget utformades, fäste man särskild vikt vid, att näringsstrukturen hos oss i hög grad är småföretagsdominerad... I extrema fall skulle man sålunda vara tvungen att överväga småföretags möjligheter att kunna betala utdömd ersättning» (*Reg.prop.* 205/1983 s. 21; så även *Nikula — Sevón* 1984 s. 696 f.).

I den nya JämstL ingår en regel om arbetsgivares skyldighet att betala gottgörelse med anledning av diskriminering på grund av kön (11 §). Enligt det sagda stadgandet kan gottgörelsens storlek nedsättas under det föreskrivna minimibeloppet (10 000 mk) och skyldigheten att betala gottgörelse helt slopas, om det prövas skäligt *med hänsyn till arbetsgivarens ekonomiska ställning*, arbetsgivarens försök att förhindra eller eliminera verkningarna av hans förfarande samt övriga förhållanden. Av motiven framgår vidare, att man avsett att arbetsgivarens ekonomiska ställning skall beaktas också då man utmäter gottgörelsen inom ramen för det stadgade minimi- och maximibeloppet (*Reg.prop.* 57/1985 s. 25).

Ett strängt skadeståndsansvar som åläggs ett litet företag kan drabba inte blott arbetsgivaren utan även arbetstagarna i företaget. Företaget kan råka i ekonomiska svårigheter och gå omkull med påföljd att dess (övriga) arbetstagare förlorar sina arbetsplatser. Man kan fråga sig, huruvida sådana sysselsättningshänsyn bör kunna beaktas då man prövar

frågan om jämkning av arbetsgivarens ansvar. *Bengtsson* (1982 s. 260 f.) framhåller, vid behandlingen av den svenska allmänna jämkningsregeln, att omständigheterna sannolikt någon gång kan »te sig så ömmande för de anställdas del, att det är svårt att bortse från deras situation». I Finland har man åter i samband med stiftandet av UppsägnL klart tagit ställning för möjligheten att beakta skadeståndets effekter på sysselsättningen.

Enligt motiven till UppsägnL kan man ta hänsyn till, huruvida »ersättningens storlek... skulle förorsaka att företagets fortsatta verksamhet riskeras och därigenom ofta även att företagets övriga arbetstagare förlorar sin arbetsplats» (*Reg.prop.* 205/1983 s. 21). Också *Nikula — Sevón* (1984 s. 697) betonar, att ifrågavarande lagstiftnings mål inte är, att företagets övriga arbetstagare skulle förlora sin utkomst p.g.a. den ersättning som skall utbetalas till en uppsagd arbetstagare (se även *Suhonen* 1985 s. 869).

Uttalandena är såtillvida intressanta, att man här av sociala skäl ansett sig kunna göra avsteg från civilrättens traditionella partsfixering och beakta också tredje mans behov vid bedömningen av ett civilrättsligt rättsförhållande. I en skadeståndstvist mellan en arbetsgivare och en skadelidande (arbetstagare eller utomstående) kan man ta hänsyn inte blott till den ifrågavarande arbetsgivarens och den skadelidandes behov, utan även till arbetsgivarens *arbetstagares behov att få behålla sina arbetsplatser*.

3.4.3.4. *Arbetstagares skadeståndsansvar*

En central nyhet i SkL var begränsningen av arbetstagares personliga skadeståndsansvar för skada som han förorsakar i arbetet. Enligt SkL 4:1 är en arbetstagares ansvar för sådan skada i första hand beroende av *skuldgraden*:

- (i) Vid lindrigt vållande är arbetstagaren fri från ansvar.
- (ii) Är arbetstagarens vållande av grovare art är han ansvarig i den mån det med hänsyn till skadans storlek, handlingens beskaffenhet, skadevållarens ställning, den skadelidandes intresse samt övriga omständigheter prövas skäligt.
- (iii) Om skadan förorsakats uppsåtligen skall fullt skadestånd utdömas, om det ej av särskilda skäl prövas skäligt att skadeståndet nedsätts (se härom nedan 3.4.3.6.).

Med hänsyn till temat för det föreliggande arbetet, inverkan av en parts ekonomiska och sociala ställning på den civilrättsliga bedömningen, är framför allt regeln under (ii) av intresse. Denna skälighetsregel skiljer sig i flera avseenden från den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2:

— Utgångspunkten är inte ett fullt skadeståndsansvar, som på särskilt angivna grunder kan jämkas, utan domstolen bör s.a.s. »direkt» utföra en skälighetsbedömning. Här råder m.a.o. ingen presumtion för ett fullt skadeståndsansvar. När man t.ex. i HD använder termen »jämka» för bedömningen av skadeståndsansvaret enligt SkL 4:1 är språkbruket sålunda missvisande. Här undviks en sådan terminologi.

— Då man i SkL 4:1 direkt skall utföra en skälighetsbedömning är det uppenbart att möjligheten att minska ersättningsbeloppen med stöd av detta stadgande är avsedda att gå »betydligt längre än vad stadgandet i SkL 2:1 mom. 2 medger» (*Saxén 1975 s. 165*).

— I lagtexten utpekar man ett flertal kriterier som skall beaktas vid skälighetsbedömningen. »Skadevällarens ställning», varmed avses »ej endast arbetstagarens ställning i arbetsgivarens organisation utan även arbetstagarens löneförmåner» (*Kom.bet. 1965:A4 s. 38*), är blott ett av dessa. Fastän det står klart att den ekonomiska och sociala ställning ifrågavarande arbetstagare befinner sig i bör beaktas även vid tillämpningen av SkL 4:1 är det ofta svårt att t.ex. på grundval av praxis närmare ange, vilken betydelse denna tillmätts och bör tillmätas. Vissa konkreta synpunkter på betydelsen av SkL 4:1 vid utvecklingen av de behovsorienterade gäldenärsrollerna kan dock anföras.

I de diskussioner som föregick tillkomsten av SkL var frågan om arbetstagares personliga skadeståndsansvar central. I denna debatt önskade man från fackföreningshåll uttryckligen anknyta detta ansvar till arbetstagarens *arbetsinkomst*. Finlands Fackförbunds Centralorganisation FFC föreslog i flera sammanhang ett ersättningstak som skulle uppgå exempelvis till en månadslön för ifrågavarande arbetstagare (se t.ex. FFC:s utlåtande till justitieministeriet 7. 11. 1972 s. 9; så även reservationen till *Lagutsk.bet. 5/1974 s. 9*). Detta förslag vann inte som sådant genklang. Som en — något mager — kompensation intogs dock följande uttalande i motiven till regeringens proposition:

»Regeringen anser emellertid att stadgandet i 4 kap. 1 § i praxis bör tolkas så, att särskild uppmärksamhet fästes vid arbetstagarens och hans

familjs utkomstmöjligheter och levnadsförhållanden och att ersättningens belopp icke får stiga till ett oskäligt belopp med hänsyn till arbetstagarens arbetsinkomst» (*Reg.prop. 187/1973 s. 21*).

I princip bör naturligtvis alla de kriterier för en nedsättning av skadeståndsansvaret som nämnts ovan i 3.4.3.2. — arbetstagarens förmögenhet, arbetstagarens inkomster, arbetstagarens familjeförhållanden och underhållsskyldighet samt även existensen av eventuell ansvarsförsäkring — kunna beaktas också vid tillämpningen av SkL 4:1. Mot bakgrund av stadgandets nyss belysta tillkomsthistoria kunde man dock väl argumentera för, att man bland dessa kriterier borde fästa särskild uppmärksamhet vid arbetstagarens arbetsinkomst. SkL 4:1 skulle ge *låginkomsttagaren* ett bättre skydd än den högt avlönade.

Se även de tidigare förarbetena till regeln om arbetstagares ansvar: sådana omständigheter att arbetstagaren tillhör företagets ledning eller »att han såsom särskild sakkunnig på området eller såsom annan »specialist» erhåller stor lön, är sålunda grunder, med hänsyn till vilka även en mindre vårdslöshet av arbetstagaren vid uppgiftens utförande kan göra regressrätten berättigad» (*Kom.bet. 1965:A4 s. 38*).

Av orsaker som tidigare angavs är det svårt att ge någon klar bild av vilken betydelse man i rättspraxis tillmätt den enskilda arbetstagarens arbetsinkomst vid tillämpningen av SkL 4:1. I referaten av målen saknas regelmässigt uppgifter om den ifrågavarande arbetstagarens arbetsinkomst (nedanstående uppgifter är hämtade från handlingarna i målen). I alla de fall där HD utdömt en skälighetsprövad ersättning med stöd av den sagda paragrafen har man också uttryckligen — vilket ju lagen förutsätter — sagt sig fästa avseende vid handlingens beskaffenhet eller arbetstagarens skuld; vid sidan därav säger man sig ha beaktat arbetstagarens »ekonomiska förhållanden» (*HD 1980 II 64*), hans »ekonomiska ställning och dess inverkan på hans möjlighet att ersätta den skada han förorsakat» (»A:n taloudellinen asema ja sen vaikutus hänen mahdollisuuteensa korvata aiheuttamansa vahinko», *HD 1981 II 106*) eller arbetstagarens »ställning». Då skuldgraden spelar en så betydande roll vid bedömningen kan man inte av avgörandena utläsa, i vilken utsträckning just den ifrågavarande arbetstagarens konkreta ekonomiska ställning påverkat avgörandet. Den nedanstående översikten över rättspraxis i HD måste läsas med denna reservation. Man kan på basen av den blott

konstatera, att HD i flera fall betydligt nedsatt skadeståndsskyldigheten just för arbetstagare med relativt liten inkomst.

Skälighetsbedömt skadestånd enligt SkL 4:1

	Fullt skadestånd/mk	Utdömt skadestånd/mk	Arbets- tagarens arbetsink.
<i>HD 1980 II 64</i> (lastbilschaufför)	32 668,77	20 000,—	ej uppgift
<i>HD 1981 II 54</i> (tillfällig arbetstagare, teol.stud.)	4 008,—	2 000,—	207,35 mk/ vecka
<i>HD 1981 II 106</i> (stationskarl)	1 787 442,95	20 000,—	1 150 mk/ månad,
	5 439,40	50,—	brutto
	6 700,—	1 000,—	(3 barn)
	5 600,—	700,—	
	818,—	100,—	
<i>HD 1982 II 107</i> (arbetsledare i stad)	35 000,— ²	8 000,—	ej uppgift
<i>HD 1982 II 168</i> (lokförare)	188 474,93 + 1 243,80	7 000,—	2 200 mk/ månad, netto

¹ Skilda skadelidande

² Redan jämkat p.g.a. SkL 6:1

Av dessa fall kan *HD 1980 II 64* anföras som ett typexempel på att nedsättningen blivit liten p.g.a. arbetstagarens höga skuldgrad (grov vårdslöshet). Motparten var här ett regressande försäkringsbolag. I *HD 1981 II 54* uppmärksammade man i motiveringen särskilt arbetstagarens ställning som tillfällig arbetstagare.

3.4.3.5. Barns m.fl. skadeståndsansvar

Också beträffande barns och unga personers skadeståndsansvar var SkL nydanande. Enligt SkL 2:2 skall person under aderton år som förorsakat skada ersätta den, i den mån det prövas skäligt med hänsyn till hans ålder och utveckling, handlingens beskaffenhet, skadevållarens och den skadelidandes ekonomiska förhållanden samt övriga omständigheter. En liknande regel — där dock hänvisningen till skadevållarens »ålder» ersatts

med en hänvisning till hans »tillstånd» — gäller enligt SkL 2:3 för den som är sinnessjuk eller psykiskt efterbliven eller vars själsverksamhet är rubbad.

Också dessa regler är *skälighetsregler* och inte egentliga jämningsregler. Vad som ovan (3.4.3.4.) anförts om skillnaden mellan skälighetsregeln i SkL 4:1 och den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2. gäller sålunda också vid en jämförelse mellan SkL 2:2—3 och den allmänna jämningsregeln. Även här utgör hänsynen till parternas behov blott ett av flera bedömningskriterier som omtalas i ifrågavarande paragrafer. De behovsorienterade rollbegreppen är riktlinjebegrepp som påverkar avgörandet vid sidan av andra överväganden, såsom hänsynen till den moraliska kvaliteten hos skadevållarens handlande (när det gäller minderåriga och personer med rubbad själsverksamhet kan man inte tala om »skuld» i samma betydelse som då man bedömer fullt tillräkneliga personers handlande) etc.

Man har t.ex. då straffrättsligt myndiga ungdomar förorsakat skada genom uppsåtlig straffbar handling i flera fall utdömt full ersättning (se *HD 1980 II 13*, där också SkL 2:3 åberopades, *HD 1981 II 20* och *HD 1983 II 26*). Av det nedan refererade rättsfallet *HD 1980 II 67*, som gällde tillämpningen av SkL 2:3, framgår dock, att skälighetsbedömningen ingalunda alltid behöver leda till full ersättning vid »uppsåtligt» förorsakad skada.

Det är uppenbart, att samma omständigheter som i anslutning till den allmänna jämningsregeln (3.4.3.2.) angivits vara relevanta, då man bedömer inverkan av skadevållarens ekonomiska förhållanden på skadeståndets storlek, kan beaktas även här. Då de ifrågakommande skadevållarna (barnen etc.) ofta saknar inkomster och försörjningsplikt kommer tonvikten emellertid av naturliga skäl här att ligga framför allt på skadevållarens eventuella *förmögenhet*. Dessutom är naturligtvis även existerande *försäkringar* relevanta; i förarbetena till SkL framhåller man uttryckligen att »Om ansvarsförsäkring tecknats till skydd för minderårig, skulle det inte kunna anses oskäligt att utdöma skadestånd inom ramen för försäkringsbeloppet» (*Reg.prop. 187/1973 s. 14*).

I rättspraxis i HD förefaller man ha fäst betydande vikt vid skadevållarens aktuella förmögenhetsförhållanden vid tillämpningen av SkL 2:2 och 2:3. Detta framkommer tydligt när man mot bakgrund av vad

man anfört i förarbetena till SkL granskar några rättsfall, i vilka varit fråga om skada vållad av person som fyllt 15 men inte 18 år. I propositionen till SkL uttalar man uttryckligen, att »Det kan anses uppenbart, att mildring av ansvaret endast sällan skulle komma i fråga av andra än ekonomiska skäl, när det gäller en person som har fyllt femton år» (*Reg.prop. 187/1973* s. 14). Om man bortser från de fall där skadan förorsakats uppsåtligen (se ovan), har HD likväl mer eller mindre regelmässigt undvikit att utdöma full ersättning i fall där skadevällaren varit i den sagda åldern.

Följande fall är av sagda slag:

	Fullt skadestånd/mk	Utdömt skadestånd/mk
<i>HD 1978 II 149</i>	13 208,75	3 000,—
<i>HD 1981 II 124</i>	6 000,— + 750,— ¹ /mån.	3 000,— + 250,—/mån.
<i>HD 1982 II 140</i>	15 490,—	7 745,—

¹ Krävd ersättning

Dessa fall är också såtillvida goda exempel på en mildring av ansvaret p.g.a. ekonomiska skäl, att skadevällarens skuld i alla dessa fall var relativt stor (i alla tre fallen dömdes skadevällaren till straff) och sålunda knappast kunde åberopas till förmån för en lindrig bedömning. — I 1978 och 1982 års fall talade uppenbarligen det faktum att motparten var ett regressande försäkringsbolag — i kombination med skadevällarens egen brist på förmögenhet — för en mildring av ansvaret.

Ännu klarare framgår hänsynen till skadevällarens ekonomiska ställning av ett rättsfall som avser skada vållad av en person med rubbad självverksamhet (SkL 2:3). I detta fall, *HD 1980 II 67*, hade en person gjort sig skyldig till mordbrand, varför han dömdes till fängelsestraff för en gärning utförd i avsaknad av fullt förstånd. Även om man, som ovan framhållits, ofta ansett fullt skadestånd böra utdömas vid »uppsåtligt» handlande, nedsatte man här skadeståndet från 21 338 mk till 14 260 mk med hänvisning till bl.a. skadevällarens betalningsförmåga och förmögenhetsförhållanden. Beskrivningen av dessa är talande: av handlingarna sades framgå, att skadevällaren »asui kotitilallaan äitinsä ja veljensä kans-

sa syrjäisellä seudulla alkeellisissa oloissa» (bodde på sin hemgård tillsammans med sin mor och bror i en avlägsen trakt i primitiva förhållanden). Ett bättre exempel på en social motivering av ett civilrättsligt avgörande är svårt att finna (även om resultatet kanske i sig kunde kritiseras med hänsyn till den trots allt relativt ringa nedsättningen av ansvaret). Vid tillämpningen av SkL bör domstolarna *stöda de utslagna*.

Även om skadevållaren kan ha en viss förmögenhet utesluter detta inte en nedsättning av skadeståndsansvaret på ekonomisk grund. Man kan här erinra om den ovan (3.4.3.2.) nämnda strävan att trygga en parts rätt till *bostad* m.m. Sådana tankegångar ligger uppenbarligen bakom ett relativt färskt avgörande, där man uttryckligen diskuterade betydelsen av parternas förmögenhetsförhållanden:

HD 1984 II 93. Två 7-åriga barn hade vid lek med tändstickor antändt en eldsvåda, vilken förorsakat skada för ca 250 000 mk. Det ena barnet hade inte egna tillgångar och det andra ägde andel i sin fars dödsbo, vilket omfattade en jordlägenhet som odlades av hans familj. Skadan hade inte oskäligt försämrat de skadelidandes utkomstmöjligheter eller omständigheter i övrigt. På dessa grunder samt med hänsyn till barnens ålder och utveckling dömdes barnen med stöd av SkL 2:2 att solidariskt ersätta 20 000 mk av sagda skada. — I detta fall ansågs den ena skadevållarens andel i en jordlägenhet som odlades av hans familj alltså inte öka hans skadeståndsskyldighet.

Barns och ungdomars sociala ställning korrelerar ofta rätt svagt med deras aktuella förmögenhetsställning. Många sådana minderåriga, vilkas ekonomiska ställning med största sannolikhet — p.g.a. föräldrarnas ekonomiska och sociala position, deras egna utbildningsmöjligheter etc. — kommer att utvecklas mycket gynnsamt, kan mer eller mindre helt sakna egen förmögenhet och sålunda juridiskt framstå som medellösa. När det gäller minderårigas skadeståndsansvar får därför frågan, i vilken utsträckning man kan beakta skadevållarens förväntade *framtida ekonomi* vid skadeståndsbedömningen, betydande vikt.

I förarbetena till SkL 2:2 berörs problematiken:

»Skadevållarens och den skadelidandes förmögenhetsförhållanden borde beaktas sådana de är vid tidpunkten för rättegången. Hänsyn kan även tas till en emotsedd sannolik utveckling av förmögenhetsförhållandena» (*Reg.prop. 187/1973* s. 14). — I Sverige uttalar *Bengtsson* (1982 s. 257) i anknytning till vissa uttalanden i de svenska förarbetena: »Vad

ungdomar utan egen förmögenhet angår, får man i viss mån ta hänsyn till deras väntade inkomstmöjligheter. Det gäller dock att inte ge dem en så dålig start i förvärvslivet att de mister intresset för att förbättra sina villkor; skadeståndet bör framstå som överkomligt».

Om man vill framhålla SkL 2:2 som en norm vilken skall fylla bl.a. en socialt utjämnande funktion, bör man uppenbart i någon utsträckning beakta också den minderårigas ekonomiska prognos. Sådana stundom rätt tillfälliga omständigheter, huruvida en viss egendom är skriven i barnens eller föräldrarnas namn, huruvida en arvlåtare som ligger på sitt yttersta redan hunnit avlida etc., borde inte få spela en avgörande roll vid tillämpningen av SkL 2:2.

Den omständigheten att skadevållaren inom ett begränsat antal år förmodligen kommer att erhålla en viss inkomst, med vilken han kunde betala skadestånd, har likväl inte — och man frestas i ifrågavarande fall att tillägga: med rätta — hindrat HD från kännbara nedsättningar av skadeståndsansvaret i de ovan omtalade fallen *HD 1978 II 149, 1981 II 124* och *1982 II 140*.

3.4.3.6. Uppsätligt förorsakad skada

Såväl i den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2 som i stadgandet om arbetstagares personliga skadeståndsansvar i SkL 4:1 har skada, som vållats uppsätligen, försatts i en särställning. Då en skada vållats på detta sätt skall nämligen enligt vartdera stadgandet utdömas fullt skadestånd, om det inte *på särskilda skäl* (SkL 2:1.2; i SkL 4:1 har translatorerna stannat för formen »av särskilda skäl») prövas skäligt att nedsätta skadeståndet. Dessa särregler om uppsätligt vållad skada är uppenbart avsedda att ha i stort sett samma betydelseinnehåll (undantaget i SkL 2:1.2 utformades i riksdagen med motsvarande undantag i SkL 4:1 som förebild, se *Lagutsk. bet. 5/1974* s. 2). De kan därför behandlas gemensamt (även om det naturligtvis är möjligt att man i någon utsträckning bör acceptera andra »särskilda skäl» för nedsättning av ersättning för en skada som vållats inom ett arbetsförhållande än vad som i allmänhet kan beaktas).

I skälighetsreglerna beträffande barns och personers med rubbad själverksamhet ansvar ingår inte något motsvarande undantag, vilket också är naturligt då man här inte fullt ut kan tillämpa de subjektiva rekvisiten

i skadeståndsrätten. Som ovan framgått har man i praxis likväl ofta dömt ut full ersättning för skada som vållats uppsåtligen av straffrättsligt myndiga minderåriga. Å andra sidan visar rättsfallet *HD 1980 II 67* tydligt att ersättning även för uppsåtligt förorsakad skada *kan nedsättas* p.g.a. skadevållarens *ekonomiska ställning* med stöd av SkL 2:2—3 (se närmare ovan 3.4.3.5.).

I detta sammanhang är av intresse, hurudana särskilda skäl som kan accepteras som grund för nedsättning av skadeståndsansvaret vid uppsåtligt förorsakad skada. Kan man åberopa blott skäl som anknyter till själva handlandet, såsom den omständigheten att skadevållaren inte själv erhållit någon direkt nytta av sin verksamhet (arbetstagares ansvar nedsattes på denna grund i *HD 1984 II 43*, se även *HD 1984 II 47*, nedan, och *HD 1985 II 154*) eller den att det föreligger någon särskild anledning att ursäkta den skadevållande handlingen (se även *Routamo — Hoppu 1977 s. 304*), eller kan man även här fästa avseende vid skadevållarens *ekonomiska ställning* och förmåga att presteras skadeståndet?

HD har i flera avgöranden berört denna problematik:

HD 1981 II 39. Fråga var om jämkning bl.a. med stöd av SkL 2:1.2 av skadestånd p.g.a. uppsåtligt brott (misshandel). I motiveringen till sitt avgörande hänvisade HD — som första argument i anknytning till frågan om tillämpningen av SkL 2:1.2 — uttryckligen till den i målet företedda utredningen om skadevållarens utkomst, som sadades visa, å ena sidan, att utgivande av full ersättning inte skulle bli övermäktigt för skadevållaren, samt, å andra sidan, att en nedsättning av skadeståndet skulle vara oskäligt mot den skadelidande. På denna samt ett antal till själva handlingen anknutna grunder förkastades anspråket på jämkning. Motiveringen visar, att HD tillmätt skadevållarens ekonomiska ställning relevans vid avgörandet.

HD 1984 II 47. Ett aktiebolag hade på grund av betalningssvårigheter underlåtit att till staten erlagga förskottsinneställningar. Bolagets verkställande direktör, som också var styrelseordförande, och kontorschef, som ansvarade för betalningsrörelsen och var styrelsemedlem, hade för att kunna fortsätta bolagets verksamhet och bibehålla arbetsplatserna strävat till att ekonomiskt sanera bolaget och underhandlat med skattemyndigheterna om skatteskulderna utan att betinga sig själva eller andra förmån. Då en mot skatteskulderna svarande skadeståndsskyldighet skulle för dessa personer ha inneburit en oskälig uppenbarligen livslång belastning, ansågs det föreligga i SkL 2:1.2 avsedda särskilda skäl för jämkning av skadeståndet. — Den totala skatteskulden uppgick till 2 057 396,84 mk

och detta belopp jämkades för verkställande direktörens del till 500 000 mk och för kontorschefens del till 300 000 mk. — Jfr det liknande fallet *HD 1985 II 157*, där särskilda skäl för jämkning inte ansågs föreligga (skadevållarens, som var både VD och styrelseordförande, handlande uppfattades här uppenbarligen som mer graverande, då han medveten om att bolaget inte hade realiserbar egendom som täckte förskottsinnehållningarna hade låtit redovisningsunderlåtelserna fortgå).

HD 1985 II 101. Löneräknaren A hade förlett arbetsgivaren att till sig utbetala ca 650 000 mk. A dömdes till straff för bedrägeri. Hovrätten hade jämlikt SkL 2:1.2 jämkat skadeståndet med hänsyn till A:s arbetslöshet, underhållsskyldighet och ekonomiska förhållanden. HD fann, att *enbart* dessa omständigheter inte utgjorde sådana särskilda skäl, att jämkning borde äga rum, och fullt skadestånd utdömdes.

Av avgörandena kan man utläsa, att HD tillmätt parternas ekonomiska ställning en viss relevans vid bedömningen av när särskilda skäl för nedsättning av skadeståndet skall anses föreligga. *Routamo — Hoppus* (1977 s. 304) antagande, att fullt skadestånd i praktiken borde utdömas, om inte det föreligger någon grund som berättigar handlingen, har uppenbart inte som sådan slagit genom i rättspraxis.

Å andra sidan har HD i alla dessa fall kombinerat hänvisningen till skadevållarens ekonomi med andra, till själva handlingen anknutna argument. I det sistnämnda fallet (*HD 1985 II 101*) har man också uttryckligen framhållit, att skadevållarens begränsade möjligheter att presuera skadeståndet inte ensamma för sig motiverade en nedsättning; man hade ytterligare bort kunna motivera nedsättningen med något annat argument. I HD:s praxis har alltså behovsorienterade argument fått begränsad betydelse vid uppsåtligt förorsakad skada. De används här blott som element i en kombination av argument.

Om man utgår från denna uppfattning blir betydelsen av de behovsorienterade argumenten avhängig av, hur stora krav man ställer på den ytterligare argumentering som bör anföras för nedsättning av skadeståndet. Särskilt i socialt ömmande fall borde man kunna ställa låga krav på tilläggsargumenteringen och medge jämkning huvudsakligen med hänsyn till skadevållarens behov. Ett visst stöd ur praxis för en sådan syn erbjuder rättsfallet *HD 1980 II 67* (ovan avsnitt 3.4.3.5.).

3.4.3.7. *Den skadelidandes behov*

Såväl vid jämkning av skadestånd med stöd av den allmänna jämkningsregeln i SkL 2:1.2 som vid en skälighetsprövning med stöd av SkL 2:2—3 och SkL 4:1 bör man ta hänsyn inte blott till skadevållarens behov utan även till den skadelidandes behov av ersättning. I lagtexten anges uttryckligen att man bör fästa avseende också vid »den skadelidandes ekonomiska förhållanden» (SkL 2:1.2, 2:2 och 2:3) eller vid »den skadelidandes intresse» (SkL 4:1). I motiven till den allmänna jämkningsregeln framhåller man också betydelsen av en sådan intresseavvägning:

»På andra sidan skall givetvis också den skadelidandes intresse beaktas. Om hans behov att få ersättning är så stort, att en jämkning av ersättningen ur hans synpunkt sett skulle vara oskäligt, skall jämkning inte företas» (*Reg.prop. 187/1973 s. 13*).

Hänsynen till den skadelidandes behov framstår här som ett sista-handsargument (så även t.ex. *Hellner* 1985 s. 326): (i) utgångspunkten är full ersättning — (ii) om skadevållarens behov tillser det kan jämkning ske — (iii) hänsynen till den skadelidandes behov kan dock i ett sådant fall medföra att jämkning uteblir eller sker med ett mindre belopp. Om motiveringsstrukturen uppfattas på detta sätt är det naturligt att man i rättspraxis oftare får anledning att explicit uppmärksamma skadevållarens behov än den skadelidandes: om man redan i skede (ii) kommer till att jämkning inte skall ske behöver man inte alls beröra skede (iii). Det är därför inte överraskande att man t.ex. i HD:s praxis har svårt att påträffa fall, där man skulle ha motiverat utebliven jämkning med hänvisning till den skadelidandes behov (se dock *HD 1981 II 39*, ovan 3.4.3.6., angående uppsåtligt förorsakad skada). Detta bör dock inte av angivna skäl åberopas som argument för att fränkänna den skadelidandes behov betydelse i ett jämkningsavgörande. En medellös skadelidande med låg inkomst och försörjningsplikt är naturligtvis i lika stort behov av rättstillämpningens välvilja som motsvarande skadevållare.

HD har i regel inte heller i avgörandena angående tillämpningen av SkL 2:2—3 funnit anledning att särskilt åberopa den skadelidandes behov (se dock *HD 1984 II 93* nedan), även om argumentationsstrukturen vid tillämpningen av dessa skälighetsregler ju borde vara en annan än då man jämkar skadestånd med stöd av SkL 2:1.2. — När det gäller tillämpningen

av SkL 4:1 medför ju redan arbetsgivarens primära ansvar att den skadelidande ofta får sina behov tillgodosedda.

Hänsynen till den skadelidandes ekonomiska ställning syns i praxis oftare aktualiseras i en annan form: den skadelidandes *icke-behov* utgör ett *argument för jämkning* eller nedsättning. I ett sådant fall är argumentationsstrukturen nämligen inte längre den som ovan angivits, utan hänsynen till den skadelidandes ekonomiska ställning — och denna gång alltså hans goda ekonomiska ställning — uppfattas som ett förstahandsargument för ett avsteg från principen om full ersättning. Hänvisningen till den skadelidandes icke-behov har alltså samma position i argumentationsstrukturen som hänvisningen till skadevållarens behov (argumentgrupp (ii) ovan; se här även t.ex. *HD 1985 II 51*, där en jämkning motiverades bl.a. med en hänvisning till såväl kärandens (ett industriföretag) som svarandens (en fysisk person) ekonomiska förhållanden).

Vid *skälighetsbedömningen* i enlighet med SkL 2:2 är det naturligt att man åberopar sådana icke-behov som argument för nedsättning. Ett gott exempel utgör rättsfallet *HD 1984 II 93*, där en stark nedsättning — för en 250 000 mk:s brandskada utdömdes 20 000 mk i ersättning — motiverades bl.a. med hänvisning till att skadan inte hade »oskäligt försämrat de skadelidandes utkomstmöjligheter eller omständigheter i övrigt». Den *välbärgade skadelidande* får tåla en kraftig nedsättning.

Vid *jämkning* av skadestånd kan man med hänsyn till ordalydelsen i SkL 2:1.2 (»oskäligt betungande») ifrågasätta, huruvida icke-behovet hos den skadelidande bör kunna tillerkännas en *avgörande* betydelse. Detta motsätter sig t.ex. *Hellner* (1985 s. 326): »Att den skadelidande har osedvanligt god ekonomi kan... inte medföra att jämkning sker där den eljest skulle ha varit utesluten». I finsk rättspraxis förefaller man emellertid i praktiken inte ha följt en sådan linje. När man t.ex. i *HD 1981 II 54* jämkade ett belopp på 4 008 mk till 2 000 mk bl.a. med hänvisning till den skadelidandes behov, kan man gott anta att det var just de skadelidandes, Tammerfors evangelisk-lutherska församlingars, förmåga att själva bära skadan som var avgörande för utgången och inte att det relativt begränsade skadeståndsbeloppet bleve övermäktigt att bära för skadevållaren.

I många av de fall där jämkning eller nedsättning av relativt små skadeståndsbelopp ägt rum har det också varit fråga om regress från ett *försäkringsbolags* sida. Här kan man förmoda, att just den omständigheten att motparten varit ett försäkringsbolag gjort HD mer benägen att nedsätta skadeståndet, även om man inte uttryckligen åberopat ifrågavarande omständighet (se t.ex. *HD 1978 II 149* (SkL 2:2), *HD 1979 II 14* (SkL 2:1.2),

HD 1980 II 50 (SkL 2:1.2), *HD 1980 II 64* (SkL 4:1), *HD 1981 II 102* (SkL 2:1.2) och *HD 1982 II 140* (SkL 2:2)). I litteraturen har man också ansett denna praxis riktig: då en skada genom försäkring pulveriserats att bäras av ett kollektiv, borde man söka undvika att återigen koncentrera den till en person, skadevällaren (se *Saxén* 1983 s. 403, 413). Man kan också säga att denna praxis rimmar väl med den allmänna principen att man vid skälighetsbedömningen bör beakta gällande försäkringar (se även *Routamo — Hoppu* 1977 s. 302). — En annan sak är, i vilken utsträckning man också bör ta hänsyn till frågan, huruvida den skadelidande *borde ha tecknat* en försäkring; vid bedömningen av den frågan rör man sig inte längre inom ett behovsorienterat tankeschema, utan man har snarare att göra med ett slags medvållanderesonemang som ansluter sig till förmågeorienterade personroller (se betr. den sagda frågan t.ex. *Saxén* 1975 s. 164, *Bengtsson* 1982 s. 267 ff. samt *HD 1984 II 182* och *HD 1985 II 23*).

En särskild problematik, som kan nämnas i detta sammanhang, är frågan, i vilken mån den skadelidandes behov kan beaktas i *medvållandesituationer* som ett argument mot jämkning. Kan man i en sådan situation på grundval av den skadelidandes ekonomiska behov underlåta att nedsätta skadeståndsansvaret eller nedsätta det i lägre mån än vad medvållandegraden skulle föranleda. I lagtexten förekommer inte något direkt stöd för en sådan rättstillämpning: man har i SkL 6:1 blott allmänt angivit att skadeståndet vid medvållande »kan... jämkas efter vad som finnes skäligt». *Hans Saxén* (1975 s. 125) har utgått från att man i regel inte direkt bör kunna ta hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden i dessa situationer. Också för en motsatt ståndpunkt kan man emellertid anföra vägande motiveringar. Redan konsekvensen i det skadeståndsrättsliga systemet förefaller tala för att man kunde acceptera ett visst hänsyn till den skadelidandes behov vid jämkning p.g.a. medvållande: när en gång följderna av en skadevållares culpa kan modifieras på basen av hans ekonomiska behov är det svårt att motivera varför en motsvarande modifiering inte bör komma i fråga beträffande följderna av den skadelidandes medvållande (att man här talar om en ökad förpliktelse för motparten, medan man i det första fallet har att göra med en minskad förpliktelse för parten själv, bör knappast spela någon avgörande roll; det är ju trots allt i vartdera fallet fråga om hur den slutgiltiga bördan av en skada skall fördelas mellan parterna). I svensk och dansk rätt har man också utformat lagstiftningen så, att man i medvållandesituationer kan ta hänsyn till den skadelidandes behov (se t.ex. *Bengtsson* 1982 s. 98 ff., *Vinding Kruse — Möller — Trønning* 1985 s. 356 f.). Om man på denna punkt vill eftersträva nordisk rättslikhet hindrar formuleringen av SkL 6:1 inte detta. I uttrycket »kan... jämkas efter vad som finnes skäligt» kan man mycket väl intolka en möjlighet att ta hänsyn till den skadelidandes (och naturligtvis omvänt även skadevållarens) behov.

3.4.3.8. *Sammanfattning*

Analysen av rättspraxis kring den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2 visar att stadgandet ingalunda utnyttjats blott som en »säkerhetsventil» som möjliggör nedsättning av extrema skadeståndsbelopp. Snarare fungerar stadgandet som en mer allmän skälighetsregel, som också i ordinära fall ger domstolarna möjlighet att ta hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden då man dömer ut skadestånd. Skillnaden mellan den allmänna jämningsregeln och de speciella skälighetsreglerna angående minderårigas m.fl. skadeståndsansvar (SkL 2:2—3) och arbetstagares skadeståndsansvar (SkL 4:1) förefaller således i praktiken inte vara så stor som i teorin. Sammantaget ger de sagda stadgandena domstolarna i dag stora möjligheter att beakta behovsorienterade personroller i skadeståndsmål. De ifrågavarande rollbegreppen måste dock av naturliga skäl ha karaktären av riktlinjebegrepp.

I praktiken förefaller man — av tidigare angivna orsaker (se 3.4.3.7.) — oftare ha anledning att explicit ta hänsyn till skadevållarens (gäldenärens) behov. Ur det skadeståndsrättsliga materialet kan man analysera fram många relevanta *behovsorienterade gäldenärsroller*:

- den *medellösa gäldenären* eller, mer vidsträckt, *gäldenären med begränsade tillgångar*; stundom kanske den mest träffande beskrivningen är en gäldenär utan andra tillgångar än *bostad*, småbruk l.dyl.,

- *låginkomsttagargäldenären*; till denna kategori kunde man naturligtvis ofta hänföra den *arbetslösa gäldenären* och den *sjuka gäldenären*; extremfallet, som påkallar särskild välvilja från rättstillämparnas sida, är den *utslagna gäldenären*,

- den *underhållsbelastade gäldenären* samt

- *småföretagargäldenären med begränsad ekonomisk bärkraft*; här kan även gäldenärens arbetstagares *behov av arbetsplatser* beaktas.

3.4.3.9. *Jämkning inom kontraktsförhållanden*

SkL gäller inte, om inte annat är särskilt stadgat, »på avtal baserat skadeståndsansvar» (SkL 1:1). Denna rigida avgränsning av tillämpningsområdet för SkL, som erhållit mycken kritik vilken knappast behöver upprepas här, föranleder i det föreliggande sammanhanget frågan: kan

skadeståndsskyldighet inom kontraktsförhållanden jämkas, t.ex. med stöd av en analogi från SkL 2:1.2? Eller som en mer konkret följdfråga: kan en domstol som utdömer skadestånd inom ett kontraktsförhållande härvid beakta skadevållarens och den skadelidandes ekonomiska ställning (behov)? Är m.a.o. de ovan uppskisserade rollbegreppen relevanta också inom kontraktsförhållanden?

I vissa fall är situationen helt klar redan i lagstiftningen. En praktiskt viktig situation är det fall att en arbetstagare vållar sin avtalspart, arbetsgivaren, skada. Enligt ett uttryckligt stadgande i 51 § 3 mom. ArbAvtL skall skadeståndet i ett sådan fall bestämmas enligt i SkL 4:1 stadgade grunder. Det som ovan anförts om skälighetsbedömningen av arbetstagarens skadeståndsansvar (3.4.3.4.) gäller alltså också när skadan tillfogas arbetsgivaren. Några av de rättsfall som omnämns i sagda avsnitt gäller just skada som tillfogats arbetsgivaren; man har i dessa tillämpat 51 § ArbAvtL och SkL 4:1 (*HD 1980 II 64, 1981 II 54*).

UppsägnL § 20 gäller åter arbetsgivares ansvar mot sin avtalspart, arbetstagaren. Även JämstL kan tillämpas inomkontraktuellt (se om dessa regler ovan 3.4.3.3.). Arbetsgivares på 51 § ArbAvtL grundade skadeståndsansvar mot arbetstagare anses däremot uppenbarligen inte kunna jämkas (se *HD 1979 II 72*).

När det gäller kontraktsrättsligt skadeståndsansvar i allmänhet var situationen länge mer oklar. I litteraturen har förekommit ställningstaganden till förmån för en möjlighet att jämka kontraktsbaserat skadeståndsansvar (se särskilt *Godenhielm* 1975 som argumenterar för en möjlighet att analogt tillämpa jämningsstadgandena i SkL), men mer återhållsamma kommentarer kan också påträffas (se t.ex. *Saxén* 1983 s. 383). Numera har läget dock såtillvida klarnat, att HD uttryckligen visat sig beredd att jämka även skadestånd inom kontraktsförhållande (se *HD 1985 II 51* samt även *HD 1977 II 74* nedan). Också i arbetet på ny kontraktsrättslig lagstiftning har man utgått från att det bör vara möjligt att jämka skadestånd inom kontraktsförhållanden.

I det förslag till köplag som avgivits av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning ingår en uttrycklig jämningsregel (*NU 1984:5*, finska, norska och svenska förslaget § 74.2). I den nyligen avgivna finska regeringspropositionen med förslag till köplag har regeln bibehållits (*Reg.prop. 93/1986*, § 70.2): »Skadestånd kan jämkas, om det är oskäligt med hänsyn

till den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst samt omständigheterna i övrigt».

Mot denna bakgrund är det knappast i dag nödvändigt att närmare gå in på diskussionen, huruvida jämkning av oskäligt skadestånd bör kunna äga rum inom kontraktsförhållanden. Snarare bör man diskutera, huruvida och i vilken utsträckning man, i fall där jämningsfrågan blir aktuell, kan beakta de ifrågavarande avtalsparternas ekonomiska ställning som argument för eller emot jämkning. Man kunde nämligen tänkas hävda, att jämkning inom kontraktsförhållanden skulle vara acceptabel t.ex. på grundval av sådana förutsebarhetssynpunkter som nämns i propositionen till köplag, medan parternas konkreta ekonomiska behov här inte skulle tillerkännas relevans.

Mot en sådan »begränsad jämningslära» kan man emellertid åberopa rättsligt material av flera olika slag:

— I *motiven* till köplagsförslaget framhålls, att jämkning också vid mera normala eller typiska skador kan komma i fråga, »där speciella hänsyn, t.ex. den skadeståndsskyldiges ställning som svagare part i avtalsförhållandet, kräver det» (*NU 1984:5* s. 367). Vid ett jämningsavgörande bör man också, enligt samma källa, beakta »vilka som är parter i avtalet» (*ibid.*; detta upprepas också i den kortare motiveringen i *Reg.prop. 93/1986* s. 124). Man har m.a.o. uppenbart avsett, att »omständigheterna i övrigt» i det föreslagna stadgandet skall täcka också parternas ekonomiska ställning.

— I den *rättsvetenskapliga litteraturen* förordar *Godenhjelm* (1975 s. 410 f.) en jämkning av kontraktsbaserat skadestånd bl.a. på grundval av parternas ekonomiska förhållanden. Små verkstäder och entreprenörer borde skyddas mot skadeståndsanspråk som skulle drabba dem alltför hårt.

— I *HD* har man också uttryckligen ansett det möjligt att jämka kontraktuellt skadeståndsansvar med hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden:

HD 1985 II 51. Skadestånd som skulle tilldömas en byggherre på grund av kontraktsbrott av en industrihalls planerare, jämkades med tillämpning av den princip som framgår av SkL 2:1.2. I detta fall jämkade rådstuvurätten, vars motiveringar till denna del uppräthölls av HD, skadeståndet, med beaktande av planerarens arvode för uppdraget (8 000 mk) jämfört

med skadans belopp (rådstuvurätten uppskattade detta till 150 000 mk), *kärandens och svarandens ekonomiska förhållanden* samt frånvaron av uppsåt.

Se även redan *HD 1977 II 74. A*, som i ett leveransavtal åtagit sig att inom utsatt tid leverera gods till monteringsfirman B, hade försenat sig. Emedan A i egenskap av specialaffär inom branschen borde veta, att B i avseende å sitt eget dröjsmål kunde vara bunden vid ett avtalsvite, och då det icke på grundval av den i målet förebragta utredningen kunde anses uppenbart oskäligt att utdöma full ersättning för den skada dröjsmålet åsamkat B, förpliktades A att ersätta B:s skada till fullt belopp. — Av särskilt intresse är här att ett justitieråd ville jämka skadeståndet, 17 394,34 mk, till 7 000 mk med hänvisning bl.a. till A:s förmögenhetsställning. Även om majoriteten i HD kom till ett annat slutresultat tog man inte uttryckligen avstånd från denna motivering.

Mot denna bakgrund förefaller det relativt klart, att de behovsorienterade personroller som analyserats fram i avsnittet 3.4.3. (och som sammanfattats ovan 3.4.3.8.) kan ha relevans som riktlinjebegrepp också då man tar ställning till skadestandsfrågor inom kontraktsförhållanden. Frågan, huruvida man eventuellt borde tillmäta dem något »mindre tyngd» här än inom den utomkontraktuella skadestandsrätten, är tämligen teoretisk (i ordets negativa bemärkelse) och skall inte dryftas närmare.

3.5. Jämkning av återbäring av obehörig vinst

I läran om återbäring av obehörig vinst utgår man från att hela det belopp som obehörigen åtkommit bör återbäras. En sådan full återbärings-skyldighet kan naturligtvis stundom framstå som oskälig, särskilt i fall där återbäringsgäldenären efter en längre tid skyldigkänns att återbära medel, som han kanske använt till att täcka sina levnadskostnader. Det är därför inte överraskande att man också inom ramen för läran om återbäring av obehörig vinst begynt diskutera möjligheterna att jämka ett oskäligt återbäringskrav.

Denna diskussion skall inte i detalj återges här. Som utgångspunkt kan noteras, att man såväl i litteraturen (*Aurejärvi* 1983 s. 168 ff.) som i nyare rättspraxis (se t.ex. *HD 1972 I 1* och *1983 II 174* samt även motiveringen i *HD 1983 II 176*) accepterat möjligheten att jämka återbäringskrav utan direkt stöd i lag.

I lagstiftningen förekommer också vissa speciella återbäringsregler, i vilka man uttryckligen ger domstolarna makt att pröva i vilken utsträckning återbäring bör ske: se t.ex. ÄL § 116.2, UnderhållsL § 12, HyresL §§ 48.3 och 48a och JordlegoL § 29.2.

I det föreliggande arbetet är det av intresse att utreda, i vilken utsträckning man ansetts kunna ta hänsyn till parternas behov vid jämkning av återbäringskrav. Kan återbäringsgäldenärens ekonomiska behov åberopas som argument för jämkning och kan man då anföra återbäringsborgenärens behov som motargument?

Redan flera gånger tidigare har konstaterats att de behovsorienterade rollerna ofta vunnit insteg i civilrätten via rättsområden som ligger på gränsen till socialrätten. Som exempel har anförts reglerna om familjerättsligt underhåll (3.1.1. p. i). Det är därför inte överraskande, att inkörsporten för dessa roller i läran om återbäring av obehörig vinst har varit densamma: frågan om jämkning av sådan återbäring har varit särskilt aktuell just när det gällt återbäring av underhållsbidrag efter att en dom om underhållsskyldighet återbrutits eller ett avtal om underhållsskyldighet åsidosatts. I det första rättsfall i vilket man klart godtog en jämkning av återbäringskyldighet utan stöd i lag, *HD 1972 I 1*, förkastades kravet på återbetalning av ifrågavarande belopp, 2 228,89 mk, i sin helhet, då barnets mor i god tro hade tagit emot underhållsbidragen, som använts till barnets underhåll och uppfostran, och då återbetalning av underhållsbidragen, *med beaktande av å ena sidan moderns och barnets och å andra sidan den till underhåll förpliktade partens ekonomiska ställning*, inte kunde anses påkallad av skälighetssynpunkter.

Den princip som kom till uttryck i rättsfallet har sedermera utvecklats i UnderhållsL § 12. Här är godtrosskyddet vid upphävande av faderskap absolut; en ondtröende företrädare för barnet kan åläggas att återbära vad hon mottagit blott »såframt återbäring med hänsyn till barnets, dess företrädares samt den mans förhållanden, vilken betalat underhållsbidraget, bör anses skälig» (§ 12.2.). Och vidare: när en domstol förordnar att en underhållsskyldighet skall upphöra eller dess belopp sänkas p.g.a. förändrade förhållanden eller avtals oskälighet, kan den fritt pröva, huruvida och i vilken utsträckning återbäring av bidrag, som betalats efter talans anhängiggörande, bör ske (§ 12.1). Också här har man i förarbetena utgått från »att återbäringskyldighet kan åläggas endast i sådana fall, då återbäring bör anses skälig till exempel på grund av att den underhållsskyldiga är mindre bemedlad eller av andra särskilda orsaker och åter-

bäringsskyldigheten icke äventyrar barnets utkomst» (*Reg.prop. 90/1974 s. 57*).

På äldre rätt (den linje som angavs i 1972 års fall) har man uppenbarligen grundat avgörandena i *HD 1978 II 133*, där HD förkastade ett krav på återbäring av underhållsbidrag på 4 783 mk, och *HD 1979 II 55*, där man likaledes förkastade ett återbäringskrav på 3 971,37 mk.

När *Erkki Aurejärvi* sedermera strävat att utvidga möjligheten att jämka oskälig återbäringsskyldighet till en allmän princip, som skall gälla alla anspråk på återbäring av obehörig vinst (som mottagits i god tro), har han uttryckligen hållit fast vid tanken, att jämkningen bör ske med beaktande av parternas behov: man bör fästa avseende vid vardera partens ställning och förmögenhetsförhållanden och jämkning bör användas blott som ett skyddsmedel för den fattiga (»vähäväkisen suojakeinona») och endast, när ett förkastande av återbäringsanspråket inte åsamkar motparten ohållbara ekonomiska konsekvenser (*Aurejärvi 1983 s. 172*).

Redan tidigare hade *Y. J. Hakulinen* (1962 s. 390) framhållit att man inte helt och hållet kan bortse från återbäringsgäldenärens ändrade förmögenhetsvillkor: »Har den som i god tro mottagit en prestation haft all anledning att förlita sig på att betalaren noga undersökt sin betalningsskyldighet och väckes frågan om bristande rättsgrund först sedan en längre tid förflutit, torde domaren vara befogad att företaga en skälighetsprövning och jämka ansvaret med hänsyn till svarandens förmåga att fullgöra återbäringen utan att hans utkomst därigenom äventyras eller oskäligt försvåras. Jämkning kan vara påkallad särskilt vid prestationer som avse lön, pension eller underhållsbidrag».

I rättspraxis har man sedermera anslutit sig till tanken att återbäringskyldighet kan jämkas med hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden också vid krav på återbäring av andra prestationer än familjerättsliga underhållsbidrag:

HD 1983 II 174. Till en arbetstagare i arbetsavtalsförhållande till väg- och vattenbyggnadsverket hade utan grund betalats resekostnadsersättning och dagtraktamenten i mer än fyra år. Det hade inte visats att arbetstagaren skulle ha lämnat väg- och vattenbyggnadsstyrelsen oriktiga uppgifter om var han bott under denna tid. Han hade även, med beaktande av betalningstidens längd samt av att stadgandena om betalningsgrunderna för resekostnadsersättningarna och dagtraktamentena lämnade rum för tolkning, kunnat lita på att väg- och vattenbyggnadsstyrelsen på vederbörligt sätt hade utrett betalningsgrunderna och sin skyldighet att betala resekostnadsersättningar och dagtraktamenten. Av dessa skäl och med hänsyn till

arbetstagarens ekonomiska förhållanden ansågs det skäligt att han återbar endast en del av den obehöriga vinst som han hade uppburit. — Arbets-tagaren, som hade utfört kontorsarbete, ålades att återbetala 10 000 mk, medan det belopp han obehörigen uppburit uppgick till 39 205,90 mk.

I ett liknande fall vid *Helsingfors hovrätt* (11. 12. 1985/751) jämkade domstolen — uppenbarligen med beaktande av HD:s avgörande — ett krav på återbäring av ersättningar för kvälls- och söndagsarbete. I motiveringen till avgörandet hänvisade hovrätten bl.a. till de ifrågavarande arbetstagarnas ställning och lönenivå.

Rättsfallen berör krav på återbäring av ersättningar och traktamenten, som utbetalats periodiskt på samma sätt som lön. Återbäringskravet i dessa rättsfall, liksom även i de tidigare nämnda rättsfallen, faller inom den kategori återbäringskrav, beträffande vilka *Hakulinen* (se ovan) angivit jämkning vara särskilt påkallad: krav på återbäring av lön, pension och underhållsbidrag. Av naturliga skäl framstår återbäring just av sådana prestationer ofta som oskälig, därför att de presterade medlen i enlighet med sitt syfte har använts till att täcka återbäringsgäldenärens levnads-kostnader och därför inte längre står till dennes disposition.

Man har som ett argument för jämkning åberopat, att medlen använts på detta sätt, i *HD 1972 I 1*, *HD 1978 II 133* och *HD 1979 II 55* (se även *Aurejärvi* 1983 s. 175). Detta argument kan redan i sig sägas innehålla en antydning om att man tillmäter behovsorienterade rollbegrepp relevans vid bedömningen: för en person som har en mer betydande förmögenhet och/eller goda inkomster är det svårare att åberopa, att ifrågavarande medel använts för att täcka hans levnadskostnader. — Se även *HD 1983 II 176* där man talar om »siitä oikeuskirjallisuudessa yleistä kannatusta saaneesta periaatteesta, ettei ihmisten elatukseen käytettäviä toistuvaissuorituksia yleensä ollut palautettava, vaikka niiden maksuperuste myöhemmin osoittautuisi virheelliseksi. Sekä maksaja että maksunsaaja olivat järjestäneet elämänsä vallitsevien olojen mukaan. Kun maksunsaaja oli käyttänyt saamiaan varoja elantonsa, vastaavan määrän palauttaminen yhdellä kertaa muodostuisi kohtuuttoman raskaaksi».

Ur motiveringen till HD:s avgörande i *HD 1983 II 174* framgår likväl inte, att man nödvändigtvis avsett att begränsa tillämpningsområdet för möjligheten att med hänvisning till parternas förmögenhetsförhållanden jämkna en återbetalningsskyldighet så, att den skulle gälla blott återbetalning av periodiska prestationer av löne- och underhållskaraktär. *Aurejärvi* har inte — liksom inte heller *Hakulinen* — begränsat sin jämk-

ningsregel till sådana fall. Man kan därför påstå, att det inom läran om återbäring av obehörig vinst antingen redan kan anses gälla eller åtminstone håller på att utvecklas en *allmän princip*, som gör det möjligt att jämka krav på återbäring av obehörig vinst med hänsyn till parternas förmögenhetsförhållanden. Denna allmänna jämningsprincip kan i många avseenden uppfattas som analog med motsvarande allmänna jämningsregel i skadeståndsrätten (*Aurejärvi* 1983 s. 170 åberopar också uttryckligen SkL 2:1.2 som ett argument vid diskussionen om jämkning av återbäringsskyldighet, även om han påpekar, att situationerna i vissa avseenden är olika).

Likheterna är så näraliggande, och påverkan från skadeståndsrätten så uppenbar, att den beskrivning av skadeståndsrättens behovsorienterade rollbegrepp som ovan presenterats (se 3.4.3.8.) kan antas ha relevans också i föreliggande sammanhang. Vid jämkning av återbäring av obehörig vinst syns man, liksom i skadeståndsrätten, i praktiken ha fått anledning att i första hand fästa avseende vid de behovsorienterade *gäldenärsrollerna*. Om ett återbäringskrav blir oskäligt för den medellösa gäldenären, gäldenären med begränsade tillgångar, låginkomsttagargäldenären eller den underhållsbelastade gäldenären, är det uppenbart, att en jämkning ligger nära till hands. För att en sådan lösning skall kunna tillgripas krävs uppenbarligen *inte* att skyldigheten skall vara *extremt betungande*. Här, liksom i rättspraxis kring SkL, har man tillgripit jämkning också då kravets storlek framstår som relativt moderat.

3.6. Påföljder av betalningsdröjsmål

3.6.1. Inledning

En gäldenär som inte betalar sin gäld rätttidigt kan utsättas för olika slag av påföljder i anledning av betalningsdröjsmålet. Den traditionella civilrättsliga utgångspunkten vid bedömningen av förutsättningarna för dessa påföljder har varit tesen att envar svarar för sin betalningsförmåga. Den omständigheten att gäldenären råkat i ekonomiska svårigheter eller t.o.m. är helt betalningsoförmögen har inte betraktats som någon sådan ursäkt, med vars hjälp gäldenären skulle ha kunnat undgå att drabbas av de sagda påföljderna. Inte ens i det fall att svårigheterna uppkommit helt utan

gäldenärens förskyllan — han har blivit sjuk, arbetslös etc. — har dessa betraktats som någon befrielsegrund.

Hakulinen (1962 s. 75) anger denna huvudregel gälla alla genusprestationer: »Enär gäldenären äger fritt välja de artbestämningen motsvarande saker som vid uppfyllelse av en generisk obligation skola ingå i prestationen, svarar han för anskaffningskostnaden och kan icke frigöra sig från denna förpliktelse under åberopande av att han saknar medel till utgifterna. Oberoende av subjektiv skuld är han, såvitt obligationen icke inom bestämd tid uppfylles, skyldig att ersätta borgenären den skada som förorsakats av hans bristande ekonomiska prestationsförmåga» (så även *Aurejärvi* 1983 s. 99).

Se även t.ex. *Taxell* (1972 s. 118): »För det andra kan man i begreppet ekonomisk omöjlighet inbegripa fall då part saknar ekonomiska resurser att fullgöra avtalet. För gäldenären kan detta hinder vara absolut i den meningen att han inte kan övervinna det. Det har likväl ansetts att part själv bär risken för att han har ekonomiska resurser att fullgöra ingångna avtal. *Anledningen till att gäldenären saknar ekonomiska möjligheter att presterat tillmätas inte betydelse*» (kurs. här).

Under senare tid har man emellertid i flera olika lagar infört regler som lindrar påföljderna för en penninggäldenär som p.g.a. sjukdom, arbetslöshet och liknande omständigheter råkat i betalningssvårigheter och av denna anledning gjort sig skyldig till dröjsmål med betalning. Dessa regleringar förete ett så konsekvent mönster, att det kanske just på detta område erbjuds de mest uppenbara argumenten för en sådan »principväxling», varom tidigare varit tal (avsnitt 1.1.2.). I det följande skall ett antal regleringar av detta slag beskrivas närmare.

3.6.2. Utvecklingen av lagstiftningen

3.6.2.1. Avbetalningsköp och konsumentkrediter

Redan i 1966 års AvbetL intogs några regler, i vilka man uttryckligen strävade att lindra påföljderna av betalningsdröjsmål, utöver den lindring som de allmänna reglerna i AvbetL ger, i det fall att avbetalningsköparen utan egen förskyllan råkat i betalningssvårigheter. Lagen utgör ett resultat av samnordiskt lagstiftningsarbete och de sagda reglerna kan således sägas avspegla inte blott finska värderingar (*Hakulinen* — *Rani-*

nen 1968 s. 79 konstaterar tvärtom att den finska reglering som nedan nämns var ett resultat av de nordiska överläggningarna).

I 2 § AvbetL regleras de förutsättningar, under vilka en avbetalnings-säljare har rätt att återta det sålda godset eller göra gällande annan i avtalet föreskriven påföljd. I 1 mom. anges härvid de allmänna förutsättningar — som huvudregel gäller ett krav på minst fjorton dagars betalningsdröjsmål — medan man i 2 mom. medger en ytterligare lättnad för en köpare som till följd av sjukdom eller arbetslöshet eller av annan särskild orsak huvudsakligen utan egen skuld råkat i betalningssvårigheter. Om det p.g.a. köparens sagda belägenhet skulle vara obilligt att göra en avtalad påföljd av betalningsdröjsmål gällande och köparen innan godset återtas erlägger det obetalda beloppet jämte ränta och kostnader får påföljden inte göras gällande. Även efter att den i 1 mom. angivna fristen utgått har alltså köparen i detta fall möjlighet att undgå de avtalade påföljderna, av vilka återtagande och hela gäldens förfallande till betalning är de mest betydelsefulla. Denna möjlighet upphör dock när godset återtagits.

För att uppfatta betydelsen av den sistnämnda begränsningen riktigt bör man också notera stadgandet i 11 § AvbetL. Enligt detta stadgande kan utmätningsman, då säljaren sökt handräckning för godsets återtagande, medge köparen anstånd med verkställigheten i upp till fyra månader, om dröjsmålet med betalningen uppenbarligen befinns bero på att köparen till följd av sjukdom, arbetslöshet eller annan särskild orsak huvudsakligen utan egen skuld råkat i betalningssvårigheter, som kan antas vara av tillfällig natur, och säljarens rätt inte otillbörligen åsidosätts genom uppskovet.

I den svenska lagen om avbetalningsköp i dess enligt en lag av den 17 april 1953 ändrade lydelse ingick motsvarande regler; utmätningsmannen kunde dock enligt dessa bevilja uppskov med tre och på synnerliga skäl med sex månader.

I arbetet på en ny konsumentkreditlagstiftning föreslogs en långt vidaregående reglering, enligt vilken en konsument skulle ha rätt att få förfallodagen för en betalningsrat flyttad om hans prestation försenades p.g.a. arbetslöshet, sjukdom eller därmed jämförbar orsak (se *KM 1977:30*, lagförslag § 13 och *OLJ 8/1982*, lagförslag § 20). I regeringens proposition till lagstiftning om konsumentkrediter hade man dock åter-

gått till en reglering som står närmare AvbetL:s regel (*Reg.prop. 88/1985 s. 31*). Denna reglering, KSL 7:16.2, går dock i vissa avseenden längre än AvbetL § 2.2 (men är i vissa detaljer också strängare mot köparen, se nedan 3.6.3.). Man har givit en mer allmän regel, enligt vilken kreditgivaren inte har rätt att göra gällande en avtalad påföljd, om betalningsdröjsmålet orsakas av konsumentens sjukdom eller arbetslöshet eller av annan därmed jämförbar omständighet som inte beror av honom utom då detta med beaktande av dröjsmålets längd och andra omständigheter vore uppenbart oskäligt mot kreditgivaren. Redan av lagtexten framgår att detta stadgande skiljer sig från AvbetL § 2.2, som efter tillkomsten av konsumentkreditlagstiftningen i 7 kap. KSL gäller blott avbetalningsköp mellan näringsidkare (och mellan enskilda), på åtminstone följande punkter:

— Man förutsätter inte längre att resultatet bör vara obilligt mot köparen; det räcker att betalningsdröjsmålet orsakas av de omständigheter som nämns i lagen.

— Man förutsätter inte att köparen betalar före varans återtagande. Den klara kopplingen till 11 § AvbetL försvinner därför, trots att det sistnämnda stadgandet också i fortsättningen skall gälla för avbetalningsköp mellan näringsidkare och konsument (*Reg.prop. 88/1985 s. 32*).

— I stället för att tala om att betalningsmoran bör utgöra en följd av betalningssvårigheter vilka gäldenären råkat in i p.g.a. i lagen angiven orsak, förutsätter man i KSL 7:16.2 helt kort att betalningsdröjsmålet »orsakas av» sjukdom etc.; mellanleden i orsakskedjan i AvbetL har alltså här fallit bort.

— Uttrycket 'huvudsakligen utan egen skuld' har ersatts med 'inte beror av honom' (köparen).

I Sverige har utvecklingen i samband med stiftandet av konsumentkreditlagen (1977:981) löpt i en något annan riktning, i det man på olika grunder ansett sig i lagstiftningen kunna avstå från de explicita hänvisningarna till de ovan angivna konkret behovsorienterade begreppen sjukdom, arbetslöshet etc. (se t.ex. *Westerlind — Beck-Friis — Sköllerholm* 1980 s. 176 f., 211).

Bestämmelserna i AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2 har tillmätts betydelse också i den föreslagna regleringen av *kreditupplysningsverksamhet*. I det utkast till personregisterförordning, som ingår som bilaga till den nyligen

avgivna propositionen med förslag till en personregisterlag, föreskrivs bl.a. att man med datasekretessnämndens tillstånd i kreditupplysningsregister får införa och därur utlämna uppgift om sådan betalningsförsummelse, som medför att säljaren vid avbetalningsköp enligt lag har rätt att återta det sålda föremålet eller att kreditgivare enligt lag har rätt att häva annat konsumentkreditavtal (5 § 2 mom. 4 p.). Denna formulering har uttryckligen avsetts medföra att registrering inte kan ske t.ex. när återtagande inte kommer i fråga därför att dröjsmålet berott på köparens sjukdom eller arbetslöshet (*Reg.prop. 49/1986 s. 31*).

3.6.2.2. 11 § RänteL

Vid dröjsmål med betalningen är gäldenären skyldig att erlægga dröjsmålsränta i enlighet med RänteL. Också från denna påföljd kan gäldenären med stöd av 11 § RänteL helt eller delvis befrias på sociala grunder. Genom det sagda stadgandet har man m.a.o. utvidgat området för social påföljdslindring från att gälla blott avtalade påföljder, såsom i AvbetL och 7 kap. KSL, till att gälla den mest centrala *lagstadgade* påföljden för betalningsdröjsmål, dröjsmålsränta.

En motsvarande regel om befrielse från skyldighet att erlægga dröjsmålsränta vid socialt prestationshinder har föreslagits också för offentligrättsliga fordringar (se *OLJ 1/1986 s. 44 ff.*).

Enligt 11 § RänteL har en gäldenär, som uppträder som konsument, bostadsköpare eller hyresgäst (legotagare) (se närmare om tillämpningsområdet för 11 § RänteL *Wilhelmsson — Sevón 1983 s. 52 ff., 141 f.*), möjlighet att kräva jämkning av dröjsmålsränta, bl.a. om dröjsmålet med betalningen berott på att gäldenären till följd av sjukdom eller arbetslöshet eller av annan särskild orsak huvudsakligen utan egen skuld råkat i betalningssvårigheter. Förutsättningarna för jämkning av dröjsmålsränta har uttryckligen formulerats med 2 § 2 mom. AvbetL som förebild (*Reg.prop. 109/1981 s. 23*). Man har därför utgått från att man vid tolkningen av dessa förutsättningar kan utnyttja även eventuellt material angående AvbetL (*Wilhelmsson — Sevón 1983 s. 145*).

Sättet för lindring av dröjsmålsräntepåföljden har i lagen lämnats öppet. Man säger att dröjsmålsräntan i de angivna fallen *kan* jämkas. Detta innebär att jämkning å ena sidan inte behöver ske, även om förut-

sättningarna är uppfyllda; å andra sidan kan jämkning ske ända till noll, d.v.s. domstolen kan helt underlåta att döma ut dröjsmålsränta. Mellan dessa ytterpunkter kan domstolen välja mellan en nedsättning av räntefoten, en senareläggning av den tidpunkt från vilken dröjsmålsräntan börjar löpa eller en kombination av båda dessa metoder (*Wilhelmsson — Sevón* 1983 s. 146 f.).

I Sverige har man föreslagit en reform av den svenska räntelagen, i samband med vilken man i räntelagstiftningen skulle inta en jämningsregel som utformats bl.a. efter finsk förebild (*SOU 1985:11* s. 118 f.). Enligt den föreslagna regeln (lagförslag § 9) skulle jämkning kunna ske bl.a., »om betalningstiden försuttits därför att privatpersonen till följd av sjukdom eller av annan genomgripande personlig händelse huvudsakligen utan egen skuld råkat i betalningssvårigheter och synnerliga skäl för jämkning föreligger».

3.6.2.3. *Betalning av försäkringspremie*

I försäkringsrätten har man traditionellt anknutit mycket ingripande sanktioner till betalningsdröjsmål från försäkringstagarens sida. En fördröjd premiebetalning kan leda till att försäkringstagaren går miste om sitt försäkringsskydd enligt försäkringsavtalet. Man kunde därför på detta område förväntas ha särskild anledning att fråga, huruvida påföljdslindring borde komma i fråga på bl.a. sociala grunder.

I den svenska konsumentförsäkringslagen (1980:38) har man intagit en bestämmelse om sådan påföljdslindring. Enligt 25 § sagda lag har försäkringsbolaget som huvudregel rätt att vid dröjsmål med betalningen av premien säga upp försäkringen att upphöra efter fjorton dagar. Detta gäller dock inte om försäkringstagaren inte har kunnat betala premien i rätt tid därför att han blivit svårt sjuk eller berövats friheten eller därför att han inte fått ut pension eller intjänad lön från sin huvudsakliga anställning eller någon annan liknande oväntad händelse hindrat försäkringstagaren att betala premien i rätt tid. De grunder för påföljdslindring som här antys kan principiellt indelas i två olika grupper: å ena sidan — och kanske i första hand — tar man sikte på olika slags *fysiska hinder* för prestation (gäldenärens frånvaro, som förorsakats av sjukdom), men å andra sidan beaktar man också sådana *ekonomiska hinder*, som är av större intresse i föreliggande sammanhang (se t.ex. *Nilsson — Strömbäck* 1984 s. 105 f.: »Utbetalning av intjänad lön kan någon gång försenas, med betalningssvårigheter som följd. De medel som försäkringstagaren har till sitt för-

fogande måste han givetvis i första hand använda till sitt och familjens uppehälle. Det kan inte begäras att försäkringspremien skall gå före sådana nödvändiga utgifter.» — Påföljdsbefrielsen är inte obegränsad: om dröjsmålet har varat i tre månader upphör försäkringen även om hindret finns kvar.

I Finland har nyligen publicerats ett förslag till personförsäkringslag (*OLJ 16/1985*). I detta förslag påträffar man en bestämmelse som delvis påminner om regleringen i den svenska konsumentförsäkringslagen. Enligt förslaget (lagförslag 5:2) skulle en försäkringsgivare ha rätt att vid dröjsmål med betalning av försäkringspremie säga upp försäkringen att upphöra fjorton dagar efter att meddelande om uppsägningen avsänts. Om betalningsdröjsmålet berott på betalningssvårigheter som försäkringstagaren på grund av sjukdom, arbetslöshet eller något annat synnerligt skäl råkat ut för huvudsakligen utan egen skuld, skulle försäkringen likväl trots uppsägningen upphöra först fjorton dagar efter det att hindret upphörde. Försäkringen skulle dock alltid upphöra senast tre månader efter uppsägningstidens utgång. I beskrivningen av förutsättningarna för påföljds lindring framhävs i lagtexten blott de *ekonomiska hindren* (i motiven antar man likväl att lindring skulle komma i fråga även vid *fysiska hinder*, se *OLJ 16/1985* s. 211 f.). Man har i förslaget explicit fallit tillbaka på tidigare modeller: beskrivningen av förutsättningarna har hämtats från 2 § 2 mom. AvbetL och 11 § RänteL (*OLJ 16/1985* s. 67, 211; den omständigheten att man i förslaget svenskspråkiga lagtext talar om »synnerliga skäl» i stället för »särskild orsak» är att hänföra till översättningen; i de finska versionerna av såväl AvbetL och RänteL som förslaget till personförsäkringslag används uttrycket »muun erityisen seikan vuoksi»).

3.6.3. Sammanfattning. Förutsättningar för påföljds lindring

I finsk rätt har påträffats flera regleringar och regleringsförslag som medger en gäldenär rätt till påföljds lindring då betalningsdröjsmål förorsakats av sociala skäl. Enligt AvbetL och 7 kap. KSL kan avtalade påföljder av betalningsmora uppskjutas, då sådana skäl föreligger, medan åter 11 § RänteL möjliggör en jämkning av lagstadgad dröjsmålsränta. I förslaget till personförsäkringslag ingår också ett stadgande om uppskjutande av en i lagen reglerad försäkringsrättslig påföljd.

Förutsättningarna för påföljds lindring har i de ifrågavarande stadgandena angivits påfallande likformigt. De nya stadgandena har, som ovan nämnts, i regel i relativt hög grad utformats efter förebild av

motsvarande tidigare stadganden. Det är därför möjligt att här gemensamt analysera de förutsättningar för påföljdsändring som man uppställt i ifrågavarande lagstiftning:

(i) I AvbetL och RänTeL liksom också i förslaget till personförsäkringslag anges, att dröjsmålet bör utgöra en följd av att köparen råkat i *betalningssvårigheter*. Om gäldenären insjuknat eller blivit arbetslös saknar detta relevans om inte sjukdomen eller arbetslösheten resulterat i betalningssvårigheter. Detta innebär, att gäldenären normalt för att kunna återropa påföljdsändring bör ha *begränsade tillgångar*. Regleringen är i här avsedd mening behovsorienterad.

Betalningssvårigheterna behöver inte vara så ingripande att man har anledning att tala om betalningsoförmåga. I motiven till RänTeL framhåller man uttryckligen, att jämkning kan ske »redan då gälden inte kunnat betalas i rätt tid utan äventyrande av gäldenärens skäligen boende- och andra levnadsförhållanden» (*Reg.prop. 109/1981 s. 23*, så även *OLJ 16/1985 s. 211*; se även *Nilsson — Strömbäck 1984 s. 105 f.*, citerad ovan 3.6.2.3.).

Från KSL 7:16.2 har man, som tidigare nämnts, lämnat bort den här behandlade förutsättningen. Så snart sjukdomen eller arbetslösheten *försakat* dröjsmålet kommer en påföljdsändring i fråga. I flertalet fall kan man väl anta, att ett sådant orsakssamband uppkommer just genom att gäldenären råkar i betalningssvårigheter. Man kan dock tänka sig att sjukdom eller arbetslöshet kan försaka betalningsdröjsmål utan att man kan tala om att gäldenären — med beaktande av hans tillgångar etc. — råkat i betalningssvårigheter. Också i ett sådant fall kan man uppenbarligen tillämpa KSL 7:16.2.

(ii) Betalningssvårigheterna eller betalningsdröjsmålet bör ha försakats av vissa särskilda omständigheter. I samtliga fall nämns redan i lagtexten sjukdom och arbetslöshet som omständigheter vilka bör beaktas. Vidare kan även andra omständigheter av liknande slag vara relevanta. Även om man formulerat tillägget något olika i de olika lagarna (i KSL 7:16.2 talar man uttryckligen om med sjukdom och arbetslöshet *jämförbar* omständighet) kan man, utgående från att de centrala konkreta exemplen är desamma i de olika texterna, anta att man avsett att förutsättningarna för en tillämpning av de olika lagrummen till denna del bör vara lika.

Någon uttömmande förteckning över relevanta omständigheter kan naturligtvis inte anföras (se även analysen nedan 5.5.2.). Här skall blott anges ett antal sådana omständigheter, som framkommit i rättsligt material som anknyter till förevarande stadganden (eller deras svenska motsvarigheter):

— *sjukdom*

Härmed kan självfallet jämföras sådan *skada* på gäldenären som inte kan betecknas som sjukdom (*OLJ 16/1985* s. 212). — Det är givet att man här i första hand avser gäldenärens *egen* sjukdom eller skada (jfr nedan).

— *arbetslöshet*

— *annan oförutsedd minskning av inkomster*

I *SOU 1985:11* (s. 182) påpekar man, att »Stora, helt opåräknade förändringar i gäldenärens egna inkomstförhållanden kan ... vara en sådan genomgripande personlig händelse att en jämkning undantagsvis framstår som motiverad». En sådan relevant minskning av inkomst kan uppkomma t.ex. genom att en yrkesutövare går i konkurs (*OLJ 16/1985* s. 212 f.).

— *minskning av ekonomiskt stöd från familjemedlem*

Eklund — Nordström (1957 s. 111) konstaterar beträffande den (dåvarande) svenska lagen om avbetalningsköp: »Anstånd synes exempelvis kunna ifrågakomma för gift kvinna, som råkat i betalningssvårigheter på grund av mannens sjukdom». Liknande tankegångar kan påträffas i *SOU 1985:11* (s. 182), där man påpekar att »en närståendes dödsfall i de fall gäldenären levat i ekonomisk gemenskap med den avlidne» kan på ett tillräckligt genomgripande sätt påverka gäldenärens betalningsförmåga.

— *bostadslöshet*

Hakulinen — Raninen (1968 s. 80) talar om den ekonomiska belastning som förorsakas av att man blir utan bostad. Detta ställningstagande upprepas i *OLJ 16/1985* (s. 212).

— *annan kostnadsökning*

Man kan påträffa flera exempel på olika orsaker som kan ge upphov till sådana ökade kostnader för gäldenären att han råkar i betalningssvårigheter. I *SOU 1985:11* (s. 182) nämns gäldenärens *skilsmässa*, som naturligtvis p.g.a. ökade boendekostnader m.m. kan radikalt försämra gäldenärens betalningsförmåga, medan *Hakulinen — Raninen* (1968 s. 80) nämner en *närstående persons olycka*, varvid svårigheterna är en följd av den hjälp man anser sig böra ge sina närstående.

(iii) Möjligheterna till påföljds lindring påverkas av den *tidpunkt* då betalningssvårigheterna eller hindret inträffade, samt gäldenärens möjligheter att *förutse* dessa. Man kan särskilja flera olika situationer:

— I AvbetL och RänteL (samt i förslaget till personförsäkringslag) utgår man från att gäldenären bör ha »råkat i» betalningssvårigheter. Detta kan anses innebära, att *betalningssvårigheterna bör ha uppkommit först efter gäldens tillkomst* (Wilhelmsson — Sevón 1983 s. 146, *OLJ* 16/1985 s. 212).

— Den omständigheten att *hindret förelåg* då gälden upptogs anses däremot inte utgöra något hinder för påföljds lindring, om gäldenären vid denna tidpunkt inte kunde förutse de svårigheter som kunde följa av tilldragelsen (Wilhelmsson — Sevón 1983 s. 146). Blott om gäldenären kunde förutse de kommande *svårigheterna* vid tidpunkten för gäldens uppkomst skulle det alltså föreligga hinder för påföljds lindring i föreliggande fall.

I förarbetena till 7 kap. KSL har man — beträffande själva skälighetsbedömningen — intagit en mer rigid ståndpunkt: »Om hindret förelåg redan när avtalet ingicks ... skulle det inte vara skäligt för kreditgivaren att konsumenten får åberopa det» (*Reg.prop.* 88/1985 s. 32).

— Av det ovan sagda kan antas följa att man även i det fall att hindret uppkommit först efter gäldens upptagande kan beakta gäldenärens möjligheter att vid avtalstidpunkten förutse händelsernas utveckling. Då han *förutsett hindret och dess inverkan* på hans betalningsförmåga kommer påföljds lindring således knappast i fråga (se exemplet i *OLJ* 16/1985 s. 212).

I förarbetena till 7 kap. KSL fäster man blott avseende vid, huruvida gäldenären var »medveten» om att *hindret* uppkommer (*Reg.prop.* 88/1985 s. 32).

(iv) Gäldenären bör enligt AvbetL, RänteL och förslaget till personförsäkringslag ha råkat i betalningssvårigheter *huvudsakligen utan egen skuld*. Är betalningssvårigheterna helt eller till övervägande delen självförvållade kommer påföljds lindring inte i fråga. I KSL 7:16.2 har det sagda uttrycket likväl ersatts med orden »inte beror av honom» (köparen). Då man inte ger några närmare motiveringar till detta är det svårt att se, huruvida man avsett att här avvika från regleringen i AvbetL och en

hurudan avvikelser man i så fall åsyftat. I teorin kunde det nya uttrycket i KSL 7:16.2 tänkas innebära, att köparen bär ansvar för flera omständigheter än tidigare (då hans ansvarsområde inte längre är anknytet till hans subjektiva skuld) och att hans möjligheter att erhålla påföljdslindring därför är i någon mån mer inskränkta än i AvbetL.

Då reglerna om påföljdslindring — som punkterna (i) — (iv) ovan visat — är i hög grad likartade ligger det nära till hands att fråga huruvida dessa regleringar kunde anses ge uttryck för en mer *allmän princip* som håller på att utvecklas. Denna problematik diskuteras närmare i kap. 5. Redan här är det skäl att notera, att det kan tänkas föreligga ett behov att generalisera reglerna om påföljdslindring i flera olika avseenden:

— De omtalade stadgandena gäller ofta blott *vissa slag av gäldenärer* (parter). KSL 7:16.2 gäller naturligtvis blott fordringar mot *konsumenter* (se KSL 1:4), medan åter 11 § RänteL, som ovan nämnts, förutom de egentliga konsumenterna skyddar även bostadsköpare, hyresgäster och legotagare. AvbetL har däremot i detta avseende ett generellt tillämpningsområde (numera är dock 7 kap. KSL i konsumentrelationer primär i förhållande till AvbetL, se betr. påföljdslindring AvbetL § 2.3). Man kan ställa frågan, i vilken utsträckning man kan bortse från tendensen att begränsa reglerna om påföljdslindring till konsument- och liknande förhållanden och medge tillämpning av liknande principer också utanför detta område, i den mån det föreligger motsvarande sociala skäl.

— Reglerna angående påföljdslindring gäller blott *vissa slag av fordringar*. AvbetL gäller blott avbetalningsköp och KSL kap. 7 därtill vissa andra slag av krediter. 11 § RänteL har ett mer allmänt tillämpningsområde; anknytningen till konsument- och liknande fordringar utesluter dock även här såväl vissa slag av avtalsbaserade fordringar, som inte har samband med anskaffning av nytta (t.ex. fordran på grundval av borgensförbindelse), som naturligtvis utomkontraktuella fordringar. Spörsmålet blir här, i vilken utsträckning man bör kunna åberopa en allmän princip om påföljdslindring av sociala skäl vid tvister kring fordringar av annan typ än de som direkt omfattas av ifrågakavande lagstiftning.

— Reglerna om påföljdslindring omfattar blott *vissa slag av påföljder*. AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2 gäller *avtalade* påföljder i

anledning av betalningsdröjsmål, medan 11 § RänTeL reglerar blott *dröjsmålsränta* (och förslaget till personförsäkringslag 5:2.2 försäkrings upphörande). Man kan fråga, huruvida också andra påföljder som kan komma i fråga vid ett betalningsdröjsmål — t.ex. indrivning av fordran, hävning av avtalet etc. — bör påverkas av en eventuell allmän princip om påföljds lindring.

— De här behandlade reglerna gäller blott *betalningsdröjsmål*. Man kan därför också ställa spørgsmålet, huruvida och i vilken utsträckning en eventuell allmän princip om påföljds lindring borde omfatta också andra slags avtalsbrott.

Något försök att besvara dessa frågor, som de här behandlade konkreta regleringarna ger upphov till, kan inte göras ännu i detta skede av arbetet. De överväganden som anføres nedan i kap. 4 och 5 är avsedda att anknyta just till bl.a. de omtalade frågeställningarna. Här skall blott avslutningsvis introduceras ett begrepp som kan påträffas i visst källmaterial i anslutning till de ifrågavarande regleringarna och som i sig antyder, att man kunde betrakta dem som ett uttryck för en mer allmän-giltig princip. Det begrepp som här åsyftas är *social force majeure*. Detta mycket allmänna begrepp, som använts också i anknytning till andra regleringar (se nedan 3.7.2. p. iv), har man velat utnyttja för att beskriva bl.a. sådana regler om påföljds lindring som här varit i fråga (se nedan 5.4.2.).

3.7. Allmänna skälighetsregler m.m.

3.7.1. Lagstiftningen

3.7.1.1. Jämkning av oskäligen avtalsvillkor

Under innevarande århundrade har möjligheterna att *jämka oskäligen avtalsvillkor* fortgående ökat. Processen har varit lång; redan exempelvis i lagen om försäkringsavtal (132/33) § 34 och i lagen om skuldebrev (622/47) § 8 ingick stadganden som gav domstol rätt att jämka uppenbart oskäligen avtalsvillkor. Då man sedermera i lagstiftningen om andra avtalstyper upptog motsvarande stadganden är det naturligt att man allt mer uttalat uppfattade dem som uttryck för en allmän princip (se om

utvecklingen t.ex. Aro 1974). Den legislativa utvecklingens hittillsvarande ändpunkt nåddes slutligen år 1982, då man i 36 § AvtL intog en *allmän jämningsregel* (lag 956/82), enligt vilken villkor i rättshandling, som är oskäligt eller vars tillämpning skulle leda till oskälighet, kan jämkas eller lämnas utan avseende.

Vid sidan av 36 § AvtL har man av olika skäl, som här inte behöver beröras, i vissa särskilda lagar kvarhållit »egna» jämningsstadganden. Sådana särskilda jämningsregler finns i KSL 4:1, 48 § HyresL, 4 § 2 mom., 7 § 3 och 4 mom., 29 och 56 §§ JordlegL samt i 48 § 3 mom. ArbAvtL. Även om förutsättningarna för jämkning i dessa stadganden inte beskrivits lika utförligt som i 36 § AvtL kan man på goda grunder utgå från att de typer av bedömningskriterier som brukar anses relevanta vid tillämpningen av det sistnämnda stadgandet också kan åberopas vid tillämpningen av de speciella jämningsreglerna. Med hänsyn till det tema som här är aktuellt — de behovsorienterade personrollernas relevans vid jämkning av avtal — finns det därför knappast något skäl att dra några klara skiljelinjer mellan de olika jämningsreglerna. I fortsättningen behandlas sålunda jämningsproblematiken som en helhet, utan att något avseende fästs vid frågan, huruvida jämkning skett eller bör ske med stöd av den allmänna jämningsregeln i 36 § AvtL eller med stöd av någon av de särskilda jämningsreglerna.

Tillämpningen av jämningsreglerna har alltid avsetts ske *in casu*, med beaktande av alla på saken verkande omständigheter. Såsom sådana omständigheter har man beaktat såväl avtalets innehåll som omständigheter utanför avtalet (se betr. indelningen *Aurejärvi* 1979 s. 731). Redan vid tillämpningen av de »gamla» jämningsreglerna har det alltså i *princip* varit möjligt att fästa avseende också vid omständigheter som anknyter till en avtalsparts person och hans behov.

Ett något kuriöst exempel på en sådan behovsorientering kan hämtas ur förarbetena till HyresL. Här nämner man som ett exempel på hurudana situationer man avsett att den föreslagna jämningsregeln skall täcka att ett avtalsvillkor, som förbjuder hyresgästen att ha en hund i den hyrda lägenheten, inte skall tillämpas, om hyresgästen blir blind under hyrestidens gång (*KM 1957:8 s. 25*).

I 36 § AvtL har man redan i lagtexten nämnt, såsom en omständighet vilken bör beaktas vid jämkning, »*parternas ställning*». Med detta

uttryck har man framför allt velat betona ett av de centrala syftena med den allmänna jämningsregeln, strävan att skydda den *svagare parten* i ett avtalsförhållande. I förarbetena till den allmänna generalklausulen betonar man: »Samhälleligt mest betydelsefull är jämkning av avtal mellan parter som inte är jämställda» (*Reg.prop. 247/1981* s. 3). Också många av de tidigare införda speciella jämningsreglerna reglerade avtalstyper, vid vilka det ofta kunde antas föreligga obalans i styrkeförhållandet mellan parterna. Även genom dessa strävade man alltså att erbjuda den svagare parten ett visst skydd.

Den omständigheten att parternas ställning tillmäts relevans vid bedömningen innebär inte nödvändigtvis att man härmed velat framhäva betydelsen av en behovsorienterad rättstillämpning. Som tidigare framgått (ovan 2.2.4.) kan man urskilja olika typer av personrelaterade roller i kontraktsrätten; särskilt har uppmärksamats å ena sidan förmågeorienterade och å andra sidan behovsorienterade personroller. Det är uppenbart att man, när man i samband med jämningsreglerna betonat betydelsen av parternas ställning och skyddet av svagare part, främst haft den förstnämnda typen av roller i åtanke. Jämningsreglerna riktar sig mot en sådan obalans i avtalsförhållandena som utgör en följd av en parts *bristande förmåga* (ringa ekonomisk styrka, dålig sakkunskap, i övrigt svag förhandlingsposition) att vid avtalsslutet tillvarata sina rättigheter. Som ett belysande exempel kan här hänvisas till en passage i motiven till 36 § AvtL:

»Avtalsparternas kunskaper och färdigheter samt ekonomiska relationer är omständigheter som alltid skall beaktas. Om avtalsparter som är ekonomiskt oberoende av varandra och har förmåga att bära ansvar i lugn och ro satt sig in i saken och sluter ett avtal, bör det krävas en verkligt betydande obalans innan det med stöd av det allmänna jämningsstadgandet är skäl att ingripa i avtalet. Situationen är en helt annan om den ena parten har sämre sakkunskap än den andra, inte har kunnat sätta sig in i en sak som den andra parten noga känt till, eller rent av varit beroende av den andra parten i ekonomiskt eller annat hänseende. Härvid är jämkning motiverad redan vid en mycket mindre obalans» (*Reg.prop. 247/1981* s. 14).

Den omständigheten att ett avtal slutits i jämlika förhandlingar mellan parter som varit medvetna om de ekonomiska risker avtalet innebär, anses således tala mot jämkning (*HD 1982 II 192*; se även *HD 1983 II 78*

och 1985 II 36). Är parternas *förmåga* vid avtalsslutet god, uppfattas detta i domstolspraxis som ett argument mot jämkning.

Det sagda hindrar emellertid inte, att man uppfattar hänvisningen till parternas ställning avse *också* behovsorienterade personroller. Redan det ovan omtalade exemplet ur förarbetena till HyresL visar att ett sådant tänkesätt inte ses som främmande. I rättspraxis har man också i några fall givit 36 § AvtL en klart behovsorienterad tillämpning. Dessa fall skall diskuteras närmare i det följande.

Här är det ännu skäl att notera, att man som ett kriterium för jämkning i 36 § AvtL uttryckligen nämner också förhållandena efter att rättshandlingens företagits (»därefter»). Med detta uttryck har man velat framhäva betydelsen av *förändrade förhållanden* som jämningsgrund (se t.ex. *Wilhelmsson* 1984 s. 84 ff.). Uttrycket kan väl tänkas innefatta också *förändringar i en parts personliga förhållanden*. Vid en diskussion kring utvecklingen av en eventuell allmän princip angående socialt prestationshinder (*social force majeure*) har därför också det sagda uttrycket i lagtexten en viss relevans.

3.7.1.2. *Reglering av oskäligen avtalsvillkor*

De kontraktsrättsliga jämningsreglerna skall tillämpas vid tvister mellan två parter. Vid sidan härav förekommer vissa former av *kollektiv* reglering av avtalsvillkor i finsk rätt. Den viktigaste av dessa är KSL 3 kap., som ger konsumentmyndigheterna (MD och i vissa fall KO) möjlighet att utfärda förbud mot användningen av avtalsvillkor, som bör anses som oskäligt mot konsumenterna.

Den i banklagstiftningen ingående regleringsmöjligheten (se lagen om affärsbanker § 42 b, lagen om sparbanker § 53 b, lagen om andelsbanker § 45 b, lagen om hypoteksbanker § 42 b, införda genom lagar 678—681/78) kan man bortse från i detta sammanhang, då möjligheten inte utnyttjats på något förmåbart sätt i praktiken (se *Wilhelmsson* 1984 s. 112 f.).

Ingrepp av KO och MD inverkar inte direkt på giltigheten av enskilda avtalsförhållanden. De anses likväl ha ett mycket starkt *argumentvärde* då man tar ställning till behovet att jämka enskilda avtal. De är därför ingalunda irrelevanta vid en diskussion av den vid allmänna domstolar tillämpade kontraktsrättens allmänna läror. Skälighetsbedömningen med

stöd av KSL 3:1 kan fungera som *modell* för skälighetsbedömningen vid tillämpningen av de kontraktsrättsliga generalklausulerna.

I förarbetena till KSL påpekar man uttryckligen att man vid jämkning av ett oskäligt avtalsvillkor (med stöd av KSL 4:1) ofta kan ta till utgångspunkt »av marknadsdomstolen och konsumentombudsmannen utvecklad praxis i ärenden angående reglering av avtalsvillkor» (*Reg.prop. 8/1977* s. 40). Konsumentmyndigheternas praxis kan t.o.m. i någon utsträckning ha den sagda modellfunktionen också *utanför tillämpningsområdet för KSL*: »Ett dylikt villkor bör nämligen i allmänhet anses oskäligt också när den andra parten inte är en konsument men dock står i en jämförbar ställning i förhållande till näringsidkaren» (*Reg.prop. 247/1981* s. 14).

3.7.1.3. Generalklausulen angående uppsägning av bolagsavtal

Vid beredningen av ny lagstiftning om öppna bolag och kommanditbolag har man föreslagit en speciell generalklausul angående uppsägning av bolagsavtal. Enligt förslaget bör bolagsavtal kunna uppsägas bl.a. »om fortsättande av bolaget bör anses vara oskäligt med hänsyn till bolagsman med beaktande av förändringar i hans eller annan bolagsmans hälso-tillstånd, ekonomiska läge eller annan omständighet» (*KM 1983:56*, lagförslag 6:4). Detta stadgande är naturligtvis avsett att erbjuda de övriga bolagsmännen en möjlighet att dra sig ur avtalet, om någon bolagsman drabbas av förändringar av sagda slag; man har emellertid utgått från, att även den bolagsman, vars hälsotillstånd eller ekonomiska läge förändrats (försämrats) själv kan åberopa dessa tilldragelser för att få till stånd en upplösning av bolagsförhållandet, om han så önskar. Om en bolagsman drabbats av en svår sjukdom, skada eller ålderdomssvaghet kan han säga upp bolagsavtalet; detta kan i vissa fall också ske med hänvisning till en förändring i en bolagsmans familjeförhållanden (*KM 1983:56* s. 47, se även betr. svensk rätt *Nial* 1983 s. 272 f.). Till denna del ger det föreslagna stadgandet uttryck för behovsorienterade tankegångar som ligger nära dem som bär upp stadgandena om *social force majeure*. — Laggranskningsrådet har sedermera föreslagit att generalklausulen skulle ges en mer allmän formulering; härvid har man dock inte nödvändigtvis eftersträvat någon förändring i sak (se *Ltk 1/1986* s. 66 f.).

3.7.2. Behovsorienterad skälighetsbedömning i praxis

Från praxis vid domstolar och konsumentmyndigheter kan man hämta åtminstone några exempel på avgöranden, i vilka man expressis verbis fäst avseende vid gäldenärens behov av begränsningar i hans förpliktelse.

Dessa avgöranden hänger på ett intresseväckande sätt samman med de behovsorienterade regleringar i obligationsrätten och i civilrätten i övrigt som har behandlats tidigare i detta kapitel. Behovsprövningen av avtalsbaserat underhåll (sytning) kan sättas i samband med reglerna om familjerättsligt underhåll (ovan 3.1.1. p. i) samt eventuellt också med vissa skadeståndsrättsliga underhållsregler (ovan 3.4.2.). Vissa avgöranden har tydliga beröringspunkter med hyresrättens regler om trygghet av parts behov av bostad (ovan 3.3.) och i andra fall står avgörandet åter i samband med reglerna om jämkning av skadestånd (ovan 3.4.3.). Några avgöranden ger slutligen uttryck för överväganden angående *social force majeure* med tydlig anknytning till stadgandena om påföljdsändring (ovan 3.6.).

(i) *Underhåll*. Vid bestämning av familjerättsligt underhåll — och också av skadestånd i form av underhållsbidrag till efterlevande — skall man ta hänsyn till gäldenärens ekonomiska förmåga. I linje med detta har man också vid tillämpningen av ett sytningsvillkor i ett köpebrev beaktat gäldenärens (sytningsgivarens) *inkomster, förmögenhet och levnadsförhållanden*. Det omtalade fallet, som härrör från tiden innan den allmänna jämningsregeln intogs i 36 § AvtL, har rubricerats som en fråga bl.a. om *tolkning* av sytningsvillkor. Motiveringen i avgörandet skulle dock lika väl ha kunnat åberopas som grund för ett jämningsavgörande.

HD 1981 II 140. I fallet var fråga om ett till köp av fastighet anknutet sytningsvillkor, enligt vilket köparen till sin vid köpet 29-åriga syster, vars arbetsförmåga var nedsatt, skulle ge »bostad och vård under hennes livstid». Vid 67 års ålder flyttade hon till kommunalhemmet för att vårdas där. Sytningstagarens förmyndare krävde att sytningsgivaren i stället för sytningen i hemmet skulle förpliktas att erlagga ett vederlag i pengar. Häradsrätten utdömde med hänvisning till skattestyrelsens direktiv för redan förlupen tid 8 541,63 mk samt förpliktade sytningsgivaren att i fortsättningen betala hälften av kommunalhemmets vårdavgift eller 6 mk i dygnet. Hovrätten ändrade inte domslutet. HD fann, med beaktande av sytningsgivarens inkomst, förmögenhet och levnadsförhållanden, sytnings-tagarens folkpension och övriga omständigheter samt de ändringar i dem som inträffat efter köpslutet, rätt och skäligt att döma sytningsgivaren att för den sagda förlupna tiden utge 4 000 mk och herefter 90 mk/månad.

(ii) *Behov av bostad*. I ett rättsfall från Helsingfors hovrätt har man

uttryckligen uppmärksammat *hyresvärdens fysiska tillstånd* (ålder och hälsotillstånd) som ett avgörande argument för jämkning. Då hyresvärden p.g.a. dessa personliga omständigheter hade behov av sin lägenhet begränsade man tidsmässigt hans förpliktelse att ställa bostaden till hyresgästens förfogande.

Helsingfors hovrätt 29. 6. 1977/81. A hade 18. 9. 1976 hyrt ut sin bostadslägenhet till B och C bl.a. på villkor att hyresförhållandet skulle upphöra 1. 1. 1980. A, som själv ville flytta till lägenheten, krävde i första hand att avtalet skulle förklaras ogiltigt p.g.a. omständigheterna vid dess tillkomst och i andra hand att hyresförhållandet skulle konstateras p.g.a. uppsägning ha upphört 1. 3. 1977. Hovrätten fann utrett, att A — som var född 1896 — inte kunde anpassa sig och inte trivdes i sin dåvarande enrumms underhyresbostad i en familj där det fanns fyra barn under 10 år. Enligt läkarintyg innebar boendet där fara för A:s hälsa, varför A nödvändigtvis behövde en bostad i vilken han kunde vara i fred. Av denna anledning och då villkoret i hyresavtalet med B och C om uppsägningsdag måste anses oskäligt mot A, jämkades hyresavtalet så, att den sista dagen i varje kalendermånad efter det domen givits skulle vara uppsägningsdag.

(iii) *Jämkning av skadestånd.* En oskäligt tung skadeståndsskyldighet kan jämkas med stöd av SkL 2:1.2, såväl utom som *ex analogia* inom kontraktsförhållanden (se ovan 3.4.3.9.). Därför är det i sig självklart att man kan jämka avtal om skadeståndsskyldighet med stöd av en kontraktsrättslig jämningsregel. Vid jämkning av en sådan skadeståndsskyldighet ligger det naturligtvis särskilt nära till hands att vid bedömningen ta hänsyn till den starka behovsorientering som präglar SkL 2:1.2. Det är därför inte särskilt överraskande, att man just beträffande jämkning av avtalad skadeståndsskyldighet påträffar ett HD-avgörande (ett plenumavgörande), där man uttryckligen hänvisat till *gäldenärens svaga betalningsförmåga* som en grund för att nedsätta hennes förpliktelse.

HD 1984 I 1. I rättsfallet hade en arbetstagare, som verkade som butiksforestandare för ett andelslag, vållat sin arbetsgivare, andelslaget, skada. Efter arbetsförhållandets upphörande hade arbetsgivaren och arbetstagaren avtalat om att arbetstagaren skulle ersätta andelslaget den uppkomna skadan på 44 067 mk. Då avtalet gällde erläggande av ersättning för skada som redan inträffat ansågs avtalet inte vara utan verkan enligt SkL 7:1. HD jämkade emellertid med stöd av 36 § AvtL ersättningen till 28 000 mk, med hänvisning till att man vid beräkningen av skadan inte kunde särskilja skada, som utgjorde en följd av butiksforestandarens

vållande från annan skada, att butiksföreståndaren även efter anställningsförhållandets upphörande befann sig i en väsentligt svagare ställning i förhållande till andelslaget och hennes möjlighet att granska dess beräkningar var små samt att *hennes möjligheter att klara av den avtalade betalnings-skyldigheten var osäkra.*

Avgörandet skedde efter omröstning, som dock framför allt gällde frågan, huruvida avtalet skulle anses ogiltigt som stridande mot SkL 7:1 (denna uppfattning hade 12 av de 30 deltagande justitieråden; 4 justitieråd ansåg å andra sidan att något skäl för jämkning inte alls förelåg).

Också i ett annat färskt fall har HD jämkat en avtalad skadeståndsskyldighet med hänvisning bl.a. till *gäldenärens ekonomiska situation*:

HD 1985 II 171. I ett arbetsavtal hade arbetstagaren förbundit sig att under två år efter det att arbetsförhållandet upphört inte ta tjänst hos företag, som konkurrerade med arbetsgivaren, och arbetsgivaren att under tiden för konkurrensförbudet till arbetstagaren erlagga skillnaden mellan den lön han senast fick hos arbetsgivaren och den lägre lönen i hans nya arbete intill ett visst maximibelopp. Villkoret om giltighetstiden för konkurrensförbudet ansågs inte oskäligen ha begränsat arbetstagarens handlingsfrihet men den ersättning arbetstagaren enligt avtalet skulle erlagga på grund av avtalsbrott jämkades. Jämkningen motiverades av hovrätten, vars dom upprätthölls i HD, med en hänvisning till parternas ställning då avtalet ingicks, det utlovade vederlaget för konkurrensförbudets iakttagande, arbetstagarens ekonomiska situation och tidpunkten för avtalsbrottet.

(iv) *Social force majeure.* Som tidigare framgått kan gäldenären med stöd av AvbetL, RänteL eller 7 kap. KSL under vissa förutsättningar kräva påföljds lindring, om han p.g.a. sjukdom, arbetslöshet eller andra liknande omständigheter råkat i betalningssvårigheter. Man kan anta, att ifrågavarande stadganden, som ansetts reglera det som benämnts social force majeure, kan vara ägnade att sätta sina spår också i skälighetsbedömningen med stöd av 36 § AvtL och andra jämningsregler.

Något jämningsavgörande av detta slag kan man likväl tillsvidare inte peka på. Däremot har hänsynen till social force majeure kommit klart till uttryck i konsumentmyndigheternas praxis med stöd av KSL 3:1. Dels har MD fäst avseende vid AvbetL, då man bedömt skäligheten hos leasingvillkor som använts i vissa konsumentförhållanden: leasinggivaren får inte förbehålla sig en mer vidsträckt hävningsrätt t.ex. vid social force majeure än vad avbetalningssäljaren har (se MD 1986:6). Dels — och

detta är mer intressant — har *KO* utnyttjat resonemangen kring social force majeure även i fall där det överhuvudtaget inte varit fråga om påföljds lindring i egentlig mening. Möjligheten att ta hänsyn till gäldenärs *sjukdom*, *arbetslöshet* etc. har av *KO* utsträckts till regleringen av själva *avtalsbundenheten*. *KO* har ansett hänsynen till skälighet förutsätta, att man i avtalsvillkoren för vissa slag av avtal ger gäldenären rätt att vid social force majeure dra sig ur avtalet.

KO 84/40/3689 (KS 4/1985 s. 21). *KO* ingrep mot en näringsidkare som marknadsförde ett schackspel med pjäser av tenn. Pjäserna kostade 145 mk/styck och beställaren förband sig att en gång i månaden betala priset på en pjäs. *KO* fann ett flertal brister i näringsidkarens marknadsföring och avtalsvillkor. Av intresse är här, att *KO* i förhandlingarna med näringsidkaren krävde och fick till stånd en sådan ändring av avtalsvillkoren, att beställaren gavs rätt att häva avtalet (mot utgivande av viss kostnadsersättning), om ett uppfyllande av avtalet skulle vara oskäligt betungande för beställaren p.g.a. sjukdom, arbetslöshet eller annan, utan beställarens egen skuld uppkommen på hans betalningsförmåga verkan- de särskild omständighet eller annan sådan vägande omständighet. I motiveringen till varför avsaknaden av ett sådant villkor vore oskäligt hänvisar man till att man vid konsumentköp *håller på att godta en ståndpunkt, att s.k. social force majeure* särskilt vid långvariga avtal *ger konsumenten rätt att häva avtalet mot skälig ersättning*.

KO 82/40/1166 (KS 1/1985 s. 24). Vid förhandlingar mellan *KO* och ett företag som hyr ut (leasar) TV-apparater kom man överens om att komplettera villkoret om konsumentens rätt att säga upp avtalet p.g.a. force majeure med en hänvisning till *arbetslöshet* (i tillägg till långvarig sjukdom och flyttning).

Även om många av de behovsorienterade skälighetsavgörandena har naturlig anknytning till de regleringar som tidigare behandlats, är möjligheten till behovsorienterade avgöranden på grundval av 36 § AvtL och de övriga jämningsreglerna givetvis inte begränsade till sådana situationer. För att belysa detta kan här avslutningsvis omnämnas ett rättsfall, där gäldenären fritogs från en negativ förpliktelse (ett konkurrensförbud) bl.a. med hänvisning till hans *begränsade yrkeserfarenhet* (och *yrkesutbildning*). Detta begrepp, som stundom uppenbarligen kan användas i ett förmågeorienterat syfte, nyttjades här för att belysa gäldenärens behov: då hans yrkesinriktning var begränsad till ett visst område hade han för att trygga sin och sin familjs försörjning behov av

att i strid med konkurrensklausulen kunna arbeta på ifrågavarande område (jfr också den *presumtivt utkomsthämmade* i hyresrätten, ovan 3.3.3.).

HD 1984 II 83. Makarna X och Y hade överlåtitt aktiestocken i ett bolag, som de ägde, mot penningvederlag och på villkor att X fick en arbetsplats i bolaget. Även Y stannade i bolagets tjänst. Överlåtelseavtalet innehöll ett konkurrensbegränsningsvillkor enligt vilket X och Y förband sig att inte bedriva verksamhet som konkurrerade med bolagets. Ett och ett halvt år efter överlåtelsen sade köparen upp arbetsavtalen. Uppsägningarna konstaterades i särskilda rättegångar vara ogiltiga. Det ansågs att arbetsplatserna utgjorde en väsentlig del av vederlaget för överlåtelsen. Med beaktande även av X:s yrkeserfarenhet, som i hög grad hade hänfört sig till det ifrågavarande området, lämnades konkurrensbegränsningsvillkoret i överlåtelseavtalet med stöd av 36 § AvtL utan avseende räknat från uppsägningen av arbetsförhållandena. — Jfr *HD 1985 II 171* ovan (p. iii).

3.7.3. *Sammanfattning. Allmänna tolkningsprinciper m.m.*

Vid tillämpningen av jämningsreglerna kan man naturligtvis ta hänsyn såväl till gäldenärens behov av begränsningar i hans förpliktelser som till borgenärens behov av utvidgade rättigheter. I de fall där man i praxis kring dessa regler mer uttryckligen har gjort behovsorienterade bedömningar har man dock haft främst gäldenärens behov för ögonen. I de explicit behovsorienterade avgörandena har man tillmätt blott behovsorienterade *gäldenärsroller* relevans. Det är svårt att här peka på konkreta exempel på behovsorienterade borgenärsroller. Som senare (4.6.) visas, innebär detta naturligtvis inte, att det i princip vore otänkbart att fästa avseende vid borgenärens behov då man jämkar avtal.

Här är naturligtvis omöjligt att säga något om, i vilken utsträckning domstolarna *faktiskt* beaktat borgenärens behov, t.ex. vid jämkning av försäkringsavtal. Som tidigare (1.2.4.) anförts, är detta också av mindre intresse i ett arbete som berör de allmänna lärornas utveckling. Här är de explicita motiveringarna (*justifieringarna*) centrala.

De behovsorienterade gäldenärsroller som här kan analyseras fram förefaller huvudsakligen vara desamma som man kunnat peka på i samband med de övriga stadganden som omtalats i det föreliggande kapitlet. Man kan även här påträffa

— *låginkomsttagargäldenären*; man har beaktat såväl denna egenskap som sådan (ovan 3.7.2. p. i samt även iii) som förändringar (försämringar) i inkomstförhållandena som härrör t.ex. av *arbetslöshet, sjukdom* etc. (3.7.2. p. iv),

— *gäldenären med begränsade tillgångar*, knappa levnadsförhållanden och svag betalningsförmåga (3.7.2. p. i och iii),

— den *bostadsbehövande* gäldenären; i ifrågavarande fall var bostadsbehovet betingat av gäldenärens *sjukdom* (3.7.2. p. ii) och

— som ännu en variant av behovsorienterade gäldenärsroller (se dock även ovan 3.4.2.), gäldenären med *begränsad yrkeserfarenhet och utbildning* (HD 1984 II 83).

Det är också intressant att se, hur den — i sig relativt begränsade — behovsorienterade praxis kring de kontraktsrättsliga skälighetsreglerna som här beskrivits situationsmässigt anknyter till de behovsorienterade regleringar som omtalats tidigare i detta kapitel. Man kan kanske säga, att de kontraktsrättsliga generalklausulerna haft som en viktig funktion att erbjuda en juridiskt hållbar grund för ett mer allmänt hänsynstagande till utvecklingstendenser som legislativt kommit till synes i mer speciella sammanhang. De kontraktsrättsliga generalklausulerna har kunnat fungera

— som *inkörsportar* i kontraktsrätten för behovsorienterade resonemang vilka gjort sig gällande utanför detta rättsområde (framför allt i skadeståndsrätten och även familjerätten), samt

— som grund för *generalisering* av speciella behovsorienterade kontraktsrättsliga regleringar med begränsat tillämpningsområde (social force majeure).

Härtill är det givetvis möjligt att i rättstillämpningen på grundval av generalklausulerna mer *fritt ta hänsyn till behovsorienterade synpunkter*. Såväl lagens ordalydelse som förarbetena till 36 § AvtL ger rättstillämparen (och rättsvetenskapsmannen) ett vidsträckt spelrum för utvecklande av nya behovsorienterade personroller.

Det är slutligen skäl att notera, att de kontraktsrättsliga generalklausulerna inte nödvändigtvis utgör de enda tänkbara inkörsportarna för en behovsorienterad argumentation i kontraktsrättens allmänna läror. Också vid *tolkning* och *utfyllnad* av avtal etc. kan man tänka sig att explicit fästa avseende vid parternas behov. I HD-praxis förekommer

också rättsfall av detta slag. Dessa kan betraktas som tecken på att åtminstone en viss grad av explicit behovsorientering så småningom håller på att genomsyra hela kontraktsrätten.

Rättsfallet *HD 1981 II 140*, som rubricerats som ett tolkningsavgörande, har refererats redan ovan (3.7.2. p. i). Härutöver kan nämnas *HD 1980 II 42*: Avtalsförhållandet mellan gårdsägaren A och hyresgästen B ansågs på grundval av en praxis som fortgått under flera år ha fått det innehållet att envar av hyresgästerna själv drog försorg om snöarbetena och sandningen av vägarna på husets gårdsplan i den mån de ansåg detta påkallat. För den skull förkastades B:s talan mot A som gick ut på ersättning för att B hade skadat sig då han fallit på en osandad och hal gårdsväg. I motiveringen till varför den praxis som uppkommit beträffande sandningen skulle anses bindande hänvisade HD uttryckligen till att A p.g.a. sin *ålder, sjukdom och fattigdom* (vähävaraisuus) inte förmått sköta om snöarbeten och sandning.

4. KAP. MOT BEHOVSORIENTERADE ALLMÄNNA LÄROR

4.1. Problemprecisering

I det traditionella obligationsrättsliga normsystemet har man utgått från att parterna i ett rättsförhållande bör definieras med hjälp av abstrakta och formella rollbegrepp. I någon utsträckning har dessa begrepp kompletterats med funktionsrelaterade begrepp, såsom konsumenten, och förmågeorienterade begrepp, såsom fackmannen (se avsnitt 2.2.). De fall där man inom obligationsrätten kunnat fästa avseende vid en parts konkreta ekonomiska och sociala behov har däremot tillsvidare uppfattats som aparta undantag.

Genomgången av det konkreta rättsmaterialet i det föregående kapitlet erbjuder emellertid en möjlighet att i sistnämnda avseende anlägga ett nytt perspektiv på det obligationsrättsliga systemet. Behovsorienterade roller kan påträffas i flera olika sammanhang, inom alla delar av obligationsrätten. Möjligheterna att utföra behovsorienterade bedömningar förefaller också uppenbart vara ökande. Det ifrågavarande konkreta rättsmaterialet har tillkommit under en relativt kort tidrymd. Det material som presenterats i kap. 3 hänför sig med få undantag till 1970- och (i ännu högre grad) 1980-talen. Den tilltagande behovsorienteringen i obligationsrätten har ett uppenbart samband med de omfattande förändringar i det finska samhället och rättsordningen i allmänhet som ägt rum särskilt under 1970-talet (och senare hälften av 1960-talet).

Obligationsrätten, och som en del av den kontraktsrätten, förefaller alltså snabbt utvecklas mot ett läge, där det ter sig meningsfullt att ställa

frågan om »*principväxling*» (se 1.1.2.). Bör man fortsättningsvis betrakta de behovsorienterade rollerna blott som undantag eller är det skäl att på grundval av det material som föreligger söka utarbета mer allmänna behovsorienterade principer? I detta och det följande kapitlet diskuteras möjligheterna (det *rättsligt möjliga*, se ovan 1.1.4.1. p. iii) att utveckla sådana behovsorienterade principer i kontraktsrätten utgående från det konkreta rättsmaterial som presenterats ovan (jfr 1.1.3.).

4.2. Behovsorienterade principer som hjälpmedel och som självständiga normer

Möjligheterna att förankra ett öppet behovsorienterat ställningstagande i juridiskt godtagbara rättskällor varierar från rättsområde till rättsområde och från fråga till fråga.

Inom *skadeståndsrätten* är de rättsliga möjligheterna till behovsorienterade avgöranden klarast. Såväl den allmänna jämningsregeln i SkL 2:1.2 som övriga skälighetsregler i SkL ger domstolarna mer eller mindre obegränsade möjligheter att öppet ta hänsyn till parternas (framför allt skadevållarens) behov vid utdömande av skadestånd. I skadeståndsrätten behövs därför inte några nya läror som skulle bilda en självständig grund för behovsorienterade avgöranden. På detta område behövs behovsorienterade allmänna läror blott som *hjälpmedel* vid tillämpningen av SkL:s behovsorienterade regler. Tillgången till sådana hjälpmedel kan naturligtvis i sin tur leda till att man i högre grad utnyttjar de möjligheter till behovsorienterade avgöranden som SkL erbjuder.

Också inom *kontraktsrätten* föreligger goda möjligheter att förankra ett behovsorienterat avgörande direkt i lagstiftningen. Här kan nämnas dels de speciella hyresrättsliga reglerna (se 3.3.) och reglerna om påföljds-lindring (se 3.6.), i vilka behovsorienteringen är direkt lagfäst, samt den allmänt godtagna möjligheten att tillämpa SkL:s jämningsregel analogt på avtalsbaserat skadestånd (se 3.4.3.9.) och dels — framför allt — den allmänna jämningsregeln i 36 § AvtL (samt KSL 4:1 och övriga kontraktsrättsliga generalklausuler). Den allmänna jämningsregeln ger domstol möjlighet att utgående från (bl.a.) ett behovsorienterat tänkande ingripa i alla slag av förpliktelser, som reglerats i avtal. I rättspraxis

förekommer också exempel på att man utnyttjat denna möjlighet. Man kan m.a.o., om man i rättstillämpningen önskar legislativt stöd för ett behovsorienterat avgörande, i flertalet fall *förankra* avgörandet i en hänvisning till 36 § AvtL. Också här kan alltså behovsorienterade allmänna läror uppfattas som hjälpmedel vid tillämpningen av den allmänna generalklausulen. Då 36 § AvtL inte till sin ordalydelse är klart behovsorienterad innebär sådana allmänna läror emellertid samtidigt en tydlig *utveckling* av förutsättningarna för en tillämpning av 36 § AvtL. Ju längre en sådan utveckling i praktiken går, desto större anledning finns det att betrakta de ifrågavarande allmänna lärorna mer som en *självständig rättsgrund* för avgörandet än som blott ett hjälpmedel vid tillämpningen av 36 § AvtL. I ett utvecklingsperspektiv kan man säga, att 36 § AvtL kan fungera som *inkörsport* för nya (såväl behovsorienterade som andra) allmänna läror, som småningom kan självständiggöras. Utvecklingen av läran om socialt prestationshinder (kap. 5) kan tjäna som ett exempel på detta.

Jfr även Reifner (1979 s. 76 f.): »Die Generalklauseln bieten nämlich... die Möglichkeit, adäquatere Rechtsformen aus den bestehenden Rechtsformen zu entwickeln und an die Stelle der »zerstörten Rationalität und Berechenbarkeit des Rechts« eine neue gesellschaftliche Rationalität und Berechenbarkeit zu setzen». — Esser — Schmidt (1984) talar om generalklausuler som »Einbruchstellen» (s. 17) och som »Ausgangsort für die Fortentwicklung» (s. 146).

Möjligheterna att förankra behovsorienterade kontraktsrättsliga avgöranden i 36 § AvtL är likväl inte heltäckande. Generalklausulen gäller blott jämkning av *avtalade* förpliktelser. I en kontraktsrättslig tvist kan också bli fråga om utfyllnad av avtal, tillämpning av allmänna kontraktsrättsliga principer etc. I den mån man här vill göra en behovsorienterad bedömning måste den stå på *självständig grund*. De behovsorienterade principer som åberopas i en sådan situation kan inte ges någon legislativ förankring utan fungerar som materiella, direkt tillämpliga rättsprinciper.

Samma läge råder på det tredje huvudområdet för obligationsrättsliga förpliktelser, läran om *återbäring av obehörig vinst*. Denna lära har inte reglerats i lag och omfattas inte heller av någon generalklausul. Också här måste eventuella behovsorienterade principer uppfattas som *självständiga* principer, vilka ingriper i de principer som i övrigt styr återbäringen.

Vad beträffar möjligheterna att förankra behovsorienterade avgöranden i lagstiftningen kan man således skilja mellan två olika situationer: de fall där de behovsorienterade principerna återopas som *hjälpmedel* (argument) vid tillämpningen av någon generalklausul och de fall där de uppträder som *självständiga normer*. I de förstnämnda fallen är det mot bakgrund av det material som presenterats ovan i kap. 3 givet att sådana principer också är rättsligt möjliga. Däremot är det skäl att ännu spilla några rader på frågan, huruvida det kan anses föreligga en rättslig potential också för behovsorienterade principer av det senare slaget. Kan man tänka sig att tillämpa de behovsorienterade värderingar som kommit till uttryck i lagstiftningen *analogt* utöver det direkta tillämpningsområdet för ifrågavarande lagstadganden?

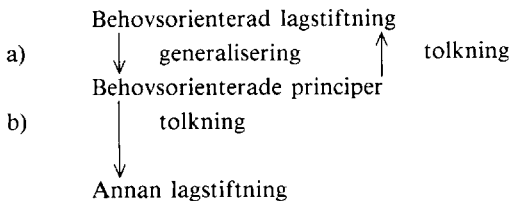
Även om det konkreta rättsmaterialet i detta avseende inte är lika övertygande förefaller det likväl på grundval av rättspraxis rimligt att hävda att det föreligger en rättslig *möjlighet*, som *kan* förverkligas i praxis, att utveckla även självständiga behovsorienterade principer i kontraktsrätten. Fastän man naturligtvis inte hos oss kan tala om att man i rättstillämpningen i allmänhet tenderat att argumentera »*in dubio pro paupere*» (i tveksamma fall för den fattige; uttrycket är taget från *BGB-Kommentar* s. 23), visar materialet klart att man i rättstillämpningen stundom är beredd att också utan stöd i någon generalklausul beakta en parts, och kanske framför allt en gäldenärs ekonomiska behov. Det bästa exemplet på detta finner man i de behovsorienterade principer som utvecklats i anslutning till läran om återbäring av obehörig vinst. Här har man, utan något som helst stöd i lag, uttryckligen godtagit tanken att återbärings-skyldighet kan jämkas med hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden (se avsnitt 3.5.).

HD:s villighet — på gott och ont — att resonera principiellt och återopa argumenten bakom i rättspraxis tidigare anammade sociala lösningar också på nya områden framgår mycket åskådligt av rättsfallet *HD 1983 II 176*, där grunderna för avgörandena angående jämkning av obehörig vinst upphöjdes till en allmän princip med relevans långt utanför området för läran om återbäring av sådan vinst.

Tidigare har också omtalats några avgöranden angående tolkning och utfyllnad av avtal, vilka kan betraktas som tecken på att en viss behovs-

orientering så småningom håller på att genomsyra hela kontraktsrätten (ovan 3.7.3. i slutet).

Påverkansrelationerna mellan lagstiftningen å ena sidan och de allmänna principerna å den andra sidan är inte ensidiga. Även om lagstiftningen (och annat rättsligt material) utgör byggstenar med vilkas hjälp man kan skapa allmänna principer, påverkar dessa naturligtvis i sin tur tolkningen av lagstiftningen. Som ovan konstaterats kan de allmänna principerna utgöra hjälpmedel för lagtolkningen. De behovsorienterade principerna, som skapats bl.a. på grundval av vissa mer eller mindre explicit behovsorienterade lagstadganden och praxis i anknytning till dem, återverkar i sin tur på tolkningen av dessa lagstadganden. En sådan påverkan kan emellertid komma i fråga också beträffande andra lagstadganden än de behovsorienterade. Påverkan kan schematiskt se ut på följande sätt:



Det är uppenbart, att möjligheten att åberopa behovsorienterade principer som hjälpmedel vid tolkning av lag måste variera beroende på den fråga som skall regleras, lagens utformning etc. Av denna anledning kan frågan om betydelsen av behovsorienterade argument vid tolkning av kontraktsrättslig lagstiftning inte belysas i hela dess vidd, utan den får hänskjutas till specialarbeten angående ifrågavarande lagstiftning (se dock även nedan 5.4.5.). De problem som berörs i det föreliggande arbetet hänför sig i huvudsak till plan a i figuren ovan.

4.3. Relevanta behov

4.3.1. *Parts behov*

Då man något mer konkret söker analysera, i vilka situationer en behovsorienterad rättstillämpning ter sig möjlig, möter först problemet att ut-

peka de relevanta behoven. Uttryckt med hjälp av rollterminologin kan frågan formuleras på följande sätt: vilka behovsorienterade juridiska roller kan i dag, i belysning av det konkreta rättsmaterialet, anses ingå i kontraktsrättens rollförteckning?

I samband med redogörelsen för tillämpningen av de allmänna jämningsreglerna (ovan 3.7.3.) framhölls, att det i de behovsorienterade bedömningar som kan påträffas i praxis varit fråga om en gäldenärs behov av begränsningar i hans förpliktelser, medan konkreta exempel på jämkning av avtal utgående från borgenärens behov saknas. Denna tendens i utvecklingen av de behovsorienterade personrollerna framträder i hela det obligationsrättsliga material som behandlats i det föregående kapitlet. Detta material innehåller många exempel på behovsorienterade gäldenärsroller medan motsvarande borgenärsroller förekommer mer sparsamt. Behovsorienterade borgenärsroller har påträffats främst på hyres- och skadeståndsrättens område. I hyresrättens regler om framskjutande av flyttningsdag skyddar man den *presumtivt bostadslösa hyresgästen* och den *presumtivt utkomsthämmade hyresgästen* (se 3.3.3.). Då man bedömer en efterlevandes rätt till skadestånd skall man utgå från dennes behov av underhåll, varvid man kan beakta den efterlevandes *förmögensförhållanden, utbildning* etc. (se 3.4.2.). Vidare bör vid jämkning och skälighetsprövning av skadestånd i princip också den skadelidandes behov beaktas (se 3.4.3.7.).

På gäldenärssidan kan man påträffa en mer fullständig behovsorienterad rolluppsättning. I skadestånds- och kontraktsrättsliga lagstadganden och praxis kring dem har man tillmätt bl.a. följande slag av roller relevans:

(i) *Gäldenären med begränsade tillgångar*, knappa levnadsförhållanden, svag betalningsförmåga etc. (se 3.4.3.8., 3.6.3. p. i, 3.7.3.).

(ii) Den *bostadsbehövande gäldenären* påträffas i hyresvärdens skepnad redan i hyresrätten (se 3.3.2.1.). Bostadsbehov har dock även åberopats som grund för jämkning av avtal (se 3.7.2. p. ii); av bostadslöshet betingade betalningssvårigheter kan också leda till påföljds lindring (se 3.6.3. p. ii).

Om man så önskar kan man se roll ii som en undergrupp av roll i; bostadslösheten kan dock lätt framträda som ett relativt självständigt element i bedömningen (se även de arvsrättsliga reglerna ovan 3.1.1. p. ii).

(iii) *Låginkomsttagargäldenären* (se 3.4.3.8., 3.7.3., samt även 3.6.3. p. ii).

Denna roll omfattar oftast även de mer specifika rollerna iv och v; dessa kan dock även i vissa fall få mer eller mindre självständig betydelse.

(iv) *Den arbetslösa gäldenären* (se 3.4.3.8., 3.6.3. p. ii och 3.7.2. p. iv).

(v) *Den sjuka gäldenären* och *den åldriga gäldenären* (se 3.4.3.8., 3.6.3. p. ii., 3.7.2. p. ii och iv samt 3.7.3. i slutet).

Även om relevansen av detta begrepp ofta har samband med den sjuka gäldenärens försämrade inkomstmöjligheter, kan man vid tillämpningen av begreppet fästa direkt avseende också vid sådana behov som inte har direkt att göra med gäldenärens ekonomiska ställning (se t.ex. 3.7.1.1., 3.7.2. p. ii).

(vi) *Gäldenären med begränsad yrkeserfarenhet och utbildning* (se 3.7.2. i slutet).

(vii) *Den underhållsbelastade gäldenären* (se 3.4.3.8.).

(viii) *Småföretagargäldenären med begränsad ekonomisk bärkraft*. Anledningen till att det är skäl att uppmärksamma denna roll särskilt, och inte t.ex. under roll i, ligger i att man vid tillämpningen av rollen också i någon utsträckning anses kunna ta hänsyn till tredje mans (arbetstagares) behov (se närmare nedan 4.3.2.).

Mot bakgrunden av en av tyngdpunkterna i den debatt om utvecklingen av personrelaterade element i rättsordningen som förts under senare tid är det skäl att notera, att *kvinnan* saknas i den ovan presenterade rollförteckningen. I kontraktsrätten saknas konkret rättsmaterial, som skulle visa, att man tillmätt parts kön relevans i en behovsorienterad argumentation. Även om detta är fallet är det likväl skäl att påpeka, att en *ökad behovsorientering* i det civilrättsliga systemet också *ökar möjligheterna* (det rättsligt möjliga) *för en kvinnorrättslig orientering*.

4.3.2. *Hänsynen till arbetskraften*

I välfärdsstatens ideologi står den enskilde medborgarens välfärd i centrum för intresset. I det konkreta rättsmaterial, i vilket man tillmätt en parts ekonomiska ställning relevans vid bedömningen, har man också huvudsakligen fäst avseende vid enskilda personers ställning. I visst be-

hovsorienterat material har man likväl strävat att skydda även småföretaget med begränsad ekonomisk bärkraft (se 3.4.3.3. samt även 3.4.3.9.). Ur välfärdsstatens perspektiv kan detta vara naturligt, därför att ett småföretags behov ofta i någon utsträckning sammanfaller med företagarens behov. Företagets ekonomi och företagarens ekonomi kan faktiskt — och vid mer utvecklade företagsformer även rättsligt — framstå som en enhet. De uppgifter som nedan (4.7.1.) ges om företagare som gäldenärer vid utsökning belyser på sitt sätt denna omständighet.

De nya reglerna om undantag från utmätning av näringsinkomst (se 1.2.3.) bygger givetvis på den beskrivna tankegången.

Det sagda skulle dock inte motivera den speciella uppmärksamhet som ägnats småföretaget i föreliggande sammanhang; fråga är om likadana sociala överväganden som beträffande andra enskilda medborgare. Frågan om småföretagets ställning får emellertid en särprägel av att avgöranden angående företaget påverkar också tredje mans, *arbetskraftens* behov. Som tidigare framgått utgör arbetslösheten en av huvudorsakerna till relativ deprivation i dagens samhälle. Det uppfattas därför som en central uppgift för välfärdsstaten att motverka inte blott de ekonomiska och sociala följderna av arbetslöshet, utan även arbetslösheten som sådan. Också sådana åtgärder, genom vilka man strävar att förhindra, att småföretag, som t.ex. verkar på sysselsättningspolitiskt känsliga områden, måste inskränka eller inställa sin verksamhet, kan vara påkallade av den rådande ideologin. Problemet kan också granskas ur ett regionalpolitiskt perspektiv: man lägger särskild vikt vid småföretagens roll som arbetsgivare i utvecklingsområdena.

På olika håll i den civilrättsliga lagstiftningen har man under senare tid fäst visst avseende vid strävan att på sysselsättningspolitiska grunder trygga den fortsatta existensen av utsatta småföretag.

I samband med stiftandet av företagsinteckningslagen (634/84) infördes i UL en ny paragraf (5:8a, enligt lag 636/84), enligt vilken utmätt egendom, i vilken företagsinteckning fastställts, under vissa förutsättningar får säljas som en helhet. Detta motiverades bl.a. på följande sätt: »När av inteknad egendom säljs ett föremål i sänder försvinner företagshelheten, vilket kan leda bl.a. till att arbetsplatser går förlorade» (*Reg.prop. 190/1983 s. 16*).

Också i förslagen till ny lagstiftning om öppna bolag och kommanditbolag har man haft som ett mål att förhindra att fungerande företagshelheter upplöses utan tillräckliga skäl (*KM 1983:56* s. 8). Hänsynen till arbetskraftens behov kommer också i lagtexten explicit till synes i regleringen av likvidatorernas rätt att fortsätta bolagets näringsverksamhet vid likvidation: detta får ske bl.a. »för att bereda bolagets arbetstagare en skälig tid för att söka nya arbetstillfällen» (*KM 1983:56*, lagförslag 6:13.2).

Mot denna bakgrund är det inte överraskande, att man också i obligationsrättsligt konkret rättsmaterial ansett det möjligt att i någon grad ta hänsyn till småföretagets arbetstagares behov att få behålla sina arbetsplatser (se 3.4.3.3. i slutet). Det är likväl skäl att betona, att arbetskraftens behov tillgodoses blott indirekt och med betydande osäkerhet av obligationsrättsliga lösningar som gynnar ifrågavarande småföretag. Ur välfärdsstatens perspektiv måste sådana lösningar framstå som sekundära i förhållande till strävanden att direkt stöda utsatta medborgare. Obligationsrättens principiella partsbundenhet gör det också svårare att legitimera avgöranden, vilka grundar sig på tredje mans behov. Av dessa anledningar förefaller det varken önskvärt eller realistiskt att tillmäta hänsynen till arbetskraften någon central roll vid utvecklingen av behovsorienterade principer i kontraktsrätten. Man bör snarast uppfatta omtanken om arbetsplatserna som ett *tilläggsargument*, som stöder ett hänsynstagande till behoven hos ett småföretag med begränsad ekonomisk bärkraft i situationer när också företagarens egna behov förefaller beaktansvärda. Detta innebär framför allt, att större företag med mer diffusa ägarintressen och begränsat ägaransvar inte borde få åberopa sådana sysselsättningspolitiska argument.

4.4. »Finansiärer» av ett obligationsrättsligt socialskydd

4.4.1. Inledning

Den omständigheten att det föreligger sådana ekonomiska behov hos medborgarna i samhället, som borde tillgodoses inom ramen för välfärdsstaten kan motivera en utbyggnad av det offentligas socialrättsliga ansvar. Däremot utgör förekomsten av ekonomiska behov hos medborgarna ännu inte ett tillräckligt argument för behovsorienterade lösningar inom det

obligationsrättsliga partsförhållandet. Ett hänsynstagande till den ena privata partens behov sker här alltid på den andra privata partens bekostnad. Man måste därför ytterligare kunna motivera, varför den ena partens behov helt eller delvis bör tillgodoses av den andra parten. På vilken grund kan man ålägga den ena parten att fungera som »finansjär» av den andra partens socialskydd?

I belysning av det material som tidigare presenterats förefaller åtminstone följande grunder möjliga:

- (i) företags (m.m.) sociala ansvar,
- (ii) ägares sociala ansvar,
- (iii) solidaritet vid inträffade olyckor, och
- (iv) social gemenskap.

4.4.2. *Företags m.m. sociala ansvar*

Det är ett välkänt faktum som knappast behöver beläggas här, att den ekonomiska makten fortgående koncentrerats. Marknaden domineras i allt högre utsträckning av stora företag, som i relation till medborgaren framträder som opersonliga, byråkratiska institutioner på samma nivå som de offentliga institutionerna. Mot denna bakgrund har det legat nära till hands att förutsätta också ett visst socialt ansvar från sådana företags sida. Makt föder ansvar. Ofta har man också utvidgat denna uppfattning att omfatta *näringslivet* som helhet. Ett sådant synsätt framstår, åtminstone i någon utsträckning, som motiverat: också till ekonomisk vinst kan man tänka sig att anknyta ett visst socialt ansvar gentemot de medborgare som vinsten uttas av. Även om man på denna grund accepterar tanken på att alla företag bär ett socialt ansvar, är det likväl uppenbart att argumentet träffar olika slag av företag med olika tyngd. Ju större ekonomiska värden ett företag behärskar och ju mer dominerande det är, i desto högre grad kan man betona dess sociala ansvar.

I någon utsträckning kan man också motivera näringsidkares sociala ansvar med en hänvisning till att näringsidkarna, t.ex. genom marknadsföring och andra åtgärder, medverkat till att skapa de sociala problem som man nu strävar att lösa. Ett konkret exempel från konsumenträttsens område får belysa detta: då man marknadsför t.ex. hemelektronik med påståenden av typen »för hundra mark hem» etc. och därigenom

förmår konsumenten att ådra sig en utgiftsbörda som han inte mäktar bära, är det plausibelt att man också får bära de sociala konsekvenserna av detta förfarande. Eller: i den mån kreditkortsexplosionen leder till överskuldssättning bland konsumenterna kan man väl argumentera för att kreditkortsföretagen bör delta i lindringen av dess sociala följder.

Införandet av begreppet *näringsidkare* i den civilrättsliga begreppsvärlden har också ansetts medföra nya möjligheter för en *kollektiverad* argumentation i kontraktsrätten (se *Wilhelmsson* 1984 s. 21 f). Näringsidkaren är nämligen en avtalspart som *per definitionem* ingår flera avtal och som därför kan utnyttjas som ett medel att kanalisera och pulverisera risker. Genom att man kan inrikta uppmärksamheten på näringsidkarens hela avtalsbestånd — och inte blott på det enskilda avtalet — kan man beakta de möjligheter denne har att genom prismekanismen sprida risker på samtliga kunder. Ett strängt ansvar för näringsidkaren har motiverats med hans möjligheter att via ansvarsförsäkring och i sista hand priserna pulverisera de risker ansvaret omfattar. Denna argumentering kan lika väl appliceras även utöver frågan om riskspridning. Samma argument kan i princip utnyttjas också för att motivera ett behovsorienterat socialt ansvar för näringsidkaren, så länge detta berör en relativt begränsad del av kundkretsen. De ekonomiska behov hos enskilda kunder som näringsidkaren kan bli tvungen att tillgodose kan via prismekanismen kanaliseras att bäras av hela kundkretsen. Ju mer dominerande företaget i fråga är och ju svagare konkurrens det föreligger på området, desto större är dess möjligheter att på detta sätt pulverisera ekonomiska behov.

Företagets sociala ansvar framstår också i belysning av det konkreta rättsmaterial som tidigare presenterats som den viktigaste grunden för att ålägga en part i ett obligationsrättsligt rättsförhållande en skyldighet att i någon utsträckning ta hänsyn till motpartens behov. Detta framgår av flera regleringar:

— Stadgandena och avgörandena angående påföljds lindring (se 3.6. samt 3.7.2. p. iv) gäller huvudsakligen blott fall, där motparten till den som drabbats av social force majeure är en näringsidkare. Tillämpningsområdet för AvbetL är visserligen formellt generellt, men i praktiken är säljaren naturligtvis också här i regel en näringsidkare.

— Begränsningen av arbetstagares personliga ansvar i skadestånds-

rätten bygger långt på tanken att arbetsgivaren, i flertalet fall en näringsidkare, är den som skall bära kostnaderna för skadan (se 3.4.3.4. Se även t.ex. 3.7.2. p. iii och *HD 1983 II 174* i avsnitt 3.5.).

— Skadeståndsrättens jämningsregler har generellt en stark anstrykning av försäkringstänkande. Man utgår i flera sammanhang från att existensen av försäkring på respektive sida skall påverka avgörandet (se 3.4.3.2. p. iv, 3.4.3.3. och 3.4.3.5.). Även om avgörandet också i sådana fall i regel avser den enskilda partens ställning och inte direkt reglerar försäkringsförhållandet, utgår man från att man genom lämpliga skadeståndsrättsliga avgöranden kan kanalisera en möjligast stor del av skadan att bäras av en försäkringsgivare (d.v.s. en näringsidkare som specialiserat sig på att bära risker). Samma tendens att kanalisera skador till försäkringsgivare kommer naturligtvis också till synes i fall där försäkringsgivaren själv är part, t.ex. i regressprocesser. Här har man ju ofta tenderat att fästa stort avseende vid motpartens ekonomiska behov (se 3.4.3.7.).

I den mån offentliga samfund inträder i privaträttsliga rättsförhållanden kan man naturligtvis *mutatis mutandis* åberopa samma överväganden som då man diskuterar företagets ansvar. Den anförda argumentationen träffar vidare åtminstone delvis också sådana icke-näringsdrivande privata organisationer som p.g.a. sin storlek eller verksamhet kan fungera som risk- och behovspulveriserare.

4.4.3. Ägares sociala ansvar

Även egendom påstås medföra ansvar. I det konkreta rättsmaterialet förekommer åtminstone ett exempel på en argumentation, enligt vilken ägare av socialt betydelsefulla typer av egendom får finna sig i att det anknyter sociala förpliktelser till sådan egendom. Detta exempel påträffas i hyresrätten. Ägare av *bostad* bär ett visst behovsorienterat socialt ansvar gentemot sin hyresgäst (se särskilt 3.3.3., se även exemplet ur förarbetena till HyresL i 3.7.1.1.).

4.4.4. Solidaritet vid inträffade olyckor

Tillämpningen av skadeståndsrättens jämningsregler (se 3.4.3.) har

varken avsetts vara eller i tillämpningen varit riktade blott mot näringsidkare eller ägare av speciell egendom (även om skador som enskilda åsamkar företag är ett viktigt typfall vid jämkning). Reglerna bygger snarare på tanken att skador som drabbar egendom eller person i någon grad framstår som olyckliga, icke-önskvärda tilldragelser inte blott för den skadelidande, utan även för den culpöse skadevållaren. Vid en sådan situation kan man förutsätta en viss solidaritet mellan de parter som på var sitt sätt drabbats av olyckan. En skadelidande som har en god ekonomi kan via jämkning av skadestånd åläggas att i någon mån ta hänsyn till skadevållarens ekonomiska behov att undgå full skadeståndsskyldighet.

Vid uppsåtligen förorsakad skada är den sagda motiveringen inte gångbar: skadan framstår inte längre som en olycka för vardera parten. Sålunda har man också haft en mycket restriktiv inställning till möjligheterna att jämka sådan skada (se 3.4.3.6.). I det fall där jämkning skett med hänvisning bl.a. till skadevållarens ekonomiska ställning (*HD 1984 II 47*) har motparten varit staten, vars sociala ansvar ju redan följer av vad som sagts ovan i 4.4.2.

I den mån man vid jämkning kan ta hänsyn t.ex. till arbetskraftens behov kan speciella solidaritetsrelationer komma i fråga. De regler i UppsägnL som tidigare uppmärksammats förefaller t.ex. bygga på tanken att en uppsagd arbetstagare har att visa en viss solidaritet gentemot sina tidigare arbetskamrater (se 3.4.3.3.).

4.4.5. Social gemenskap

I den alternativa civilrättsjurisprudensen har man betonat den modellbildande betydelsen av de strukturer som styr verksamheten i en gemenskap såsom familjen (se t.ex. *Unger 1983 s. 618 ff.*). Det förefaller också lätt att ur ett etiskt perspektiv godta tanken på att parterna i en social gemenskap kan ha ett socialt ansvar med en behovsorienterad färgning gentemot varandra. På civilrättens område förekommer sådana tänkesätt i familjerätten. Såväl reglerna om underhåll som vissa arvsrättsliga regler har en stark behovsorienterad prägel (se 3.1.1.). På obligationsrättens område kan man dock inte finna många tecken på att man på denna grund ålagt någon ett behovsorienterat socialt ansvar; detta kan

dock bero mer på den begränsade förekomsten av situationer av denna art än på tvekan beträffande den principiella möjligheten att ta särskild hänsyn till förekomsten av en social gemenskap. Ett fall angående tolkning av avtal om sytning (se 3.7.2. p. i) kan dock nämnas i detta sammanhang.

4.4.6. *Aktuella partsrelationer*

Mot bakgrund av det ovan sagda kan man schematiskt beskriva de situationer, i vilka en behovsorienterad kontraktsrättslig rättstillämpning kommer i fråga:

(i) *Enskilda medborgare versus företag, organisationer och offentliga samfund.* Denna relation framstår i belysning av analysen ovan som den relation i vilken ribban för behovsorienterade lösningar måste placeras lägst. Såväl i konsumentförhållanden som i andra relationer mellan enskilda och företag (etc.) kan man anföra goda grunder för att man också i kontraktsrättsliga överväganden bör fästa avseende vid den enskilda medborgarens konkreta behov. Vid utvecklingen av behovsorienterade allmänna läror i kontraktsrätten kan man alltså utgå från, att den modellrelation där de behovsorienterade lärorna skall tillämpas i möjligast vid utsträckning är förhållandet mellan en enskild medborgare, vars behov är i fråga, och ett företag, en större privat organisation eller ett offentligt samfund.

(ii) *Enskilda medborgare versus enskilda medborgare.* I förhållandet mellan enskilda måste man normalt förutsätta att det föreligger en särskild anknytning mellan ifrågavarande parter — en social gemenskap — eller att en part kan anses bära ett särskilt ansvar t.ex. som ägare av socialt betydelsefull egendom för att en behovsorienterad lösning skall komma i fråga. Vid fördelningen av kostnaderna för inträffade olyckliga tilldragelser kan man dock förutsätta en längre gående solidaritet också mellan enskilda medborgare.

(iii) *Småföretag med begränsad ekonomisk bärkraft versus storföretag* (och därmed jämförbara organisationer och samfund). I någon — mer begränsad — utsträckning anses också småföretagets behov vara värda uppmärksamhet i kontraktsrätten (se 4.3.2.). Härvid är det naturligt att man — i analogi med modellrelationen i p. i — beaktar dessa

behov främst i förhållandet till ett större företag (vilket begrepp varken kan eller bör definieras närmare) eller en motsvarande institution. Man kan härvid anknyta till den debatt om *småföretagarskyddet* som varit livlig under senare år och som bl.a. lett till att man börjat uppfatta avtalen mellan små- och storföretag som en särskild kategori, där jämnings-tröskeln skulle vara låg (se t.ex. *Sevón* 1978 s. 402, *Aurejärvi* 1979).

Man kan naturligtvis tänka sig, att småföretagets behov på de grunder som nämns i p. ii kunde beaktas också i relation till andra småföretag och även i relation till enskilda medborgare. Det är uppenbart, att särskilt den senare lösningen bör komma i fråga blott i absoluta undantagsfall. Att den likväl inte är helt otänkbar framgår t.ex. av UppsågnL och JämstL (se 3.4.3.3.).

4.5. Den behovsorienterade rätten och marknaden

4.5.1. *Problemet*

En av huvudprinciperna för det civilrättsliga systemet i ett samhälle som bygger på en fri marknad är tanken att envar aktör på marknaden skall ha rätt att själv besluta, huruvida han ingår avtal eller inte och med vem han vill ingå avtal. I den utsträckning man upprätthåller denna princip underkastar man emellertid samtidigt rättsordningen betydande begränsningar i fråga om de möjligheter man har att med önskat resultat reglera innehållet i avtalsrelationerna. Ett starkt skydd för den svagare parten i ett avtalsförhållande kan leda till att motparten överhuvudtaget inte vill ingå ifrågakvarande avtal. Man har t.ex. i offentligheten påstått — här är inte nödvändigt att ta ställning till, huruvida det finns något fog för påståendet — att det minskade utbudet av hyresbostäder skulle utgöra en följd av den hyresrättsliga regleringen.

Det är uppenbart att sådana bieffekter kan vara särskilt sannolika om man genom rättsordningen strävar att skydda någon särskild, socialt utsatt persongrupp. Ett skydd, som inte är begränsat på detta sätt, utan skall omfatta t.ex. alla konsumenter, måste uppenbarligen gå väldigt långt för att direkt påverka utbudet, åtminstone i fråga om nyttigheter som huvudsakligen är avsedda för enskild konsumtion; eftersom alla eller det stora flertalet avnåmare hör till den skyddade gruppen, måste den

näringsidkare som överhuvudtaget vill existera på marknaden ingå avtal med skyddade personer. Är skyddet däremot inskränkt till en begränsad persongrupp, såsom exempelvis de arbetslösa, kan näringsidkaren lättare genom en diskriminerande kontraheringspolitik undvika de bördor skyddet kan medföra. Medger lagen lättnader för arbetslösa vid återbetalningen av kredit kan detta få som effekt att man i ännu lägre grad än tidigare beviljar arbetslösa kredit. Ett sådant resultat är naturligtvis inte vad man strävar att uppnå med en behovsorienterad kontraktsrätt.

Det säger sig självt att behovsorienterade regleringar kan ha oönskade konsekvenser av ovan beskrivet slag blott om den »finansierande» parten kan påverka uppkomsten av ifrågavarande rättsförhållande. Är det fråga om ett slags »tvångsrelation», i vilken parten i fråga inträder oberoende av sin vilja, kan han inte undvika sådana motparter, vilka eventuellt kan erhålla skydd av en behovsorienterad reglering. Av denna anledning har man inte heller sett några bekymmer av här angivet slag med de behovsorienterade regleringar som förekommer och som föreslagits t.ex. inom arvsrätten (se 3.1.1. p. ii) och skadeståndsrätten (se 3.4.).

En annan negativ bieffekt av en behovsorienterad skadeståndsrätt är naturligtvis tänkbar: om den presumtiva, ekonomiskt svaga skadevållaren är medveten om att hans egna behov (av att undvika skadeståndsskyldighet) i hög grad beaktas i den rättsliga bedömningen, kan detta tänkas leda till en minskning av skadeståndets preventiva effekt. I den skadeståndsrättsliga debatten har dock uppfattningarna alltid varit starkt divergerande beträffande frågan, huruvida och i vilken utsträckning skadeståndsskyldigheten överhuvudtaget har en preventiv effekt. Så länge möjligheterna till behovsorienterade lösningar är relativt begränsade vid uppsätligt tillfogade skador (se 3.4.3.6.) och man också i övrigt inte utgår från att hänsynen till skadevållarens behov normalt skall leda till att skadeståndsskyldigheten helt bortfaller (jfr nedan 4.5.3.), kan man uppenbarligen med gott samvete bortse från risken att behovsorienteringen skulle försvaga skadepreventionen.

De negativa bieffekter som beskrevs i det inledande avsnittet kan alltså främst antas uppkomma inom *kontraktsrätten*. Just här kan behovsorienterade regleringar leda till att de grupper som man avser att stöda med hjälp av regleringarna får svårigheter att inträda i önskade rättsförhållanden. Kontraktsrätten i en marknadsekonomi är i denna mening i någon utsträckning »immun» mot behovsorienterade lösningar. Endast

i den mån man i kontraktsrätten gör avsteg från utgångspunkten, att envar skall ha frihet att besluta, huruvida och med vem han ingår avtal, och begränsar verkan av marknadsmekanismen med hjälp av regler om *kontraheringsplikt*, antar de kontraktsrättsliga rättsförhållandena karaktären av sådana tvångsrelationer, som enligt det ovan sagda skulle möjliggöra en längre gående behovsorientering.

I dag utgår man hos oss från, att offentliga inrättningar som posten och statsjärnvägarna samt företag i monopolställning och därmed jämförbara företag är skyldiga att ingå avtal med envar som är beredd att göra sin motprestation (*Kivimäki — Ylöstalo* 1981 s. 263). På de grunder som nämnts ovan i avsnitt 4.4.2. kunde man väl motivera att kontraheringsplikten under vissa förutsättningar skulle utvidgas att omfatta också andra — åtminstone större — näringsidkare, som regelmässigt ingår avtal med enskilda personer. En sådan utvidgning skulle överensstämma med välfärdsstatens mål att erbjuda alla medborgare sociala tjänster inom ramen för tillgängliga resurser (se 1.1.4.2.). — Ett *förbud mot diskriminering* av ekonomiskt svaga personer vid ingående av kontrakt kunde naturligtvis ha samma funktion som en generell kontraheringsplikt (ett sådant förbud skulle dock sannolikt vara mer ineffektivt).

Frågan, i vilken omfattning det i finsk rätt av i dag kan anses råda kontraheringsplikt, är inte närmare utredd, och kan heller inte genomgås i detta arbete. Det bör likväl framhållas, att en utvidgning av området för kontraheringsplikten (som i sig inte behöver vara behovsorienterad, utan kan omfatta alla presumtiva kunder) utgör en förutsättning för en kontraktsrätt, som vore på ett mer ingripande sätt behovsorienterad. En fortsatt och fördjupad diskussion kring möjligheterna av en social civilrätt («Social civilrätt II») måste därför fästa betydande vikt vid denna problematik. Här riktas emellertid — på grundval av det konkreta rättsmaterialet i kap. 3 — intresset mot frågan, i vilka fall behovsorienterade lösningar är möjliga i en kontraktsrätt som man inte på sagda sätt sökt undandra marknadsmekanismen. Sådana lösningar är tänkbara blott i vissa situationer eller under vissa förutsättningar:

- (i) behovsorienteringen avser efterföljande behov,
- (ii) behovsorienteringen förverkligas med hjälp av »oförutsebara» regleringar (grad- och riktlinjebegrepp), eller
- (iii) behovsorienteringen avser mindre betydelsefulla bifrågor.

4.5.2. »Efterföljande» behov

Vid tillämpningen av behovsorienterade regler är det stundom, men inte alltid, av betydelse *när* den ifrågavarande partens behov uppkommit. Med hänsyn till denna tidsmässiga aspekt kan man alltså indela det konkreta behovsorienterade rättsmaterialet i två huvudgrupper:

(i) De fall där det inte spelar någon (väsentlig) roll, när behovet uppkommit. Skälighetsbedömningen av en skadevållares skadeståndsskyldighet utgör här ett typexempel: om skadevållaren vid tiden för tvistens avgörande har begränsade medel, är låginkomsttagare etc., talar detta för jämkning mer eller mindre oberoende av när han råkat i denna belägenhet. Detsamma kan antas gälla t.ex. jämkning av återbäring av obehörig vinst och också många av fallen rörande skälighetsbedömning av avtal är av denna typ.

(ii) Läget är ett annat när vi har att göra med regler, som man hänfört under slagordet *social force majeure* (avsnitt 3.6. samt även 3.7.2. p. iv). Här förutsätter man att behovet uppkommit först efter att det ifrågavarande avtalet slutits. I dessa fall tillmäter man endast *efterföljande behov* relevans.

Parterna måste fatta sina beslut angående instiftande av en avtalsrelation på grundval av den kunskap och de uppgifter som föreligger vid avtalsslutet. Händelser som inträffar senare (och som inte kan förutses vid avtalsslutet) kan inte påverka beslutet. Risken för sådana negativa bieffekter av behovsorienterade läror som ovan beskrivits är därför uppenbarligen mindre då de behov som tillgodoses är efterföljande behov. Man har sålunda inte oroat sig för dessa effekter då man infört regler genom vilka man lindrar påföljderna av en betalningsförsummelse förorsakad av arbetslöshet eller sjukdom som uppkommit efter ifrågavarande avtals tillkomst.

Såväl p.g.a. nyss angivna skäl som med hänsyn till förekomsten av konkret rättsmaterial, är frågan om möjligheterna att i vissa fall tillgodose efterföljande behov uppenbarligen det spörsmål, där man i dag kan ge diskussionen om behovsorienterade allmänna läror i kontraktsrätten mest konkretion. Den rättsfigur som här blir aktuell, läran om *socialt prestationshinder (social force majeure)*, kommer därför att behandlas nedan i ett särskilt kapitel (kap. 5).

4.5.3. *Gradbegrepp och riktlinjebegrepp*

De oönskade bieffekterna av en behovsorienterad reglering i kontraktsrätten kan antas vara starkast i fall där regleringen avser att gynna (a) en relativt begränsad grupp personer, som (b) är lätt att avgränsa från andra persongrupper, och detta gynnande sker (c) med hjälp av regler i vilka rättsföljderna är relativt entydigt bestämda. I ett sådant fall kan den »finansierande» parten klart förutse de negativa konsekvenserna av kontrahering med personer som tillhör ifrågavarande grupp och har ofta också en realistisk möjlighet att vägra ingå kontrakt med sådana personer. Ju mer oklar avgränsningen av gruppen är och ju mer oförutsebart de särskilda rättsföljdernas inträde är desto svårare har den »finansierande» parten att undvika avtalsrelationer, i vilka en behovsorienterad rätts-tillämpning kommer i fråga.

En behovsorienterad reglering, som inte blott är inriktad på att tillgodose efterföljande behov, kan därför också inom kontraktsrättens ram komma i fråga i form av mer eller mindre generalklausulsartade stadganden, vilkas tillämplighet och rättsföljder fastställs på grundval av en *helhetsbedömning* i det enskilda fallet. Bedömningen bör på detta sätt lämnas öppen i antingen det ena eller båda av följande avseenden:

(i) Tillämpningsområdet för den behovsorienterade bedömningen kan fastställas med hjälp av *gradbegrepp*. I stället för att hänvisa till egenskaper som i ett enskilt fall (åtminstone i princip) antingen föreligger eller inte kan man omtala egenskaper som kan vara för handen i högre eller mindre grad. Typexemplet är en hänvisning till den ekonomiska bärkraften: det förefinns inte några klart avgränsade grupper av »fattiga» och »rika» (eller t.ex. av »fattiga», »medelbemedlade» och »rika»), utan det är fråga om en glidande skala, i vars ena ändpunkt man påträffar personer som helt saknar inkomst och förmögenhet (och annat underhåll) och i den andra ändpunkten de stora kapitalägarna.

De behovsorienterade rollbegrepp som förekommit i anslutning till tillämpningen av de kontraktsrättsliga generalklausulerna är också huvudsakligen av det sagda slaget (se 3.7.3.). De befinner sig främst på *skalan för den ekonomiska bärkraften*; detta gäller såväl låginkomsttagargäldenären som gäldenären med begränsade tillgångar (även om man blott hänvisar till *någon* omständighet, som inverkar på gäldenärens ekono-

miska position, såsom inkomst, förmögenhet eller underhållsskyldighet, måste man naturligtvis vid en *helhetsbedömning in casu* i princip uppmärksamma allt som påverkar den ekonomiska bärkraften). Också gäldenären med begränsad yrkeserfarenhet och utbildning är ett rollbegrepp som kan inplaceras på en glidande skala.

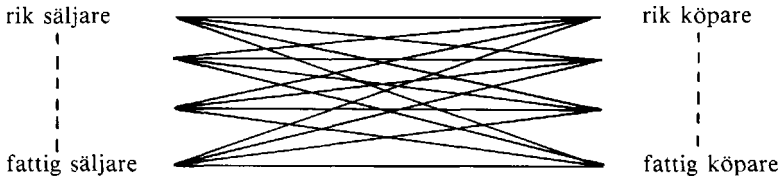
Ett undantag från regeln att man i kontraktsrätten — då det inte är fråga om efterföljande behov — har opererat med behovsorienterade gradbegrepp utgör hänvisningen till bl.a. bostadsbehov i hyresrätten (se 3.3.3.). Att man här kunnat använda ett sådant begrepp sammanhänger förmodligen framför allt med den utpekade skyddsvärda gruppens storlek: de flesta hyresgäster kan antas sakna andra bostäder än den från vilka de sägs upp. Man kan naturligtvis också säga, att här föreligger ett efterföljande behov, som uppkommer först i samband med uppsägningen.

Det sagda innebär, att begrepp som t.ex. *arbetslöshet*, vilka betecknar egenskaper som antingen föreligger eller inte föreligger, i regel inte kan utnyttjas generellt inom kontraktsrätten. Åtminstone framstår en anknytning av specifika rättsföljder till arbetslöshet som otänkbar med hänsyn till den effekt detta skulle ha på de arbetslösas möjligheter att ingå avtal; endast i samband med reglerna om inverkan av s.k. efterföljande behov kan en sådan anknytning komma i fråga (se nedan kap. 5). En annan sak är, att arbetslöshet kan åberopas för att påvisa att personen i fråga har begränsad ekonomisk bärkraft. Mot bakgrunden av de uppgifter som tidigare (1.1.4.2.) givits om de arbetslösas situation kan man t.o.m. uppställa en *presumption* för att en arbetslös befinner sig i ett sådant utsatt läge. Då utnyttjas emellertid begreppet arbetslös blott som ett hjälpmedel för att placera in parten på den skala som beskrevs ovan.

I ett sådant fall kan man naturligtvis kräva tillräcklig bevisning över arbetslösheten och dess varaktighet (jfr *HD 1981 II 92*).

En användning av gradbegrepp av det sagda slaget innebär att den rättsliga bedömningen i princip kan variera i ett oändligt antal olika relationer. I stället för t.ex. den allmänna köprättens formella relation mellan köpare och säljare, som efter konsumentköprättens funktionsrelaterade reglering upplösts i relationerna mellan (a) näringsidkare och näringsidkare, (b) näringsidkarsäljare och konsument, (c) enskild säljare och näringsidkarköpare samt (d) enskild och enskild, erhåller man ett

relationsmönster av följande slag (som enligt vad som ovan i avsnitt 4.4.6. p. i anförts framför allt hänför sig till de nyssnämnda relationerna b och c):



(ii) De behovsorienterade rollbegreppen kan utgöra *riktlinjebegrepp*. Rättsföljderna i anslutning till sådana begrepp fastställs på grundval av en sammanvägning av de behovsorienterade argumenten med andra argument. Detta innebär att användningen av begreppen i hög grad blir *situationsbunden*: tyngdpunkten i bedömningen förskjuts från roller till situationer.

Distinktionen regelbegrepp/riktlinjebegrepp, så som den utnyttjas här, har m.a.o. att göra med frågan, hur begreppen kan användas i den juridiska problemlösningen. Tillämpar man ett regelbegrepp bör den ifrågavarande rättsföljden inträda, om fakta i fallet anses kunna subsumeras under detta begrepp (anses parten i fråga jämförbar med en kroppsarbetare är IntBegrL tillämplig). Ett riktlinjebegrepp kan däremot vara applikabelt utan att rättsföljden med normativ nödvändighet bör inträda (även om ifrågavarande part är medellös kanske jämkning inte äger rum, därför att andra hänsyn talar mot jämkning).

I de behovsorienterade regleringar som föreligger inom kontraktsrätten har de ifrågavarande rollbegreppen just karaktären av riktlinjebegrepp. Vid jämkning av avtal skall man göra en helhetsbedömning, vid vilken det behovsorienterade argumentet alltid kan mötas av andra motargument. Hänsynen till en parts behov utgör blott *ett* element i det kontraktsrättsliga avgörandet.

Många av de behovsorienterade begrepp som analyserats i kap. 3 är kombinationer av grad- och riktlinjebegrepp. Ett typexempel är skadeståndsrättens behovsorienterade begrepp: de är såväl gradbegrepp, genom

vilka man framför allt hänvisar till parternas ekonomiska bärkraft (se 3.4.3.8.), som riktlinjebegrepp utan normativt nödvändiga rättsföljder. En analog tillämpning av dessa begrepp på kontraktsrättens område har sålunda inte uppfattats som problematisk i här aktuellt avseende (se 3.4.3.9.).

Vid tillämpningen av en sådan kombination av gradbegrepp och riktlinjebegrepp tänker man sig att behovets och motargumentets styrka på något sätt kan vägas mot varandra: ju större behov (ju längre upp på behovsskalan en part befinner sig), desto mer vägande motargument krävs för att behoven skall lämnas obeaktade.

Det som sagts i detta avsnitt innebär, att målet att uppnå en högre förutsebarhet beträffande tillämpningen av behovsorienterade synsätt (se ovan p. 2.3.3.) i kontraktsrätten kan nås blott i mycket begränsad omfattning. Hänsynen till de behovsorienterade regleringarnas icke-önskade bieffekter medför, att man i någon utsträckning tvärtom måste betona oförutsebarheten och vikten av avgöranden *in casu*. Detta innebär emellertid samtidigt, att man, som antytts ovan i avsnitt 2.3.3., förmodligen begränsar den faktiska betydelsen av de behovsorienterade regleringarna. I dag syns det huvudsakligen blott beträffande de efterföljande behoven möjligt att gå längre i riktning mot mer precisa normer (se kap. 5).

4.5.4. *Bifrågor*

Det som nyss sagts om möjligheterna att utveckla mer precisa behovsorienterade normer får inte uppfattas alltför absolut. De eventuella oönskade bieffekterna av en behovsorienterad reglering måste uppenbarligen i praktiken vara avhängiga också av vikten hos den fråga som reglerats. Regler som skulle innebära t.ex. att en viss parts huvudförpliktelse begränsas på grundval av partens behov måste säkerligen i regel leda till försök från presumtiva motparters sida att undvika avtal med den sagda parten. Däremot är det inte lika givet att behovsorienterade regler som riktar sig mot generellt sett mindre betydelsefulla frågor, vilka kan förväntas aktualiseras blott i ett begränsat antal situationer, har likadana bieffekter. Den »finansierande» avtalspartens intresse av avtalet kan vara så stort att han är beredd att ingå avtalet trots dessa regler. När det gäller avtal som ingås av företag o.a. med en omfattande avtals-

portfölj, kan möjligheterna att pulverisera »sociala risker» leda till detta: om risken för situationer, i vilka en behovsorienterad bedömning kommer i fråga är relativt begränsad, kan det vara mer rationellt att inkalkylera denna risk som en kostnad än att söka undvika alla de avtalsparter i relation till vilka risken *kan* bli aktuell.

En frågas betydelse kan bero på många omständigheter. Det är därför omöjligt att i detalj analysera, hurudana frågor som på detta sätt är tillgängliga för en mer precis behovsorienterad reglering, som inte är begränsad blott till efterföljande behov.

4.6. Behovsorienterat borgenärsskydd

4.6.1. Allmänt

Tidigare har framgått, att man i det konkreta rättsmaterialet kan påträffa relativt få exempel på behovsorienterade borgenärsroller (se 4.3.1.). De behovsorienterade borgenärsroller som man hittar framstår också mer sällan som självständiga skäl för en ökning av borgenärens rättigheter. Oftast har de i högre eller lägre grad karaktären av *motskäl* mot en behovsorienterad bedömning på gäldenärssidan. Detta framträder särskilt klart vid tillämpningen av de skadeståndsrättsliga jämningsreglerna, där ett åberopande av borgenärens behov blir aktuellt blott i situationer där man först konstaterar att gäldenärens behov talar för jämkning (se närmare 3.4.3.7.).

Vid fastställande av skadestånd till efterlevande och vid framskjutande av flyttningsdag, där de ifrågavarande behoven (behovet av underhåll och bostad) har en socialrättslig anstrykning, är borgenärens behov mer primära; också i dessa fall bör de likväl vägas mot behoven på gäldenärssidan (i hyresrätten dock blott om dessa är av betydande styrka, se 3.3.3.). — Sätillvida framträder också grunderna för framskjutande av flyttningsdag som ett slags motskäl att frågan aktualiseras först om hyresvärden, på grundval bl.a. av sina behov, har rätt att säga upp hyresavtalet.

Det konkreta rättsmaterialet ger alltså vid handen, att man i dagens obligationsrätt uppenbarligen är mer villig att *begränsa den behövandes förpliktelser* (och därigenom även »finansiärens» rättigheter) än att *utöka hans rättigheter* (och »finansiärens» förpliktelser). Detta ter sig förstäeligt

mot bakgrund av den traditionella återhållsamheten att på skälighetsgrund statuera nya rättigheter och förpliktelser. Man har t.ex. i doktrinen förespråkat försiktighet med att jämka avtal »uppåt».

En mycket stark återhållsamhet framkommer hos *Taxell* (1972 s. 158 f.): »Kan en jämkning ske »uppåt», t.ex. så att part ålägges att betala högre vederlag än det avtalade, när detta till följd av ändrade förhållanden blivit oskäligt lågt sett ur motpartens synvinkel? I princip bör detta vara uteslutet. Det är skäl att vara restriktiv när det gäller att åvälva part skyldigheter utöver dem som han kan anses ha åtagit sig». Uttalanden i samma riktning kan påträffas även i annan »äldre» doktrin (se t.ex. *Portin* 1974 s. 334). Även om det i dag är klart att jämkning kan ske också »uppåt» (se t.ex. *Wilhelmsson* 1984 s. 77 och där angivna källor) kan man anta, att det fortsättningsvis råder en viss allmän skepsis mot att ålägga en part i ett kontraktsrättsligt rättsförhållande utökade förpliktelser på grundval av skälighetsöverbäganden (i motiven till regeln om jämkning av vederlag i 36 § AvtL nämns också som exempel blott sänkning av vederlaget, se *Reg.prop.* 247/1981 s. 13).

I dag föreligger i varje händelse med säkerhet inga formella hinder mot jämkning »uppåt». I *princip* är man således inte förhindrad att, i den mån man tar utgångspunkt i 36 § AvtL, utveckla ett behovsorienterat borgenärsskydd.

Stundom är det också svårt att göra någon klar skillnad mellan ett behovsorienterat borgenärsskydd och ett motsvarande gäldenärsskydd, då en parts rättigheter och förpliktelser kan framstå som olika sidor av samma sak: även om framskjutande av flyttningsdag i första hand kan uppfattas öka hyresgästens rättigheter att besitta lägenheten kan man naturligtvis å andra sidan se åtgärden som en begränsning av hans förpliktelse att flytta bort.

De tänkbara situationer där ett behovsorienterat borgenärsskydd skulle komma i fråga, kan antas ha en mycket varierande karaktär. Man kan därför inte i någon mycket generell form fastslå principer för ett sådant skydd, vilka skulle ha en godtagbar förankring i det sparsamma konkreta rättsmaterialet. Här skall sålunda blott, mot bakgrund av den analys som utförts ovan i detta kapitel, pekas på ett par situationer, i vilka en behovsorienterad argumentation till förmån för borgenären i ett existerande kontraktsförhållande kan anses rättsligt möjlig.

4.6.2. Ersättningsrättsliga avgöranden

Inom skadeståndsrätten har man i någon utsträckning fäst avseende även vid borgenärens (den skadelidandes) konkreta behov. Särskilt vid bedömningen av efterlevandes rätt till skadestånd, men även vid tillämpningen av de skadeståndsrättsliga jämnings- och skälighetsreglerna, har man att ta hänsyn till dessa behov. Det förefaller därför plausibelt att man också i kontraktsrättsliga avgöranden angående ersättningsskyldighet kan beakta de konkreta behoven hos den ersättningsberättigade parten.

Det ter sig särskilt naturligt att på grundval av den skadelidandes behov jämka en avtalad ersättning »uppåt» vid tvister angående tillämpningen av *försäkringsavtal*. Undersökningar av försäkringsbolagens »kulanspraxis» (se nedan) visar, att man i praktiken hos försäkringsgivarna fäster ett visst avseende vid sådana behov. Denna »utomrättsliga» praxis kan via generalklausulerna föras in i den rättsliga bedömningen. Försäkringsbolagen är också sådana företag, vilka enligt det som tidigare sagts (4.4.2.) bör bära ett visst socialt ansvar. Vid tillämpningen av försäkringsavtal bör man således som argument för jämkning till försäkringstagarens förmån kunna åberopa dennes svaga ekonomiska ställning och liknande omständigheter.

I en empirisk undersökning av några svenska försäkringsbolags skaderegleringspraxis, där man strävade att kartlägga, huruvida och i vilken utsträckning man beviljar ersättning i fall där man strikt juridiskt inte vore skyldig till det (kulans), har *Eva Lindell-Frantz* och *Carl Martin Roos* (1985 s. 52 f., 64) kunnat fastställa fall av generös avtalstillämpning inte blott i relation till storkunder och långvariga kunder, utan även i förhållande till kunder som befinner sig i en socialt utsatt position.

I ersättningsrättsliga sammanhang har man ofta betonat vikten att särskilt skydda den som lidit *personskada* (detta har kommit till uttryck bl.a. i diskussionen om medvållandets betydelse, se t.ex. *Saxén* 1975 s. 127 och 1983 s. 407). Man kan därför på goda grunder hävda att de sociala argumenten bör tillmätas en särskilt stor vikt vid regleringen av sådana skador. Härmed är dock inte sagt, att man borde fränkänna dem betydelse vid sakskada.

Man kan likväl inte i obegränsad omfattning utdöma ersättningar på grundval av en behovsorienterad bedömning. Det syns uppenbart, att det

ofta föreligger en yttersta gräns för vad den skadelidande kan erhålla: *skadans storlek* (som naturligtvis i praktiken inte alltid kan entydigt fastställas). Även om den skadelidande har ett mycket starkt behov av ytterligare försörjning utöver det belopp som motsvarar den skada han lidit finns det ingen täckning i det konkreta rättsmaterialet för avgöranden som skulle ålägga »finansiären» att tillgodose också sådana behov.

Vid s.k. *summaförsäkring* är försäkringsbeloppet inte direkt anknutet till skadans storlek. En jämkning av t.ex. en ansvarsbegränsning i ett sådant försäkringsavtal kan naturligtvis leda till att ersättning utgår utöver den faktiska skadan.

De nyss angivna principerna, enligt vilka man i regel måste operera inom skalan ingen ersättning/delersättning/full ersättning, innebär att en behovsorienterad argumentering i praktiken främst kommer i fråga, då man angriper olika slag av *ansvarsbegränsningar*. Sådana begränsningar är vanliga också i andra avtal än försäkringsavtal: de anförda övervägandena kan återopas mer generellt då man har att bedöma villkor i avtal, som i något avseende inskränker en parts — och framför allt ett företags m.m. — skadeståndsansvar. Som typiska objekt för tillämpningen av de kontraktsrättsliga generalklausulerna har utpekats olika slag av friskrivningsklausuler, klausuler om reklamation och anmälan om krav m.m. (se *Wilhelmsson* 1984 s. 97 ff.). Vid jämkning av sådana klausuler bör det vara möjligt att till den förfördelade partens förmån återopa dennes svaga ekonomiska ställning och liknande omständigheter.

4.6.3. *Tillgodoseende av bostadsbehov*

I flera sammanhang i det konkreta rättsmaterialet har man uppmärksammat en parts behov av bostad (och stundom även behov av affärs-lägenhet). Den presumtivist bostadslösa hyresgästen och den presumtivist utkomsthämmade hyresgästen utgör ett par av de fåtaliga behovsorienterade borgenärsroller som påträffats i materialet. Dessa rollbegrepp bör uppenbarligen kunna beaktas även utanför hyresrättens område. Ett närliggande exempel på ett avtal, där sådana begrepp kunde tänkas ha relevans, är *avtalet om bostadsköp* (köp av bostadsaktie eller fastighet). Vid tillämpningen (jämkning och tolkning) av ett sådant avtal bör det vara möjligt att fästa avseende vid respektive avtalsparts bostadsbehov. En

sådan argumentation kan vara relevant t.ex. när det gäller spörsmål om besittningens överlåtande, eventuell annullering eller hävning av köpet etc.

4.7. Behovsorienterat gäldenärsskydd

4.7.1. *Problemets faktiska betydelse*

Brister i en persons ekonomiska ställning rättsliggörs kontraktsrättsligt normalt så, att han inte kan infria de kontraktsrättsliga förpliktelser som han är underkastad. Från ett rättstillämparperspektiv — när man granskar blott de problem som föreläggs rättsmaskineriet — är därför frågan om utvecklingen av en mer behovsorienterad kontraktsrätt oftast liktydig med frågan om framväxten av ett behovsorienterat gäldenärsskydd. Detta framgår, som tidigare nämnts, också av det konkreta rättsmaterial som presenterats i kap. 3. Flertalet av de regleringar och avgöranden i vilka man uttryckligen fäst avseende vid en parts ekonomiska behov har gällt en lindring av den ifrågavarande partens förpliktelser som gäldenär i ett rättsförhållande.

Härmed har likväl ännu inte sagts något om problemets faktiska betydelse. Som en bakgrund till den fortsatta framställningen (såväl i detta som i nästa kapitel) är det skäl att i någon utsträckning belysa också denna sida av problematiken. Råkar gäldenärer, och i så fall hurudana gäldenärer, ofta i ett sådant läge att de inte kan infria sina kontraktsrättsliga förpliktelser och riktas i så fall rättsliga åtgärder mot dem? Vilket är m.a.o. behovet av ett behovsorienterat gäldenärsskydd?

Redan en yttlig granskning av utsökningsverksamheten visar, att rättsliga åtgärder i många fall riktas mot enskilda personer till följd av att frivillig betalning av en gäld inte skett. Vid en undersökning av utsökningsgäldenärerna i tre kommuner år 1972 visade sig endast 1,5—3 % av gäldenärerna i privaträttsliga utsökningsfall vara juridiska personer; i det överväldigande flertalet fall riktade sig utsökningsåtgärderna mot fysiska personer. Bland dessa var visserligen företagarna (inklusive jordbrukare) något överrepresenterade. Detta hindrar likväl inte slutsatsen att privatpersoners enskilda gäld ger upphov till de flesta privaträttsliga

utsökningsfallen (se *Holmila* 1973 s. 15 ff.). Sådana fall förekommer också i ett icke obetydligt antal: på grundval av privaträttsliga fordringar inges utsökningsansökningar i vårt land i ca 200 000 fall per år (*Havansi* 1984 s. 460).

I *Holmilas* undersökning (1973 s. 8) beräknades antalet privaträttsliga utsökningsfall i de undersökta kommunerna variera mellan tre och sju per etthundra yrkesverksamma invånare i kommunen.

I samma undersökning fördelade sig utsökningsfallen i enlighet med fordrans art på följande sätt (*Holmila* 1973 s. 8):

	Helsingfors %	Nurmijärvi %	Kontiolahti %
underhållsfordringar	27	18	12
obetalda räkningar	19	37	49
fordringar vid av- betalningsköp	14	9	12
växlar	14	10	5
andra gäldsfordringar	7	16	6
skadestånd	7	5	11
vräkningar	3	3	1
övriga	9	2	3
sammanlagt	100	100	100

I och för sig ger naturligtvis en uppgift om antalet utsökningsfall som riktar sig mot privatpersoner inte underlag för påståendet att en motsvarande mängd enskilda personer blivit tvungna att lämna sina privaträttsliga förpliktelser ouppfyllda p.g.a. ekonomiska svårigheter. Det kan ju tänkas att någon del av denna grupp blott är ovillig, men inte oförmögen att prestera betalning. Många utländska undersökningar av konsumenters betalningsdröjsmål visar emellertid att betalningsovillighet sällan utgör anledningen till att en gäld inte betalas. Orsaken till att betalning inte sker ligger oftast i de objektiva förhållanden i vilka konsumenten befinner sig (*Reich* 1985 s. 199). — En närmare presentation av de nämnda undersökningarna ges i nästa kapitel (5.2.).

Bland de gäldenärer som har svårigheter att återbetala enskild gäld och som drabbas av rättsliga åtgärder till följd av detta kan personer som tillhör (i vid mening) underprivilegierade befolkningsgrupper antas vara överrepresenterade. Redan de uppgifter som står till buds beträffande

utsökningens föremål antyder, att utsökningsåtgärder i vårt land typiskt riktar sig mot enskilda personer utan någon betydande förmögenhet: det viktigaste objektet för utmätning är i dag gäldenärens *lön* (se t.ex. *Havansi* 1984 s. 460 f.). Vissa uppgifter om utsökningsgäldenärernas person framgår också av *Holmilas* undersökning (1973 s. 17): bland dem som drabbades av utsökningsåtgärder var arbetarna något överrepresenterade i jämförelse med funktionärerna. Liknande tendenser beskrivs i en senare undersökning att samma författare (se *Holmila-McCafferty* 1975 s. 27), i vilken man också kunde konstatera att flertalet utsökningsgäldenärer hade en mycket låg inkomstnivå (a.a. s. 36). Mer detaljerade undersökningar i andra länder visar motsvarande drag: låginkomsttagare, personer med stor försörjningsbörda, kroppsarbetare och utbildade personer förekommer i oproportionerligt stort antal bland gäldenärer som drabbats av rättsliga påföljder p.g.a. betalningssvårigheter.

I en västtysk undersökning kunde man bl.a. konstatera, att uppsägning p.g.a. betalningsdröjsmål av bankmässiga krediter, som skulle återbetalas i rater, särskilt ofta träffade kredittagare med de minsta inkomsterna (under 1400 DM). Bland de olika yrkesgrupperna var arbetarna överrepresenterade (*Holzcheck — Hörmann — Daviter* 1982 s. 282). En motsvarande snedvridning kunde iakttas bland dem som råkade ut för motsvarigheten till betalningsorderförfarande (Mahnverfahren): bland dem som mottog Mahnbescheid hade 76 % endast grundskolutbildning (Hauptschulabschluss) eller mindre, trots att denna grupp utgjorde blott 59 % av alla kredittagare; 49 % hade inkomster under 1400 DM (14 % av alla kredittagare) (*Holzcheck — Hörmann — Daviter* 1982 s. 324 ff.).

Också i Storbritannien har man i en undersökning konstaterat, att 83 % av de gäldenärer som drabbades av domstolsförfarande var arbetare (in manual occupations), medan dessa utgjorde 70 % av hela befolkningen (*Adler* 1985 s. 16). Flera undersökningar visar, att gäldsproblem i hög grad utgör ett resultat av låg relativ inkomst (*Adler* 1985 s. 21).

Några studier i Kanada pekar i samma riktning: ett oproportionerligt stort antal av de gäldenärer som drabbats av rättsliga åtgärder hade en stor försörjningsbörda (mer än hälften hade tre eller flera personer att försörja), var oskolade arbetare (över 60 %), hade låga inkomster (80 % av de drabbade familjerna förtjänade mindre än den genomsnittliga familjeinkomsten) och hyrde sin bostad (undersökningarna finns refererade hos *Trebilcock — Reiter — Laskin* 1979 s. 28 ff.).

Då man diskuterar behovet av ett behovsorienterat gäldenärsskydd är det också skäl att påpeka, att dröjsmålspåföljderna ofta kan i hög

grad förvärra det sociala problem som betalningssvårigheterna utgör. En gäldenär som råkar i dröjsmål drabbas av ett flertal typer av tilläggs-kostnader: dröjsmålsränta, inkasso- och rättegångskostnader m.m. eller — om han söker undvika att råka i dröjsmål — kostnader för nya och i regel dyrare krediter, nya växlar etc. Sådana kostnader måste ofta ersättas före en betalning kan avräknas på själva huvudgälden (betr. ränta, se HB 9:5). Gäldenären kan finna sig försatt i ett läge, där hans gäld inte minskar eller t.o.m. ökar trots fortgående betalningar. *Annette Kühler* (1984 s. 490) beskriver situationen för dem som råkat i detta »moderna gäldsfångelse» på följande sätt:

»These debtors derive little enjoyment from life. It is not unusual for them to give up their job voluntarily because there is little incentive for them to earn when most of their wages are used to service debts they can never hope to repay. The next step in their downward spiral is for them to lose their house or flat. Finally, they have to be taken into care by the social welfare authorities».

Udo Reifner (1980 s. 355) hänvisar till samma problematik, då han konstaterar, att man med civilrättens hjälp kan framkalla ett socialhjälpfall (se även *Trebilcock — Reiter — Laskin* 1979 s. 74).

4.7.2. Huvudregel

Genomgången av det konkreta rättsmaterialet i kap. 3 ger, som redan flera gånger konstaterats, vid handen att tyngdpunkten för utvecklingen av behovsorienterade allmänna läror i kontraktsrätten i dag måste läggas vid reglerna om gäldenärsskydd. Det konkreta rättsmaterial, i vilket man frångått den traditionella principen att envar utan begränsningar skall svara för sin betalningsförmåga (se ovan 3.6.1.), är omfattande. Man har därför på denna punkt ett gott underlag för behovsorienterade generaliseringar. Här är steget mot en »principväxling» kortare. De uppgifter som nyss presenterats, indikerar också ett behov av ett mer generellt behovsorienterat gäldenärsskydd. Med hjälp av detta kan man i den kontraktsrättsliga bedömningen lyfta fram sådana problem, vilkas existens lagstiftaren sedan gammalt erkänt, men sökt lösa vid regleringen av verkställighetsskedet, genom regler om undantag från utmätning (se 1.2.3.).

En betydande del av det konkreta rättsmaterial som genomgåts be-

rör följder av *efterföljande behov* (se ovan 4.5.2.) på gäldenärens sida. På denna punkt syns det föreligga speciellt goda möjligheter att utveckla mer konkreta nya allmänna läror i kontraktsrätten. Problematiken kring s.k. *socialt prestationshinder* (*social force majeure*) har därför hänskjutits till behandling i ett särskilt kapitel (5 kap.). I det föreliggande avsnittet behandlas blott frågan, i hurudana fall gäldenärens redan *vid avtalsslutet rådande behov* — samt även sådana senare uppkomna behov som inte anses relevanta i läran om socialt prestationshinder — kan beaktas vid bedömningen av hans prestationsskyldighet. Vilket argumentvärde har sådana behov vid jämkning, tolkning och utfyllnad av avtal?

De behovsorienterade rollbegrepp som är aktuella i föreliggande sammanhang har i praxis främst utnyttjats som riktlinjebegrepp. Några rättsföljder anknyter inte »automatiskt» till de egenskaper som här är i fråga, utan gäldenärens behov har i varje enskilt fall sammanvägts med övriga omständigheter som antagits ha relevans vid avgörandet av fallet. Mot bakgrund av det som sagts tidigare (4.5.3.) är det också naturligt att man här måste acceptera sådana avvägningar *in casu*. De behovsorienterade rollbegrepp som kommer i fråga vid dessa avvägningar är vidare oftast gradbegrepp. I regel är det fråga om att fästa avseende vid gäldenärens position på en allmän skala för ekonomisk bärkraft. Härutöver kan man stundom ta hänsyn också till icke-ekonomiska behov som kan stå i samband med sjukdom, bristande utbildning och yrkeserfarenhet, bostadslöshet etc.

På grundval av det ovanstående kan man formulera följande *huvudregel*: vid tillämpning (jämkning, tolkning och utfyllnad) av avtal bör man ta hänsyn till en parts svaga ekonomiska ställning (och andra konkreta behov) som *ett* argument för en begränsning av hans förpliktelser på grundval av avtalet. Av det som tidigare sagts följer att denna princip har särskild styrka i relationen mellan enskilda (med svag ekonomisk ställning) och näringsidkare.

4.7.3. Rättsföljder

De rättsföljder som kan anknytas till gäldenärens ekonomiska o.a. behov kan vara av många olika slag. Detta framgår också av det konkreta rättsmaterialet i kap. 3. I vissa fall har man i vederbörande stadgande klart

angivit rättsföljden (nedsättning av skadestånd eller dröjsmålsränta, begränsning av verkningarna av en avtalad påföljd etc.). I andra fall, såsom vid tillämpningen av den allmänna jämningsregeln i 36 § AvtL, kan de konkreta rättsföljderna variera beroende på situationen i det enskilda fallet (nedsättning av prestationsskyldighetens belopp, rätt att säga upp avtal, annan upplösning av avtalsbundenheten etc.).

P.g.a. det behovsorienterade gäldenärsskyddets nödvändiga anknytning till *in casu*-avvägningar kan man inte systematiskt uppteckna de möjliga rättsföljderna av en behovsorienterad bedömning. Här är blott skäl att notera, att förhållandet mellan gäldenärens behov och förpliktelsens betungande karaktär å ena sidan och rättsföljden å den andra kan rättsligt gestaltas på två olika sätt:

(i) Den mer ingripande möjligheten är att man lindrar just den förpliktelse som ter sig alltför betungande med hänsyn till gäldenärens behov. Framstår t.ex. en skyldighet att återbära obehörig vinst som alltför sträng kan skyldigheten minskas eller bortfalla. Gäldenären kan också ges rätt att säga upp ett avtal som blivit alltför betungande för honom och man kan förklara att ett avtalsvillkor (t.ex. en konkurrensklausul) som i oskäligen mån binder honom skall vara utan verkan. Rättsföljden av den behovsorienterade bedömningen är i dessa fall en *lindring av en betungande förpliktelse*.

(ii) I andra fall ingriper man emellertid inte mot den förpliktelse, vars uppfyllelse försvårats av gäldenärens svaga ställning, utan man lindrar blott de påföljder som drabbar gäldenären p.g.a. utebliven prestation. En avbetalningsköpare som råkat i svårigheter och inte kan betala sin gäld kan inte kräva nedsättning av gälden utan blott lindring av de påföljder som kan drabba honom p.g.a. avtalsbrottet. Gälden som sådan kvarstår ograverad. Detsamma gäller reglerna i 11 § RänteL: en nedsättning av själva den betungande förpliktelsen kommer inte i fråga. Sådan *påföljdslindring* statueras, som exemplen visar, framför allt i regler om s.k. social force majeure. Detta hindrar givetvis inte, att man föreskriver påföljdslindring (som ju är en mildare rättsföljd än lindringen av själva den betungande förpliktelsen) också i andra behovsorienterade avgöranden.

4.7.4. *Exempel*

4.7.4.1. *Jämkning av pris m.m.*

Alla delar av ett avtal kan jämkas. För att undanröja tvivel angående möjligheterna att på detta sätt angripa också storleken av det vederlag en part skall erlägga har man i 36 § AvtL uttryckligen angivit att också en utfästelse om beloppet av vederlag skall betraktas som ett sådant villkor i en rättshandling som kan jämkas. Mot bakgrund av den ovan angivna huvudregeln är det därför *i princip* möjligt att beakta gäldenärens ekonomiska ställning som ett argument för en nedsättning av det avtalade priset.

Vid bedömningen av frågan om en eventuell jämkning av priset har man att utgå från en jämförelse mellan det avtalade priset och den allmänna prisnivån (se särskilt KSL 4:1). Ter sig priset vid en sådan bedömning, med hänsyn bl.a. till nyttighetens kvalitet etc., inte oskäligt högt, anses jämkning inte kunna ske. Något utrymme för en behovsorienterad bedömning föreligger knappast så länge priset ur ett generellt perspektiv framstår som skäligt. Behovsorienteringen i kontraktsrätten har uppenbarligen inte utvecklats så långt, att det (i dag) ter sig rättsligt möjligt att i relation till enskilda ekonomiskt utsatta kunder jämka ett pris som i förhållande till kunder i allmänhet kan uppfattas som väl motiverat. Hänsynen till gäldenärens ekonomiska behov kan m.a.o. vid jämkning av priset åberopas endast som ett *utpräglat tilläggsargument*, som blir relevant blott om även andra, primära argument talar för jämkning. Detta tilläggsargument kan bl.a. påverka jämknings storlek.

En behovsorienterad argumentering bör tillerkännas särskild tyngd då fråga är om anskaffning av en socialt viktig nytta. Mot bakgrund av det speciella intresse man i behovsorienterade sammanhang ägnat bostadsproblematiken syns man således vid jämkning t.ex. av hyra eller av priset vid bostadsköp kunna fästa mer avseende också vid gäldenärens ekonomiska behov.

När det gäller prestationer som utges inom ramen för en social gemenskap är det naturligtvis ofta mycket näraliggande att beakta såväl borgenärens som gäldenärens ekonomiska o.a. behov. Här kan den behovsorienterade argumenteringen framstå som mer primär (se särskilt *HD 1981 II 140*, ovan 3.7.2. p. i).

4.7.4.2. *Frigörelse från avtalsbundenhet*

Vid förändringar av förhållandena har man ofta med stöd av jämningsinstitutet tillåtit en part att dra sig ur en avtalsrelation särskilt vid långvariga men även vid mer kortvariga avtal (se närmare *Wilhelmsson* 1984 s. 85, 93 f. och där angivna källor). Man har också talat för att en avtalspart borde ha en sådan möjlighet vid s.k. social force majeure (se 3.7.2. p. iv samt närmare nedan 5.6.3.).

Det föreligger emellertid knappast skäl att begränsa möjligheterna till en behovsorienterad upplösning av avtalsbundenheten till de fall som omfattas av läran om socialt prestationshinder (social force majeure). Som det rättsfall som refererats ovan 3.7.2. p. ii visar, kan jämkning av villkor om avtalsbundenhet komma i fråga också i sådana fall som inte naturligt kan hänföras under den sagda läran. Man kan väl tänka sig att *in casu* tillerkänna en part en rätt att dra sig ur en avtalsbundenhet på grundval av behov som förelåg redan vid avtalsslutet eller med hänvisning till ekonomiska svårigheter som uppkommit senare, men inte kan hänföras till sådana speciella händelser som läran om socialt prestationshinder förutsätter.

Frågan om en parts möjlighet att avbeställa en avtalad prestation och rättsföljderna av en sådan avbeställning har omdebatterats särskilt i samband med arbetet på en reform av den nordiska köplagstiftningen (se även *Lyngsø* 1971 och *Taxell* 1972 s. 165, cit. nedan 5.6.3. p. i). Man har strävat att lagfästa en — till tillämpningsområdet begränsad — regel om verkan av köparens avbeställning, i vilken avbeställningen dock uppfattas som ett kontraktsbrott från köparens sida (se *NU* 1984:5 s. 193 f. och *Reg.prop.* 93/1986 s. 37 f.). I enskilda fall kan man emellertid, med hjälp av generalklausulen i 36 § AvtL, redan i dag uppenbarligen gå längre i riktning mot en verklig »avbeställningsrätt»: om det ter sig oskäligt att tvinga en part att stå fast vid avtalet kan man ge honom rätt att dra sig ur detta redan innan prestation skett (se även *Östra Finlands hovrätt* 13. 12. 1984/1856/84). Vid en sådan bedömning kan man naturligtvis i enlighet med huvudregeln ovan beakta även den ifrågavarande partens ekonomiska o.a. behov. En part kan i ett enskilt fall ges rätt att dra sig ur avtalsbundenheten om hans ekonomiska läge (eller hans situation i övrigt) är sådant att det inte kan anses skäligt att kräva att han

å sin sida presterar i enlighet med avtalet. Man kan i detta fall tala om ett slags *social avbeställningsrätt*.

Frågan om avbeställningsrätten har — bl.a. i den köprättsliga debatten — betraktats som i viss mån kontroversiell (se t.ex. *OLJ 18/1985* s. 109 f.). Åsiktsdifferenserna är uppenbarligen mindre när det gäller en parts möjlighet att dra sig ur ett långvarigt avtal med verkan för framtiden. Det bör därför också vara lättare att acceptera en *social uppsägningsrätt*, som innebär, att man på grundval av en parts ekonomiska o.a. behov ger honom rätt att säga upp ett löpande avtalsförhållande. Detta kan formellt ske t.ex. genom jämkning av villkor om avtalstidens längd (så t.ex. rättsfallet som refereras i 3.7.2. p. ii) eller genom utfyllnad av ett avtal med regler om uppsägningsrätt.

Av skäl som nämnts tidigare (se 4.5.) är en »renodlad» social avbeställnings- eller uppsägningsrätt inte tänkbar; då man *in casu* statuerar en sådan rätt måste den behovsorienterade argumenteringen stödhas med andra argument. Behovsorienteringen kan trots detta här träda långt mer i förgrunden än t.ex. då fråga är om jämkning av priset. Hänvisningen till en parts ekonomiska o.a. behov kan vara det *primära* argumentet för en upplösning av avtalsbundenheten.

Den tilläggsargumentering som krävs behöver knappast heller alltid vara särskilt stark. Redan den omständigheten att motparten inte lider någon skada genom upplösningen av avtalsbundenheten (eller att han får sin skada ersatt) kan stundom tänkas utgöra ett tillräckligt tilläggsargument. I alla situationer måste för övrigt denna aspekt vara av betydelse: ju mindre skada motparten lider av en avbeställning eller en uppsägning, desto lättare kan man statuera en social avbeställnings- eller uppsägningsrätt.

4.7.4.3. Jämkning av skadestånd m.m.

Tidigare har framgått, att jämningsregeln i SkL 2:1.2 kan tillämpas analogt inom kontraktsförhållanden (se 3.4.3.9.). Då man diskuterar jämkning av kontraktuellt skadestånd rör man sig därför på ett område där möjligheten till behovsorienterade bedömningar är mer eller mindre självklar. Kan skadeståndet betraktas som oskäligt betungande med hänsyn till gäldenärens ekonomiska ställning kan jämkning ske. Några

ytterligare argument — utöver jämförelsen mellan å ena sidan skadans storlek och å andra sidan gäldenärens ekonomiska ställning — för en behovsorienterad bedömning behövs i princip inte.

En analog tillämpning av SkL 2:1.2 kommer uppenbarligen i fråga i fall där avtalet inte innehåller bestämmelser om skadeståndets belopp. Blir det däremot fråga om en jämkning av avtalat skadestånd är det mer naturligt att basera avgörandet på 36 § AvtL. Också i detta fall kan man likväl uppenbarligen falla tillbaka på de överväganden som är relevanta vid tillämpningen av SkL 2:1.2. Om beloppet av gäldenärens prestation framstår som oskäligt betungande med hänsyn till hans ekonomiska ställning kan detta således jämkas även då fråga är om t.ex. avtalsvite och andra klausuler om ersättningens belopp (se *HD 1985 II 171*) eller avtal om ersättningsskyldighet som ingåtts efter att skadan inträffat (se *HD 1984 I 1*; vardera rättsfallen är refererade ovan 3.7.2. p. iii).

I det sistnämnda fallet utgör skadeståndsskyldigheten inte någon biförpliktelse i det avtal som ingåtts. Av skäl som nämnts tidigare (se 4.5.), måste man därför antagligen här förutsätta att det föreligger även andra än behovsorienterade argument för jämkning för att en sådan åtgärd skall komma i fråga (i *HD 1984 I 1* åberopades också flera argument för jämkning).

5. KAP. SOCIALT PRESTATIONSHINDER (»SOCIAL FORCE MAJEURE«)

5.1. Inledning

Som nedan (5.2.) skall visas, beror en enskild penninggäldenärs betalningssvårigheter oftast på sådana förändringar i ifrågavarande gäldenärs ekonomiska situation som är mer eller mindre oberoende av honom själv. Betalningssvårigheterna är en följd av gäldenärens arbetslöshet, sjukdom, skilsmässa eller andra motsvarande problem. Vid utvecklingen av det behovsorienterade gäldenärsskyddet utgör därför frågan om möjligheten att beakta sådana *efterföljande behov* som beror på händelser av angivet slag en praktiskt central problematik. Som tidigare noterats är det också just vid regleringen av efterföljande behov möjligt att utmejsla de behovsorienterade principerna till större konkretion. Man kan diskutera, huruvida det är befogat att erkänna en särskild kontraktsrättslig (eller t.o.m. obligationsrättslig) lära om socialt prestationshinder samt vilket innehåll en sådan lära i jakande fall borde ges. Dessa problem utgör föremål för framställningen i detta kapitel.

I välfärdsstatsideologin har man som ett av huvudmålen för utvecklingen av samhället angivit strävan att öka medborgarnas trygghet genom att skapa skydd mot (konsekvenserna av) sjukdom, arbetslöshet och ålderdom (se ovan 1.1.4.2.). En lära om socialt prestationshinder framstår som ett (naturligtvis relativt obetydligt) medel att befrämja denna målsättning. Diskussionen kring läran om socialt prestationshinder innebär därför samtidigt en precisering av, i vilken utsträckning det sagda elementet av välfärdsstatsideologin bör tillåtas influera kontraktsrätten.

5.2. Orsakerna till betalningsdröjsmål

Det utgör en vanlig missuppfattning, att betalningsdröjsmål ofta beror på betalningsovillighet från gäldenärens sida. Empiriska undersökningar från ett flertal länder angående orsakerna till att enskilda personer inte infriat sina gäldsförpliktelser visar tvärtom att dröjsmål normalt har samband med det svåra ekonomiska läge personen i fråga råkat i. Vidare framgår av undersökningarna, att detta ekonomiskt utsatta läge i regel inte är en följd av hans felaktiga ekonomiska planering (frivillig överskultsättning), utan av att det skett av honom själv mer eller mindre oberoende förändringar i hans ekonomiska situation. Svårigheterna att infria förpliktelserna är oftast en följd av att gäldenären drabbats av

- arbetslöshet,
- sjukdom,
- annan nedgång i inkomst,
- skilsmässa och andra äktenskapliga problem och/eller
- ökade boende- eller andra kostnader.

Den kanske mest kända undersökningen på området är *David Caplovitz' Consumers in Trouble* (1974). Här kunde författaren konstatera följande fördelning av de primära orsakerna (ofta angavs flera orsaker) till betalningsdröjsmål bland konsumenterna i USA (s. 53):

Inkomstbortfall	43 %
Frivillig överskultsättning	13 %
Ofrivillig överskultsättning	5 %
Äktenskapliga problem	6 %
Gäldenärens tredje män (opålitliga vänner och släktingar etc.)	8 %
Gäldenärens ansvarslöshet	4 %
Orsaker som kan ha anknytning till borgenären	21 %
Annat	1 %

I över hälften av de fall där den primära orsaken till betalningsdröjsmålet var inkomstbortfall berodde detta på en negativ förändring i gäldenärens arbetssituation och i en tredjedel av fallen på sjukdom hos huvudförsörjaren (s. 58).

Vid en engelsk undersökning utförd av the National Consumer Council år 1969 angav åter konsumenter som haft svårigheter med betalning av gäld följande orsaker härtill (cit. per *Cranston* 1984 s. 205):

Sjukdom	20 %
Arbetslöshet	15 %
Överskuldsetting	6 %
Äktenskapliga svårigheter	5 %
Fel i vara och tvist med säljaren	5 %
Fackliga tvister (arbetsstridsåtgärder)	4 %
Det nationella finansiella läget	3 %
Diverse orsaker	3 %
Uppkomsten av oförutsedd gäld	1 %
Orsak okänd, minns ej	37 %

Ett flertal senare undersökningar i Storbritannien har också påvisat ett nära samband mellan betalningsdröjsmål och arbetslöshet (*Adler* 1985 s. 16, se även *Conaty* 1985 s. 94).

Slutligen kan nämnas en relativt färsk undersökning från Västtyskland, där man bl.a. sökte utreda uppkomsten av den konflikt som lett till betalningsorderförfarande (Mahnverfahren) vid indrivningen av en konsumtionskredit (*Holzcheck — Hörmann — Daviter* 1982 s. 339). Hela 83 % av de tillfrågade uppgav att orsaken låg i en sänkning av inkomsten eller i extraordinära belastningar under kredittiden. Bland dem nämnde:

Arbetslöshet	58 %
Olycka	9 %
Korttidsarbete	3 %
Maka slutat arbeta p.g.a. barn	8 %
Den tillfrågade slutat arbeta p.g.a. barn	4 %
Sjukdom	27 %
Strejk	1 %
Bortfall av övertidstimmar	12 %
Anhörigas sjukdom, som gett upphov till kostnader	6 %
Oväntade kostnader för barns utbildning	2 %
Väsentlig höjning av boendekostnader	28 %
Kostnader som följd av äktenskapsskillnad	18 %
Tilläggsskatter	9 %
Förfall av borgensförbindelse	3 %
Andra familjeorsaker (barn, dödsfall etc.)	7 %
Andra privata orsaker (flyttning, frihetsstraff)	7 %
Andra yrkesanknutna orsaker (arbetsgivares konkurs, arbetsoförmåga, byte av arbetsplats)	11 %
Övriga orsaker (prishöjningar, annan gäld)	4 %

De höga procenttalen förklaras av att flera händelser av nämnt slag ofta samverkat till att hushållets ekonomi kollapsat (*Hörmann — Holzcheck* 1983 s. 465).

Vid en undersökning av de fall där kreditinstitut sagt upp en kredit i förtid p.g.a. betalningsdröjsmål visade sig kredittagarens arbetslöshet i motsvarande mån utgöra den viktigaste orsaken till dröjsmålet. Bland de fall där de sociala orsakerna till dröjsmålet var kända för kreditgivaren förekom arbetslöshet i 56 % av fallen (*Holzschek — Hörmann — Daviter* 1982 s. 284).

Även om dessa iakttagelser inte direkt kan överföras till dagens finländska verklighet finns det goda skäl att anta att läget hos oss inte i någon avgörande grad avviker från situationen i andra länder. Kreditkortsexplosionen kan dock såväl hos oss som annorstädes tänkas medföra en ökning av andelen fall, där betalningssvårigheterna uppkommer till följd av överskuldsättning.

5.3. Utomnordiska lösningar och förslag

5.3.1. Inledning

Den problematik som behandlas i det föreliggande avsnittet är internationell. Å ena sidan är principen att envar svarar för sin betalningsförmåga (»Geld hat man zu haben») en traditionell utgångspunkt för många civilrättsordningar. Å andra sidan pekar undersökningar som gjorts i flera utvecklade marknadsekonomier (se ovan 5.2.) på det ohållbara i en sådan utgångspunkt genom att visa, hur bristande betalningsförmåga i flertalet fall följer av händelser vilka gäldenären i fråga i ringa utsträckning kan påverka. Samma konflikt — ett behov av ett gäldenärsskydd vid socialt prestationshinder, vilket inte kan tillgodoses inom ramen för den traditionella utgångspunkten för bedömningen av gäldenärens förpliktelser — kan m.a.o. återfinnas i ett flertal rättsordningar. Det är därför av intresse att se, huruvida man i andra (utomnordiska) rättsordningar har sökt utbygga det kontraktsrättsliga gäldenärsskyddet i ifrågavarande fall och vilka metoder man härvid valt. Materialet är ägnat att belysa olika frågeställningar:

(i) Har man, och på vilka grunder, ansett det *rättsligt möjligt* att *de lege lata* utveckla läror av här aktuell typ i rättsordningar som liknar vår? Denna fråga, som här diskuteras blott med hänsyn till västtysk rätt (där

det förekommit en mer elaborerad teoretisk debatt), är av intresse framför allt med tanke på möjligheterna att överföra ifrågavarande argumentation till en finsk rättsmiljö (avsnitt 5.3.2.).

(ii) Har man *legislativt* sökt lösa problemet i andra länder? Detta material är främst ägnat att belysa det *samhälleligt möjliga* i en sådan reglering (avsnitt 5.3.3.).

5.3.2. Omtolkning av traditionella principer

I Västtyskland har *Udo Reifner* sökt omtolka (medelst vad han kallar *soziale Auslegung*) de formella bestämmelserna i BGB så, att man med deras hjälp kan åstadkomma en allmän princip om påföljds lindring vid dröjsmål med betalningen av en konsumtionskredit:

»In den Fällen, in denen jedoch gerade die sozialen Bedingungen der Leistungspflicht relevant werden, drückt die Unterlassung der Zahlung als notwendige Folge seiner finanziellen Not gar kein besonderes Verhalten des Schuldners mehr aus. Nach der hier geforderten sozialen Auslegung besteht die Unterlassung bei temporärer Zahlungsunfähigkeit darin, daß kein verfügbares Einkommen für die Ratenzahlung erworben wurde. Auf diese Unterlassungen, die empirisch den überwiegenden Teil der Zahlungseinstellungen ausmachen, sind nun die allgemeinen Zurechnungsregeln des BGB anzuwenden» (*Reifner* 1979 s. 321).

Sker betalning inte rättidigt p.g.a. ett efterföljande behov förorsakat av arbetslöshet, kortarbete, sjukdom, strejk eller ytterligare belastningar av konsumtionsmedlen bör enligt Reifner gäldenären inte anses ha gjort sig skyldig till culpa (*Fahrlässigkeit*) i den mening som avses i BGB § 276. Detta innebär att gäldenären i en sådan situation *inte befinner sig i dröjsmål* enligt BGB § 285 och därför inte heller kan belastas med dröjsmålspåföljder. Av reglerna i BGB följer vidare vissa preciseringar av den nyss nämnda principen (*Reifner* 1979 s. 321):

— Om den ifrågavarande orsaken till betalningssvårigheterna framkallats av gäldenären genom uppsåt eller culpa, bör gäldenären bära ansvar.

— Om händelsen var förutsebar vid avtalsslutet bör gäldenären likaledes ansvara.

— Gäldenären bör göra vad han kan för att avvärja skadan, bl.a.

genom att erbjuda delprestation och »in zumutbarer Weise» utnyttja annan förmögenhet som står till hans förfogande till betalning.

I vissa fall kunde man enligt Reifner också tillämpa stadgandena om omöjlighet (BGB §§ 323—325). Detta skulle komma i fråga dels då gäldenären drabbats av bestående arbetsoförmåga och dels då den tid gått till ända under vilken avtalet skall löpa, dock minst en tid som motsvarar två delprestationer av gäldenären (denna förutsättning är hämtad från avbetalningsköprätten). Om omöjligheten inte kan tillräknas gäldenären som uppsåt eller culpa är han blott skyldig att till motparten utge den obehöriga vinst han gör genom att han blir fri från sin förpliktelse, d.v.s. i regel att återställa den köpta konsumtionsvaran (se *Reifner* 1979 s. 321 ff.).

Dessa principer kommer enligt Reifner också till uttryck i själva konsumtionskreditavtalet: då man ansöker om kredit kräver kreditgivaren uppgifter å ena sidan om arbetsgivare och arbetsinkomst och å andra sidan om hushållets storlek och utgiftsstruktur etc. En *tolkning* av avtalet som utgår från en förståelse av sociala sammanhang leder till en bestämning av gäldenärens återbetalningsskyldighet, enligt vilken betalning skall ske ur den inkomst som står till *gäldenärens förfogande* utöver de »fasta» utgifterna (*Reifner* 1980 s. 377 ff.).

I sista hand är det fråga om att bryta genom »penningslöjan» mellan konsumtion och arbete. Ur konsumentens synvinkel innebär den rådande principen »Geld hat man zu haben» detsamma som »Arbeitseinkommen hat man zu haben». Detta visar att den rådande rättsuppfattningen, som inte erkänner existensen av någon rätt till arbete, söker på konsumtionskrediterna (med orätt) använda en måttstock som är hämtad från kapitalsfären (*Reifner* 1980 s. 375).

Reifners omtolkningsförslag har inte erhållit något övervägande positivt mottagande i rättslitteraturen. Vissa författare ignorerar det, medan andra förkastar det som främmande för BGB:s system (se närmare *Hörmann* 1985 s. 107). Det förekommer likväl också mer positiva stämmor. I alternativkommentaren till BGB framhåller sålunda t.ex. *Roland Dubischar* med hänvisning till Reifner att det är skäl att åtminstone för konsumtionskrediternas del tänka över premissen »Geld hat man zu haben» (BGB-Kommentar s. 295, se även *Brüggemeier* i BGB-Kommentar s. 102). *Günter Hörmann*, som påpekar, att Reifners empiriska antagan-

den visat sig riktiga, stöder också dennes tankar, om han ock uttalar osäkerhet beträffande möjligheterna att förverkliga dem *de lege lata* (Hörmann 1985 s. 108 ff., 622 f.). Som ett ytterligare rättsligt argument åberopar han ett avgörande av BGH, där domstolen hänvisat till »Die Figur der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz» (Hörmann 1985 s. 111).

5.3.3. *Lagar och lagförslag*

I sin diskussion av konsumtionskrediträttens problematik har Reifner inte nöjt sig med att föreslå en omtolkning av BGB; hans arbete innehåller också ett detaljerat lagförslag med bl.a. en bestämmelse om socialt prestationshinder (Reifner 1979 s. 432). Någon sådan lagregel har likväl inte vunnit insteg i *västtysk rätt*. En viss diskussion om behovet av en sådan regel har likväl förts.

Här kan särskilt nämnas diskussionen vid 53. tyska juristdagarna. Inför detta forum hade Die Berliner Fachgruppe Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft ÖTV föreslagit att man skulle rekommendera införandet av en regel i BGB § 609a, med följande innehåll (cit. per ZERP Mat 3 s. 57; förslaget motiveras, bl.a. med hänvisning till Reifner, av *Reiner Huhs*, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages s. K 211 ff.):

»Ist ein nicht durch Grundpfandrechte gesichertes, zum persönlichen Gebrauch gewährtes Darlehen in mindestens zwei Teilleistungen zurückzuerstatten, so hat der Darlehensnehmer während der vereinbarten Laufzeit sein Unvermögen zur Rückerstattung dann nicht zu vertreten, wenn sein verfügbarer Einkommensteil aufgrund von Umständen wie

a) Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Krankheit und Unglück, es sei denn, er hat deren Eintritt vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt,

b) Arbeitskampf

ganz oder teilweise wegfällt. Die während dieser Zeit fällig gewordenen Rückzahlungsraten kann der Darlehensgeber erst nach der vereinbarten Laufzeit des Darlehens verlangen. Es wird vermutet, daß die Rückzahlungsraten der jeweils verfügbare Einkommensteil sind. Abweichende Vereinbarungen zu Lasten des Darlehensnehmers sind, soweit spezielle gesetzliche Vorschriften nichts anderes bestimmen, unwirksam».

Förslaget förkastades efter omröstning vid juristdagarna (se Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages s. K 247, K 251).

Fransk rätt innehåller däremot en uttrycklig lagregel med anknytning

till socialt prestationshinder. Sedan gammalt ger Code Civil art. 1244 gäldenären möjlighet att i vissa fall vid domstol kräva maximalt ett års uppskov med betalning (*délai de grâce*). I den nya konsumentkreditlagen (loi no. 78—22 du 10 Janvier 1978) har man hänvisat till denna regel samt specificerat, att ett sådant uppskov särskilt kommer i fråga då gäldenären uppsagts från sitt arbete (section 8). Då uppskov beviljas kan domstolen förordna, att på gälden inte skall löpa ränta under uppskovstiden. — Reglerna om *délai de grâce* antas ha liten praktisk betydelse, vilket kan vara en följd av den processuella tröskel som anknytningen till domstols prövning medför (Hörmann 1985 s. 623).

Betr. ett *schweiziskt* förslag till en motsvarande regel, som skulle ge domstol rätt att uppgöra en förskjuten betalningsplan, om konsumenten inte kan betala till följd av oförutsedda omständigheter (såsom arbetslöshet, sjukdom, äktenskapsskillnad etc.), se Stauder 1985 s. 63 f.

Den *brittiska* konsumentkreditlagen (The Consumer Credit Act, 1974) ger också domaren en omfattande befogenhet att ändra en avtalad återbetalningsplan (section 129(2)a).

Man kan också sträva att lindra problemen med hjälp av ett konkurs- eller insolvensförfarande, som resulterar i slutgiltig gäldsnedläggning också för enskilda personer. Sådana modeller, som förekommer bl.a. i amerikansk rätt (se t.ex. Girth 1985), skall inte beröras närmare i detta sammanhang.

5.4. En allmän lära om socialt prestationshinder

5.4.1. Allmänt

Utvecklingen av en lära, enligt vilken gäldenärens ansvar skulle lindras om han till följd av arbetslöshet, sjukdom eller annan motsvarande omständighet inte förmår prestera, har hämmats av principen, att envar svarar för sin betalningsförmåga. Den omständigheten, att gäldenären utan egen förskyllan råkat i betalningssvårigheter, har mot bakgrund av denna princip traditionellt inte uppfattats som någon befrielsegrund (se ovan 3.6.1.).

Trots den angivna principen har man i den traditionella doktrinen likväl inte fullt ut kunnat hålla fast vid tanken att händelser i anslutning

till gäldenärens person skulle vara irrelevanta i de allmänna läror som gäller följderna av förändrade förhållanden. Vid behandlingen av frågan om omöjlighet som förutsättning för befrielse från skadeståndsansvar uttalar *Lars Erik Taxell* (1972 s. 320):

»Omöjlighet kan bero på omständigheter, som har avseende på gäldenärens person, t.ex. *sjukdom och olycksfall*. Om avtalet kräver en personlig insats från gäldenärens sida, vore det inte riktigt mot honom att i sådana situationer åvälva ersättningsansvar. Detsamma kan i viss utsträckning ehuru inte generellt gälla även en del sådana fall då avtalet inte nödvändigt behöver fullgöras av gäldenären personligen. I här avsedda situationer är det vanligen fråga om ett culpa-ansvar för gäldenären... — sjukdom och olycksfall betyder frånvaro av culpa och befriar sålunda från ersättningsansvar» (kurs. här).

I Sverige fäster *Jan Hellner* (1984 s. 235 f.) avseende vid avtalets karaktär. Vid behandlingen av olika sätt att reglera verkan av ändrade förhållanden (bl.a. genom force majeure-klausuler) påpekar han att man vid »mer personligt präglade avtal» kan inräkna »t.ex. sjukdom och olycksfall samt skilsmässa» bland sådana omständigheter som kan tilläggas juridisk relevans.

Ätminstone för finsk rätts del syns det knappast längre föreligga skäl för en så återhållsam syn på möjligheterna att till förmån för gäldenären åberopa oförutsebara händelser i anslutning till hans person. Som framgått redan i kap. 4 föreligger det goda skäl att i dagens kontraktsrätt tala för en »principväxling» i mer behovsorienterad riktning. I flera sammanhang har noterats att en sådan utveckling har speciellt gynnsamma förutsättningar då fråga är om reglering av efterföljande behov. Av avsnitt 3.6. framgår att man successivt byggt ut och håller på att bygga ut den kontraktsrättsliga lagstiftningen med regler som ger möjlighet till påföljds lindring i ifrågavarande fall (se även UL 4:6a och 4:8a, ovan avsnitt 1.2.3.). De utgångspunkter som här lagfästs har i någon mån beaktats också i praxis kring konsumenträttens skälighetsregler (se 3.7.2. p. iv). Då de regleringar och den praxis som omtalats därtill företer en betydande *intern koherens* är det naturligt att se dem som uttryck för en ny framväxande *allmän princip*, som kan åberopas också utanför tillämpningsområdet för de särskilda regler som nyss nämnts (jfr dock *Aurejärvi* 1983 s. 99, som betraktar 11 § RänTeL som ett undantag från civilrättens allmänna principer). Detta gäller särskilt emedan de ifrågavarande reglerna

också, som tidigare (5.1.) nämnts, är koherenta med den allmänna välfärdsstatsideologi som präglar vårt samhälle.

5.4.2. Terminologi

Ett tecken på att man också i allt högre grad uppfattar de speciella reglerna om påföljds lindring vid efterföljande behov som ett uttryck för en allmän princip är att man börjat utnyttja en särskild beteckning för dessa regleringar. Man har i olika sammanhang använt termen *social force majeure* i detta syfte.

Se senast *SOU 1985:11*, där man uttryckligen anger att det svenska förslaget till regel om jämkning av ränta och också den finska 11 § Rän-teL gäller »vad som brukar kallas social force majeure» (s. 119, se även s. 181; tidigare har termen utnyttjats i anknytning till 11 § Rän-teL och 2 § 2 mom. och 11 § AvbetL t.ex. hos *Wilhelmsson* 1984 s. 81 f.).

Också vid tillämpningen av skälighetsreglerna i konsumenträtten har termen *social force majeure* kommit till användning (*KS 4/1985* s. 21, ovan 3.7.2. p. iv).

Den nämnda termen, som i anknytning till praxis utnyttjats vid beskrivningen av det konkreta rättsmaterialet, kan kritiseras för att vara missvisande. Med *force majeure* avses traditionellt »en utifrån kommande, omfattande och sällan inträffande tilldragelse, som medför ett oöverstigligt hinder för gäldenären att prestera» (*Rodhe* 1956 s. 355), »en övermäktig tilldragelse, en utifrån kommande sällan inträffande händelse av osedvanlig art» (*Taxell* 1972 s. 120). Varken arbetslöshet eller sjukdom är »sällan inträffande» eller »av osedvanlig art». Sjukdom kan knappast heller alltid på ett naturligt sätt betecknas som »utifrån kommande». Med hänsyn härtill utnyttjas i det föreliggande arbetet företrädesvis termen »*socialt prestationshinder*», som också har den fördelen att den ledigare kan översättas till finska (*»sosiaalinen suorituseste»*).

Den nya terminologin avses inte nödvändigtvis ha några innehållsliga konsekvenser: *socialt prestationshinder* används här *synonymt* med *social force majeure*. Omdöpingen förhindrar inte att man vid utvecklingen av den nya läran i mån av möjlighet utnyttjar analogier också från den allmänna läran om *force majeure*.

5.4.3. *Lärans tillämpningsområde*

Tidigare har framgått, att de speciella stadganden om påföljds lindring som utgör en grundpelare för läran om socialt prestationshinder har ett i flera avseenden begränsat tillämpningsområde (se 3.6.3. i slutet). En utveckling av en *allmän* lära om socialt prestationshinder innebär, att man också utanför det direkta tillämpningsområdet för de sagda stadgandena kan tillmäta gäldenärens efterföljande behov relevans. En allmän lära kan tillämpas inte blott på sådana fordringar som avses i de ifrågavarande lagrummen, utan också på andra kontraktsrättsliga (och kanske även på andra obligationsrättsliga) fordringar.

Detta hindrar likväl inte, att läran kan förses med vissa avgränsningar, som anknyter till tillämpningsområdet för de speciella stadgandena om påföljds lindring. Man kan sålunda diskutera lärans utsträckning bl.a. i följande avseenden (betr. tillämpningsområdet med hänsyn till olika påföljder, se nedan 5.6.1.1.):

(i) *Parterna*. Några av de speciella reglerna om påföljds lindring berör blott konsumentförhållanden (11 § RänTeL gäller även vissa därmed jämförbara förhållanden). Också de fall, i vilka man vid tillämpningen av skälighetsregler utnyttjat begreppet social force majeure, har varit konsumenträttsliga (se 3.7.2. p. iv). *Kärnområdet* för läran om socialt prestationshinder ligger uppenbarligen i konsumenträtten. Detta hindrar emellertid inte, att man i enlighet med det som tidigare sagts återoppar läran också utanför detta område (som ett ytterligare argument för en sådan utvidgning kan hänvisas till det faktum att regeln i 2 § 2 mom. AvbetL bibehållits trots särregleringen av konsumentförhållandena i 7 kap. KSL).

De händelser som man i olika sammanhang velat betrakta som sociala prestationshinder (arbetslöshet, sjukdom etc.) är sådana som främst kan drabba enskilda personer. Då man generaliserar läran om socialt prestationshinder utöver konsumenträttens ram blir det sålunda i första hand fråga om en utvidgning till andra situationer där enskilda personer drabbats av betalningssvårigheter. Just beträffande sådana personer antar principen »Geld hat man zu haben» i praktiken oftast formen »Arbeitseinkommen hat man zu haben» (Reifner 1980 s. 375) — en princip som i belysning av dagens sociala verklighet är svår att upprätthålla.

I enlighet med det som sagts ovan i avsnitt 4.4.2. är det vidare uppenbart, att läran om socialt prestationshinder huvudsakligen måste förankras i uppfattningen att företag och andra institutioner bör bära ett socialt ansvar. I enskilda fall kan säkerligen anspråk på att man bör beakta ett socialt prestationshinder byggas också på idéer om ägares sociala ansvar, om solidaritet vid inträffade olyckor eller om ansvar i en social gemenskap. Vid utvecklingen av en mer detaljerad lära om socialt prestationshinder är det likväl skäl att ställa den centrala relationen i förgrunden.

Det sagda innebär, att diskussionen i fortsättningen i huvudsak gäller *enskilda personer* som gäldenärer i *förhållande till företag*, organisationer och offentliga samfund. Detta hindrar emellertid inte, att man vid behov *in casu* kan tillämpa motsvarande principer i förhållanden mellan enskilda eller att man vid utvecklingen av småföretagarskyddet kan stöda sig på analogier från den lära som beskrivs här. De relevanta händelserna måste dock i sistnämnda fall uppenbarligen ofta bli andra än då gäldenären är en enskild person.

(ii) *Penning- och naturaförpliktelser*. Såväl de speciella lagstadganden som åberopats här som också de skälighetsavgöranden som nämnts gäller fall där gäldenären är en penninggäldenär. I relationen mellan enskilda och företag m.m. är den enskilda personens förpliktelse också i flertalet fall en penningförpliktelse. Tyngdpunkten i läran om socialt prestationshinder måste därför såväl praktiskt som teoretiskt ligga vid penningförpliktelserna.

Detta bör likväl inte utesluta, att man åberopar läran också på naturaförpliktelser. Traditionellt har gäldenärens ansvar bedömts strängare vid penningförpliktelser än vid naturaförpliktelser. I den mån man accepterar socialt prestationshinder som en — i vidsträckt mening — befrielsegrund vid förpliktelser av den förstnämnda arten, måste man därför uppenbarligen, i minst lika stor omfattning, göra det också vid de senare nämnda förpliktelserna. En annan sak är, att relevansen och följderna av socialt prestationshinder inte i alla lägen nödvändigtvis är desamma vid olika former av förpliktelser. Vid penningförpliktelser framträder sålunda socialt prestationshinder ofta som ett undantag från ett mer strikt ansvar, medan man däremot vid naturaförpliktelser stundom

kan tänka sig att uppfatta social force majeure som ett tecken på avsaknad av culpa.

5.4.4. *Dispositiv eller tvingande rätt*

De konkreta materiella lärorna i civilrätten har i regel dispositiv karaktär (även om det naturligtvis förekommer också tvingande läror). Man kunde därför utgå från, att läran om socialt prestationshinder i princip är dispositiv och kan uteslutas genom avtal.

Enbart med hjälp av en sådan utgångspunkt kan man likväl inte lösa frågan om förhållandet mellan avtalets bestämmelser och läran om socialt prestationshinder. Dels har utvidgningen av möjligheterna till skälighetsbedömningar i kontraktsrätten i viss mån suddat ut den klara gränsen mellan tvingande och dispositiv rätt: särskilt då de dispositiva reglerna kan sägas innehålla en rättspolitisk värdering (vilket ju i allra högsta grad är fallet med läran om socialt prestationshinder) kan de uppfattas som »halvtvingande» (se t.ex. *Ramberg* 1986 s. 37) regler, vilka starkt påverkar både frågan om tolkning och frågan om jämkning av avtal. Dels är den här behandlade lärans betydelse i hög grad avhängig av, *hurudant* avtal man kräver för att läran skall kunna åsidosättas. Krävs det en specifik klausul, som utesluter lärans tillämpning, eller faller läran till föga redan inför generella klausuler om avtalstid, avtalsbundenhet etc.? Det är alltså uppenbart, att frågan om förhållandet mellan läran om socialt prestationshinder och avtalets innehåll måste nyanseras. Olika slags avtalsvillkor kan ha olika betydelse.

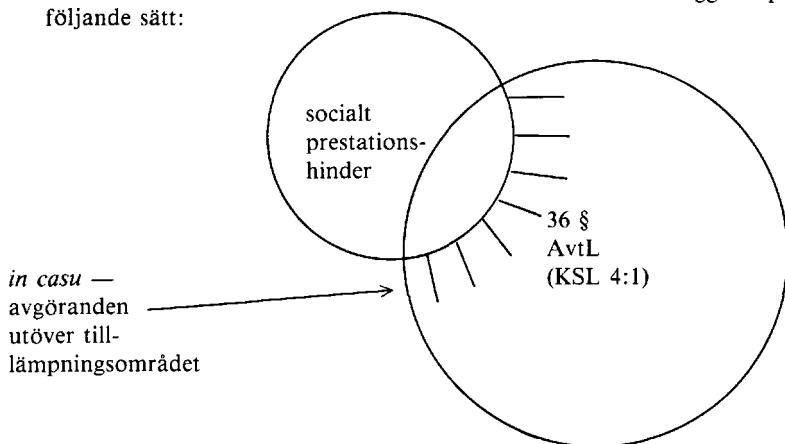
(i) *Allmänna villkor om prestationsskyldighet, avtalstid etc.* I standardavtalsrättsliga sammanhang har man utgått från, att avvikelser från dispositiv rätt till motpartens nackdel bör ske i klara ordalag. Denna principiella utgångspunkt gäller i försvagad form alla avtal: också vid avtalstolkning i allmänhet bör man eftersträva ett resultat som bäst möjligt motsvarar det som följer av dispositiv rätt (se närmare *Huser* 1983 s. 539 ff.). Ju mer de dispositiva reglerna ger uttryck för rättspolitiska värderingar, som kan anses accepterade i rättsordningen, desto större vikt bör de tillmätas.

Det sagda innebär, att generella klausuler om prestationsskyldighet, avtalstid etc. knappast bör tolkas så, att man genom dem utesluter en

tillämpning av läran om socialt prestationshinder. Om t.ex. gäldenären blott förbundit sig att prestera vid en viss tidpunkt följer ännu inte av detta avtal, att inte prestationstidpunkten kunde förskjutas p.g.a. social force majeure. Och vidare: har gäldenären vid ett fortlöpande avtal kommit överens om en viss avtalstid, hindrar detta inte att han — när förutsättningarna härför är för handen — med åberopande av socialt prestationshinder säger upp avtalet före avtalstidens utgång. I sådana fall kan man säga, att man i avtalet lämnat frågan om verkan av socialt prestationshinder öppen. Avtalet kan därför *utfyllas* med läran om sådant hinder (gränsen mellan tolkning och utfyllnad är som känt diffus, se t.ex. *Huser* 1983 s. 127).

Det föreligger naturligtvis inte något hinder mot att man i ett fall av föreliggande slag grundar avgörandet på 36 § AvtL (eller KSL 4:1 eller någon annan generalklausul) och jämkar bestämmelsen om prestationsskyldighet eller avtalstid. Här företräds likväl den uppfattningen att läran om socialt prestationshinder i dag är mogen att stå på egna ben och inte behöver hängas upp på någon generalklausul. Generalklausulen behövs blott i sådana fall där man *in casu* önskar utbygga ett behovsorienterat gäldenärsskydd, trots att de förutsättningar som uppställts inom läran om socialt prestationshinder inte är uppfyllda.

Man kan således (vilket ju också klart framgått av vad som sagts i kap. 4) med stöd av jämningsregeln gå längre än vad läran om socialt prestationshinder medger. Förhållandet mellan 36 § AvtL och läran om socialt prestationshinder — liksom för övrigt även förhållandet mellan 36 § AvtL och andra allmänna läror i kontraktsrätten — kan alltså åskådliggöras på följande sätt:



(ii) *Specifika klausuler om socialt prestationshinder*. Med den utgångspunkt som angivits ovan kan man anta att specifika klausuler om verkan av socialt prestationshinder (sådana är åtminstone i dag sällsynta) i princip går före de allmänna läror som utvecklas här. Lärorna bör likväl beaktas vid tolkningen av ifrågavarande klausuler; i den mån man lämnat frågor öppna är det naturligt att söka ledning i den dispositiva bakgrundsrätten. Leder klausulerna i ett enskilt fall till oskälighet är jämkning med stöd av 36 § AvtL eller någon annan motsvarande generalklausul givetvis möjlig. De dispositiva (»halvtvingande») lärorna utgör härvid en bas för skälighetsbedömningen.

5.4.5. *Socialt prestationshinder och kontraktsrättslig lagstiftning*

Stora delar av den finska kontraktsrätten är icke lagreglerad. I sådana fall kan läran om socialt prestationshinder tillämpas som en allmän dispositiv norm på det sätt som ovan angivits. I den mån det förekommer särskild lagstiftning om enskilda kontraktstyper uppkommer emellertid frågan, hur relationen mellan läran om socialt prestationshinder och denna lagstiftning bör gestaltas. Frågan kan i en nära framtid förväntas bli särskilt akut p.g.a. den sannolika tillkomsten av en ny finsk köplag (en proposition, *Reg.prop. 93/1986*, har redan avgivits till riksdagen).

Problemet måste uppenbarligen angripas på olika sätt beroende på arten av ifrågavarande lagstiftning. När det gäller kontraktsrättsliga stadganden som är gamla och mycket ofullständiga — som extremt exempel kan nämnas de kontraktsrättsliga stadgandena i 1734 års lag — finns det knappast något som hindrar, att man uppfattar läran om socialt prestationshinder som en komplettering av dessa normer. En sådan lagstiftning hindrar alltså inte utvecklingen av en allmän lära om socialt prestationshinder.

I praxis har man också på många andra sätt kompletterat och t.o.m. justerat stadgandena i 1734 års lag (se *Wilhelmsson* 1984 b).

När det är fråga om nyare och mer omfattande lagstiftning, såsom den föreslagna köplagen, råkar problematiken i en något annan dager. En sådan lagstiftning kan visserligen inte göra anspråk på att fungera

som en heltäckande reglering — inte heller i köplagen avser man att ens genom generella anvisningar beröra alla slag av frågor som kan aktualiseras mellan parterna (se t.ex. *NU 1984:5* s. 166) — varför det alltid, trots lagstiftningen, åtminstone i vissa fall måste finnas utrymme för en tillämpning av allmänna läror. Beträffande de frågor, där det förekommer en specifik och till synes uttömmande reglering, uppkommer dock spørgsmålet, huruvida och i vilken mån man också här kan åberopa social force majeure. Denna problematik är betydelsefull framför allt i samband med diskussionen om påföljds lindring (se nedan 5.6.2.). Om man i den kontraktsrättsliga lagstiftningen i detalj reglerat förutsättningarna för användningen av olika påföljder i anledning av avtalsbrott, kan man då i tillägg till de i lagen nämnda förutsättningarna för vissa påföljder uppställa ett krav på att det inte får föreligga socialt prestationshinder? Eller bör man snarare se frågan som ett lagtolkningsproblem: kan man i de förutsättningar, som nämns i lagen, med stöd av den allmänna läran om socialt prestationshinder *intolka* ett sådant krav? Denna fråga kan knappast besvaras i en helt generell form, utan får i fortsättningen undersökas från fall till fall. En utgångspunkt måste härvid naturligtvis vara den, att man visar tillbörlig respekt för den demokratiska lagstiftningsprocessen.

Det är inte inom ramen för detta arbete möjligt att gå genom all kontraktsrättslig lagstiftning i syfte att granska dess förhållande till den lära som utarbetas här. Frågan belyses i fortsättningen i relation till förslaget till ny köplag. Det är härvid skäl att notera, att denna lag också kommer att bli tillämplig på avtal mellan företag och enskilda, om inte annat följer av stadgandena i KSL. Köplagen skall i sin helhet tillämpas när säljaren är en enskild person och köparen ett företag och vidare skall köparens förpliktelser också vid konsumentköp bedömas enligt köplagen (så länge inte KSL 5. kap. reformerats). Köplagen blir därför den relevanta lagstiftningen, när man har att bedöma en enskild persons ställning som penning- eller naturagäldenär i ett köprättsligt förhållande.

5.5. När föreligger socialt prestationshinder?

5.5.1. Inledning

Mot bakgrunden av det konkreta rättsmaterial som presenterats ovan i

kap. 3 samt av allmänna läror om inverkan av force majeure m.m. kan man med relativt stor noggrannhet utmejsla de rekvisit som bör vara uppfyllda för att gäldenären skall tillåtas åberopa socialt prestationshinder. Man kan urskilja fyra sådana förutsättningar. För att ett relevant socialt prestationshinder skall anses föreligga bör (i) en särskild *tilldragelse* ha träffat gäldenären, vilken tilldragelse (ii) på ett bestämt sätt *förorsakat* dennes dröjsmål, vilket händelseförlopp (iii) *inte* kunde *förutses* av gäldenären och till vilket (iv) gäldenären *inte* heller bär någon *skuld*.

5.5.2. Relevanta tilldragelser

De tilldragelser som betraktats som relevanta vid tillämpningen av de särskilda stadgandena om påföljdsändring har uppräknats i avsnitt 3.6.3. p. ii. I lagstiftningen har man särskilt uppmärksammat gäldenärens sjukdom och arbetslöshet. I de skälighetsbedömningar som KO gjort med åberopande av social force majeure (se 3.7.2. p. iv) har han också — i överensstämmelse med sagda stadganden — framhävt just dessa omständigheter. Utöver dem nämner han emellertid också annan, utan beställarens egen skuld uppkommen på hans betalningsförmåga verkande särskild omständighet. Denna formulering förefaller träffa det väsentliga vid beskrivningen av de tilldragelser som kan konstituera socialt prestationshinder. Det krävs m.a.o., att det inträffat en *särskild tilldragelse*, som lett till gäldenärens svårigheter; om svårigheterna beror på att gäldenären t.ex. överskattat sin ekonomiska förmåga och därför överskuldssatt sig skulle social force majeure inte föreligga (se även *Wilhelmsen* — *Sevón* 1983 s. 146 och *OLJ 16/1985* s. 212; jämkning in casu med stöd av de principer som utvecklats i kap. 4 kan naturligtvis i detta fall komma i fråga). Denna särskilda tilldragelse bör vidare uppenbarligen vara av den arten att den kan *påverka gäldenärens betalningsförmåga* i negativ riktning (jfr dock nedan 5.5.3.), i regel antingen genom att gäldenärens inkomster minskar eller hans utgifter ökar.

Ytterligare kriterier för de tilldragelser som kan komma i fråga är det i detta skede knappast meningsfullt att ställa upp. På samma sätt som »man inte klart kan avskilja de händelser som konstituerar force majeure» (*Taxell* 1972 s. 125) bör man inte eftersträva någon fast gränsdragning kring de tilldragelser som är relevanta vid social force

majeure. En detaljerad exemplifiering är tillräcklig för rättstillämpningens behov utan att vålla den skada i form av stelhet inför nya situationer som en »uttömmande» definition skulle kunna medföra.

Också *Reifner* lämnar i sin lära avgränsningen av relevanta tilldragelser öppen. Vid sidan av vissa uppräknade tilldragelser nämner han att även *nya belastningar av gäldenärens konsumtionsfond* kan vara relevanta. Deras relevans får emellertid bedömas *in casu*:

»Zusätzliche Ausgaben aus dem Konsumfonds können nur dann der Zurechnungssphäre der Konsumentenkreditnehmer entzogen werden, wenn sie konkret unvorhersehbar und ohne eigenes Dazutun entstanden sind. Wie hier im Einzelfall zu entscheiden ist, sollte den Typisierungen des Gesetzgebers oder einer richterlichen Einzelfallwertung überlassen bleiben. Ihre Zurechnung wird davon abhängen, inwieweit der gesellschaftliche Charakter dieser konkreten Ereignisse und ihre statistische Notwendigkeit in der Wirklichkeit deutlich wird und sich daher ihre Zuweisung in die Sphäre der Kreditgeber, die aufgrund ihrer alleinigen Gestaltungsmöglichkeit auch allein gesellschaftliche Risiken als solche berücksichtigen können, durchsetzt» (*Reifner* 1979 s. 327).

På grundval av det konkreta rättsmaterialet (se särskilt 3.6.3. p. ii) kan man gruppera exempen på relevanta tilldragelser på följande sätt:

(i) *Förändringar i gäldenärens hälsotillstånd*. Gäldenärens sjukdom samt annan fysisk skada som drabbat gäldenären (*OLJ 16/1985* s. 212) utgör det kanske mest typiska exemplet på en tilldragelse som kan vara relevant i föreliggande sammanhang. Såväl fysiska som psykiska sjukdomstillstånd bör naturligtvis kunna åberopas.

(ii) *Förändringar i gäldenärens arbetssituation*. Det andra i lagstiftningen nämnda typexemplet på en relevant tilldragelse är gäldenärens arbetslöshet. Det är givet, att också andra, jämförbara företeelser på arbetslivets område, såsom t.ex. arbete med förkortad arbetsvecka och nedsatt lön samt bortfall av sedvanliga möjligheter till övertidsarbete, kan tillmätas relevans i den mån de övriga förutsättningarna för socialt prestationshinder är uppfyllda.

Även annan oförutsedd minskning av arbetsinkomst anses kunna leda till socialt prestationshinder (se även *SOU 1985:11* s. 182). En nedgång av inkomsten som beror av lockout fyller sålunda uppenbart de krav som kan ställas på en relevant tilldragelse. Detsamma kan sägas om strejk (se även *Reifner* 1979 s. 326 f.). Situationen kompliceras emellertid här

av att en sådan nedgång av inkomsten i viss mening alltid beror av arbetstagarens eget handlande (se närmare nedan 5.5.5.).

Är den ifrågavarande gäldenären en enskild näringsidkare kan en relevant minskning i inkomst förorsakas av andra faktorer, såsom gäldenärens konkurs (*OLJ 16/1985* s. 212 f.), en betydande minskning i orderingången eller andra liknande omständigheter som påverkar hans arbets-situation i negativ riktning.

(iii) *Förändringar i gäldenärens bostadssituation.* Det speciella intresse för en parts bostadssituation som kommer till synes i samband med flera behovsorienterade regleringar i obligationsrätten har argumentvärde också i läran om socialt prestationshinder. En gäldenär som blivit uppsagd från sin hyresbostad eller som på annat sätt drabbats av bostadslöshet kan av denna omständighet åsamkas sådana nya ekonomiska belastningar — t.ex. genom att han blir tvungen att hyra en ny dyrare bostad eller t.o.m. köpa en bostad samt att bekosta en eventuell tillfällig bostad och flyttning m.m. — att förändringarna i bostadssituationen väl kan betraktas som en godtagbar grund för att åberopa socialt prestationshinder (se även *Hakulinen — Raninen* 1968 s. 80 och *OLJ 16/1985* s. 212).

(iv) *Förändringar i gäldenärens familjeförhållanden etc.* Olika slag av förändringar i gäldenärens familjeförhållanden (och i relationer till närstående personer i allmänhet) kan leda till såväl att gäldenärens kostnadsbelastning ökar som att hans »inkomster» (i betydelsen av tillgängliga medel) sjunker. Som en med hänsyn till läran om socialt prestationshinder relevant tilldragelse har man därför nämnt exempelvis gäldenärens skilsmässa och en sådan närstående persons dödsfall med vilken gäldenären levat i ekonomisk gemenskap (*SOU 1985:11* s. 182). Om en familjemedlem eller någon annan närstående till gäldenären drabbas av sjukdom eller olycka kan också detta åberopas som en tilldragelse som kan konstituera social force majeure, i den mån tilldragelsen leder till en minskning i hushållets inkomster eller en ökning av dess utgifter (se även *Eklund — Nordström* 1957 s. 111 samt *Hakulinen — Raninen* 1968 s. 80, som bland de relevanta utgifterna nämner också den hjälp man anser sig böra lämna sina olycksdrabbade närstående).

Om en till gäldenärens hushåll hörande persons sjukdom och död kan utgöra en relevant tilldragelse är det vidare svårt att se att inte också en

sådan persons arbetslöshet eller oförutsedd minskning i inkomster kan åberopas till förmån för gäldenären.

Slutligen är det skäl att hänvisa till det kriterium för ringa ekonomisk bärkraft som uppmärksammats i samband med jämkning av skadestånd (se bl.a. 3.4.3.2. p. iii): gäldenärens underhållsbelastning. Uppkomsten av en ny underhållsskyldighet kan väl tänkas utgöra en sådan tilldragelse som kan åberopas i föreliggande sammanhang.

(v) *Förändringar i gäldenärens förmögenhetsförhållanden.* Redan i inledningen nämndes, att den relevanta tilldragelsen bör vara sådan att den kan medföra en minskning av gäldenärens inkomster eller en ökning av hans utgifter. Som ovan framgått är de konkreta exempel på socialt prestationshinder som kan anföras på grundval av det konkreta rättsmaterialet också av denna typ. Det föreligger inget exempel på att nedgång i gäldenärens förmögenhet skulle ha tillagts relevans i det föreliggande sammanhanget (skilsmässa och bostadslöshet m.m. kan förvisso leda till eller stå i samband med förändringar i en parts förmögenhetsförhållanden; som ovan framgått har man dock här snarast haft för ögonen de ökade utgifter som förorsakats av de sagda tilldragelserna). Det är därför mycket tveksamt, huruvida en händelse som blott leder till en nedgång i gäldenärens förmögenhet — och därtill anknuten förmögenhetsinkomst — som sådan bör kunna konstituera socialt prestationshinder. De empiriska och teoretiska skäl — ohållbarheten av satsen »Arbeitseinkommen hat man zu haben» — som stöder läran motiverar knappast en sådan utvidgning av dess tillämpning.

Man kan likväl tänka sig *enskilda fall*, i vilka det skulle te sig mycket naturligt att ge gäldenären rätt att, åtminstone *ex analogia*, med stöd av generalklausulerna, åberopa social force majeure vid en förändring i hans förmögenhetsförhållanden. Om exempelvis en folkpensionär utan andra inkomster än pension upptagit en konsumtionskredit och tänkt sig att återbetala den genom att realisera sin lilla förmögenhet och han herefter mister denna genom en olyckshändelse (eller t.ex. genom att det aktiebolag i vars aktier han placerat sina sparmedel går i konkurs) är det svårt att motivera, varför inte han skulle kunna åberopa detta som socialt prestationshinder.

5.5.3. *Kravet på orsakssamband*

Den omständigheten, att en force majeure-händelse inträffar, leder i sig inte nödvändigtvis till att man kan åberopa rättsföljderna av force majeure. Det förutsätts också att händelsen i fråga varit orsak till att prestation inte kunnat ske (se t.ex. *Taxell* 1972 s. 120).

Ett motsvarande kausalitetskrav måste ingå också i läran om social force majeure. En tilldragelse av tidigare nämnt slag kan inte åberopas som socialt prestationshinder, om inte tilldragelsen *förorsakat* gäldenärens prestationssvårigheter.

Som ovan (3.6.3. p. i) visats, har man utformat detta krav på orsakssamband på något olika sätt i olika stadganden. I vissa stadganden opererar man med en tredelad kausalitetskedja, särskild tilldragelse → betalningssvårigheter → dröjsmål, medan man i andra har formulerat kausalitetskravet på ett kortare sätt: särskild tilldragelse → dröjsmål. I flertalet fall leder dessa formuleringar till samma resultat. Den mest väsentliga skillnaden föreligger uppenbarligen då en tilldragelse av tidigare nämnd karaktär inte vållat betalningssvårigheter i ekonomisk mening utan blott medfört *fysiskt hinder* mot betalning. Som exempel kan nämnas det fall att ett överraskande sjukdomsanfall binder gäldenären vid sjukbädden så, att han förhindras att i tid erlägga betalning. Den senare beskrivna kortare kausalitetskedjan — som ingår i KSL 7:16.2 — omfattar uppenbart även en sådan situation, medan åter den förra formuleringen, med betalningsförmåga som mellanled (AvbetL § 2.2 och § 11 samt RänteL § 11), till synes lämnar dessa fall utanför (jfr dock *OLJ 16/1985* s. 211 f., där en motsvarande formulering *tolkats* omfatta också fysiska hinder). Det material som utnyttjats som grund för uppbyggnaden av läran om socialt prestationshinder har i huvudsak varit inriktat på frågan om verkan av ekonomiska hinder för prestation (se även definitionen av relevant tilldragelse ovan 5.5.2., där avseende har fästs just vid tilldragelsens möjligheter att inverka på gäldenärens betalningsförmåga). Kärnområdet i läran om socialt prestationshinder — vilket behandlas i fortsättningen — avser uppenbart situationer i vilka en relevant tilldragelse lett till en sådan försämring av gäldenärens *ekonomiska situation* att hans möjligheter att prestera därför inskränks. Detta hindrar dock inte, att de principer som här beskrivs *mutatis mutandis* i någon utsträckning

kunde tänkas bli tillämpliga även i fall där en relevant tilldragelse fysiskt förhindrar gäldenären att prestera.

Vid bedömningen av, huruvida det kan anses föreligga ett tillräckligt orsakssamband av ovan beskriven art, blir det centrala spörsmålet, vilken grad av ekonomiska svårigheter tilldragelsen måste förorsaka gäldenären för att han bör anses ha ett godtagbart skäl att inte prestera. Man har utgått från, att de ekonomiska svårigheterna inte behöver vara så betydande att gäldenären kan betecknas som betalningsoförmögen. Enligt motiven till RänTeL kan, som tidigare nämnts, jämkning ske »redan då gälden inte kunnat betalas i rätt tid utan äventyrande av gäldenärens skäliga boende- och andra levnadsförhållanden» (*Reg.prop. 109/1981 s. 23*, se även andra källor ovan 3.6.3. p. i). Man kan — med en terminologi från de allmänna lärorna om relativt prestationshinder (se *Taxell 1972 s. 126*) — kanske tala om en »personlig offergräns», under vilken gäldenären inte är skyldig att sänka sin levnadsstandard i syfte att möjliggöra prestation.

Samma mål ligger bakom *Reifners* (1980 s. 378) tolkning av gäldenärens återbetalningsskyldighet, enligt vilken den skulle omfatta blott »das verfügbare Einkommen».

Det sagda innebär att verkan av att en social force majeure-tilldragelse inträffar i hög grad blir beroende av gäldenärens ekonomiska ställning i övrigt: har en gäldenär, som drabbats av sjukdom eller arbetslöshet, förmögenhet som kan utnyttjas för att fullgöra hans prestation, utan att detta äventyrar hans skäliga boende- och andra levnadsförhållanden, kan han inte åberopa socialt prestationshinder. I detta avseende är läran om socialt prestationshinder en klart behovsorienterad lära (i den mening som detta begrepp använts i den föreliggande framställningen). Läran skyddar blott *gäldenärer med begränsade tillgångar*.

I samband med behandlingen av frågan om relevant orsakssamband är det skäl att kort beröra den speciella problematiken, huruvida tilldragelsen kan anses på ett godtagbart sätt ha förorsakat utebliven prestation också i det fall att den inträffat först efter att gäldenären råkat i dröjsmål. Kan prestationens uteblivande i detta fall anses ha förorsakats av ifrågavarande sjukdom eller arbetslöshet, då rättidig prestation hade bort och kunnat ske innan dessa hinder uppkom? I de läror som gäller force majeure i allmänhet har man utgått från att hinder som uppkommer efter det gäldenären råkat i dröjsmål inte fritar honom från något

ansvar (*Taxell* 1972 s. 323); man tillämpar här principen om *perpetuatio obligationis* (*Rodhe* 1956 s. 545 ff., *Hellner* 1984 s. 245). Vid tolkningen av de särskilda stadgandena om påföljds lindring vid socialt prestationshinder har man likväl förespråkat en annan lösning: påföljds lindring anses inte utesluten även om hindret uppkommit först då gäldenären redan befinner sig i dröjsmål (se närmare betr. avbetalningsköp *Eklund* — *Nordström* 1957 s. 45 f., 111 och betr. dröjsmålsränta *Wilhelmsson* — *Sevón* 1983 s. 146). Det är därför inte uteslutet att man i den allmänna läran om socialt prestationshinder på denna punkt kan välja en annan linje än den som omfattats i läran om verkan av force majeure.

5.5.4. *Kravet på oförutsebarhet*

Rättsverkan av force majeure anses normalt inte böra inträda, om en part förutsåg eller kunde förutse ifrågavarande händelse då avtalet ingicks (*Taxell* 1972 s. 120 f.). En motsvarande begränsning måste uppenbarligen ingå också i läran om socialt prestationshinder (jfr även de krav som angivits i västtysk litteratur ovan 5.3.2.). Det ställer sig dock svårt att i alla avseenden fastslå dess konkreta innehåll i dag: som av avsnittet 3.6.3. p. iii framgår har man i stadgandena om påföljds lindring och framför allt i motiven till dem beskrivit kravet på oförutsebarhet på varierande sätt. Särskilt gäller detta frågan om *vad* som inte bör förutses: avskär redan den omständigheten att gäldenären förutsett den relevanta tilldragelsen honom från rätten att åberopa socialt prestationshinder eller bör man ytterligare kräva att han förutsett också tilldragelsens inverkan på hans betalningsförmåga?

I ett annat avseende förefaller man likväl kunna ge något klarare besked: man bör inte ställa krav som innebär att gäldenären *borde* kunna förutse händelser som han inte har insikt om. I förarbetena till 7 kap. KSL talar man om att gäldenären varit »medveten» om att ett hinder kommer att uppkomma (*Reg.prop.* 88/1985 s. 32, se även *OLJ* 16/1985 s. 212: »tiedossaan»). I regel bör man alltså fästa avseende blott vid faktisk kunskap; gäldenären bör inte åläggas att beakta, att han t.ex. på grund av den internationella ekonomiska utvecklingen löper risk att bli arbetslös i framtiden. Detta måste dock förmodligen gälla blott beträffande frågan om insikt angående själva den relevanta tilldragelsen. I den mån man också fäster avseende vid gäldenärens insikt om till-

dragelsens inverkan på hans betalningsförmåga måste man antagligen acceptera en regel att han inte *borde* ha förutsett den ifrågavarande effekten. Man kunde m.a.o. förslagsvis sammanfatta kravet på oförutsebarhet i följande formel: gäldenären bör inte kunna åberopa socialt prestationshinder, om han vid avtalets ingående varit medveten om att den ifrågavarande tilldragelsen skulle drabba honom och han därtill bort inse, att denna tilldragelse skulle ha så betydande negativ inverkan på hans betalningsförmåga, att hans möjligheter att prestera enligt avtalet skulle råka i fara.

5.5.5. *Kravet på skuldfrihet*

I de särskilda stadgandena om påföljds lindring förutsätter man att gäldenären råkat i betalningssvårigheter huvudsakligen utan egen skuld (här bortses från den något avvikande formuleringen i KSL 7:16.2, som inte givits någon motivering, se ovan 3.6.3. p. iv). Denna förutsättning kan mer eller mindre självfallet generaliseras att gälla läran om socialt prestationshinder i allmänhet (se även västtysk litteratur ovan 5.3.2.). Bär gäldenären själv den huvudsakliga skulden till att han råkat i betalningssvårigheter — han har t.ex. utan anledning sagt upp sig från sitt arbete och därför blivit arbetslös — kan han inte åberopa läran om socialt prestationshinder.

Denna till synes klara regel ger likväl inte — om man läser den alltför bokstavligt — godtagbara resultat i alla situationer. Ett gott exempel på detta utgör skilsmässa, som nämnts som ett alternativ vid beskrivningen av relevanta tilldragelser. Det är ju uppenbart, att man bör kunna åberopa även en sådan skilsmässa som kommit till stånd på grundval av samtycke av gäldenären, även om man då strängt taget kan påstå att hans av skilsmässan förorsakade betalningssvårigheter är självförvållade. Den bakomliggande orsaken till skilsmässan behöver ju inte vara att hänföra till gäldenären. Och även om detta vore fallet, är det knappast lämpligt att man gör spörsmålet, vem som bär skulden till en skilsmässa, till en relevant tvistefråga i en kontraktsrättslig process mellan den ena maken och en utomstående borgenär.

Ett annat likartat exempel utgör gäldenärens deltagande i strejk. Också här följer betalningssvårigheterna av en åtgärd, som gäldenären frivil-

ligt vidtar. Åtminstone i fall, där strejken utlysts av en organisation som gäldenären tillhör och vars beslut han inte kan påverka, är frivilligheten dock i praktiken mer principiell än reell. Också i andra fall är läget ofta det att arbetstagarens solidaritet med hans arbetskamrater moraliskt tvingar honom att delta i strejken. Av dessa anledningar bör kravet att betalningssvårigheterna skall ha uppkommit huvudsakligen utan gäldenärens egen skuld i regel inte förhindra, att gäldenären åberopar en strejk som socialt prestationshinder (se även *Reifner* 1979 s. 326 f.).

Slutligen är det skäl att framhålla, att kravet på skuldfrihet inte hänförs sig blott till frågan, hur betalningssvårigheterna uppkommit. Gäldenären har naturligtvis också en allmän skyldighet att söka överkomma dessa svårigheter (se även västtysk litteratur ovan 5.3.2.). Vägrar han t.ex. efter att han drabbats av arbetslöshet utan godtagbar anledning att motta ett nytt arbete (*Reifner* 1979 s. 328 talar om »schuldhafte Versäumnis, Arbeit wieder aufzunehmen») kan detta leda till att hans rätt att åberopa socialt prestationshinder faller bort (vad beträffar tiden efter att det nya arbetet skulle ha lett till en förbättring i hans betalningsförmåga).

5.6. Rättsföljder av socialt prestationshinder

5.6.1. Allmänt

5.6.1.1. Möjliga rättsföljder

Man har i regel nyttjat det allmänna begreppet *force majeure* i anknytning till vissa särskilda påföljder av avtalsbrott (se t.ex. *Rodhe* 1956 s. 356 f.). Det används främst i samband med regleringen av en parts skadeståndsansvar: *force majeure* begränsar ett eventuellt strikt ansvar. Därtill har *force majeure* åberopats t.ex. för att förlänga preskriptionsfrister. Av 10 § 2 mom. RänTeL framgår, att (ett slags) *force majeure* också kan begränsa skyldigheten att utge dröjsmålsränta. I avtalspraxis förekommer naturligtvis att man anknyter också andra rättsföljder till *force majeure* (se t.ex. *Godenhjelm* 1954 s. 166 ff.).

De rättsföljder av social *force majeure* som framgår av de särskilda stadgandena om påföljdslindring är delvis av annat slag. Även här kom-

mer nedsättning av dröjsmålsränta i fråga (RänteL § 11); härutöver kan socialt prestationshinder leda till en begränsning av möjligheterna att åberopa vilka som helst *avtalade* påföljder vid betalningsdröjsmål (AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2). Det gemensamma för såväl dessa stadganden som de allmänna principerna om *force majeure* är att ifrågasvarande tilldragelse leder till en lindring av påföljder av gäldenärens dröjsmål. Urvalet av de påföljder som särskilt uppmärksammats förefaller dock inte ha skett med hjälp av någon enhetlig och rationell urvalsprincip. Det ligger därför nära till hands att, såsom ett slags *utgångshypotes*, göra en generalisering: socialt prestationshinder kan tänkas leda till lindring av alla de påföljder gäldenären kan drabbas av p.g.a. dröjsmål. I relation till enskilda påföljder måste herefter närmare diskuteras, i vilken mån man måste begränsa denna utgångspunkt och/eller uppställa särskilda förutsättningar för åberopande av socialt prestationshinder (se 5.6.2.).

I detta sammanhang kan nämnas, att konsumentrådet i sitt utlåtande till justitieministeriet över förslaget till nya nordiska köplagar (*Kuluttaja-neuvoston lausunto 1985* s. 8) har föreslagit, att man i 5 kap. KSL borde inta en regel om, att påföljderna (utan begränsningar) av köparens betalningsdröjsmål kan jämkas, om dröjsmålet beror på betalningssvårigheter, vilka köparen utan egen skuld har råkat i p.g.a. oförutsebara och oövervinnliga orsaker, såsom sjukdom och arbetslöshet.

Författaren av detta arbete har redan tidigare föreslagit, att man av de särskilda stadgandena om påföljdslindring kunde härleda en allmän princip, enligt vilken tillämpningen av påföljderna av betalningsdröjsmål skulle uppskjutas om orsaken till dröjsmålet är gäldenärens arbetslöshet (*Wilhelmsson 1983* s. 48).

Diskussionen om verkan av socialt prestationshinder bör emellertid inte begränsas till fall där gäldenären kräver *påföljds*lindring. Som tidigare framgått förekommer det i obligationsrätten också behovsorienterade regleringar och avgöranden, i vilka man låtit hänsynen till gäldenärens behov motivera en *lindring* av själva den *betungande förpliktelsen* (se 4.7.3.). Man kan därför fråga, i vilken mån socialt prestationshinder kan ha även en prestationslindrareffekt. Av de KO-avgöranden som refererats ovan (3.7.2. p. iv) framgår, att man på ett naturligt sätt kan anknyta åtminstone vissa rättsföljder med sådan effekt till socialt prestationshinder. Gäldenären kan under vissa förutsättningar ges rätt att dra sig

ur avtalsförhållandet (upphäva avtalsbundenheten). Avslutningsvis skall diskuteras närmare, i vilka fall och under vilka förutsättningar en sådan lösning kan te sig lämplig (nedan 5.6.3.).

5.6.1.2. *Hänsynen till motparten*

Vid bedömningen av rättsföljderna av socialt prestationshinder kan man inte enbart beakta den parts intressen som drabbats av ifrågavarande tilldragelse. Av de konkreta lagstadganden som lagts till grund för läran om socialt prestationshinder framgår, att man i någon utsträckning också måste uppmärksamma motpartens fördel. Detta kommer till synes på olika sätt i de olika stadgandena:

— I 11 § RänteL nämns inte motparten uttryckligen. Då ifrågavarande stadgande emellertid inte förpliktar domstolen till jämkning, då rekvisiten i stadgandet uppfyllts, utan blott anger att jämkning »kan» ske, är det givet att man vid bedömningen har möjlighet att i någon utsträckning ta hänsyn också till avgörandets skälighet i förhållande till motparten. Detsamma gäller 2 § 2 mom. AvbetL: genom att här inta ordet »obilligt» har man möjliggjort en viss skönsmässig bedömning, vid vilken man i någon utsträckning kan ta hänsyn också till säljarens intressen (se *Eklund — Nordström* 1957 s. 47).

— Enligt 11 § AvbetL får utmätningsman bevilja anstånd med verkställighet på grundval av socialt prestationshinder »såframt icke säljarens rätt till godset äventyras eller hans rätt eljest otillbörligen åsidosättes». Här har man m.a.o. mer konkret sökt beskriva, på vilket sätt motpartens intresse bör beaktas.

I litteraturen har man som exempel på fall, där säljarens intresse kan äventyras genom uppskovet nämnt dels att godset snabbt minskar i värde eller vanvårdas, dels att det för säljarens ekonomi är mycket betydelsefullt att han snabbt får besittningen till godset och kan realisera det (se *Eklund — Nordström* 1957 s. 112 och *Hakulinen — Raninen* 1968 s. 80). Båda exemplen måste i praktiken utgöra klara undantagsfall.

— I KSL 7:16.2 ger man en mer generalklausulsartad regel: gäldenären kan åberopa socialt prestationshinder »utom då detta med beaktande av dröjsmålets längd och andra omständigheter vore uppenbart oskäligt gentemot kreditgivaren». Också denna regel framstår som ett begränsat

undantag från den i paragrafen angivna huvudregeln. Att den skall kunna åberopas blott i sällsynta fall framgår av att man här använt den i dag exceptionella formuleringen »uppenbart oskäligt».

I motiven anförts bl.a.: »Om det är uppenbart att dröjsmålet kommer att vara endast en kort tid över den gräns som nämns i 1 mom. (i regel en månad, anm. här), kan uppskovet i allmänhet inte anses oskäligt för kreditgivaren. Ett hinder som blir långvarigt kan däremot tänkas leda till ett oskäligt resultat» (*Reg.prop. 88/1985 s. 32*).

I det nyaste av de omtalade stadgandena, KSL 7:16.2, uttrycker man kanske klarast den tankegång som också kan spåras i kommentarerna till AvbetL: man bör utgå från att frågan om verkan av socialt prestationshinder skall avgöras på grundval av den *gäldenärs* intressen, som drabbats av ifrågavarande tilldragelse. Endast i *exceptionella fall* bör ett hänsynstagande till motpartens intressen föra till att rättsföljderna av socialt prestationshinder i något avseende modifieras. Denna princip förefaller ägnad att generaliseras: då enskilda gäldenärer åberopar socialt prestationshinder gentemot företag m.m. (vilka fall utgör objekt för den föreliggande framställningen, se 5.4.3. p. i) bör hänsynen till företagets intressen endast i undantagsfall och på grundval av en bedömning *in casu* leda till avvikelser från de principer som anges nedan.

5.6.2. Påföljds lindring

5.6.2.1. Inledning

Man kan i princip lösa frågan om en gäldenärs möjligheter att undgå påföljder vid socialt prestationshinder på två olika sätt. Å ena sidan kan man se spörsmålet som en fråga om gäldens förfallodag: man kan tänka sig, att förekomsten av ett socialt prestationshinder borde leda till att gäldens förfallodag förskjuts, vilket i sin tur automatiskt skulle leda till en likadan förskjutning i borgenärens möjligheter att åberopa påföljder. Förhindras gäldenären av social force majeure att prestera, skulle han inte alls råka i dröjsmål (så — p.g.a. BGB § 285 — *Reifner*, ovan 5.3.2.). Å andra sidan kan man utgå från att det i princip föreligger dröjsmål, då gäldenären p.g.a. socialt prestationshinder inte kunnat prestera i rätt tid, och rikta intresset blott mot påföljderna av dröjsmålet: vilken eller vilka påföljder kan lindras p.g.a. det ifrågavarande hindret?

Även om man i avtalspraxis angående verkan av force majeure stundom avtalar om, att force majeure skall leda till en förskjutning av förfallodagen (se t.ex. *Hellner* 1984 s. 246) har man i allmänhet utgått från att verkningarna av force majeure skall bedömas ur den senare synvinkeln (se ovan 5.6.1.1. i början). De särskilda stadgandena om påföljds lindring vid social force majeure är också konstruerade på detta sätt: de i lagen angivna rekvisiten leder till att vissa påföljder lindras, utan att detta påverkar bestämningen av själva förfallodagen. I de lagreglerade fallen leder socialt prestationshinder inte till uppskov med prestationsskyldighet, blott till lindring av i lagen nämnda påföljder.

I de tidigare förslagen till konsumtionskreditlagstiftning ingick regler, som medgav ett visst uppskov av betalningsskyldigheten (d.v.s. en förskjutning av förfallodagen) vid socialt prestationshinder, se *KM 1977:30*, lagförslag § 13, *OLJ 8/1982*, lagförslag § 20. Dessa ersattes emellertid med regeln om påföljds lindring i regeringens proposition (se *Reg.prop. 88/1985* s. 31).

Med denna differentierade angreppsvinkel — som också står i samklang med den rådande analytiska synen på de civilrättsliga rättsförhållandena — måste man sålunda vid utvecklingen av den allmänna läran om socialt prestationshinder analysera verkan av ett sådant hinder särskilt för varje dröjsmåls påföljd. Detta betingas också av att de *allmänna* förutsättningarna för de olika påföljderna varierar (skyldigheten att betala dröjsmålsränta och andra påföljder inträder exempelvis i många fall vid olika tidpunkt, se *Wilhelmsson — Sevón* 1983 s. 97 f.).

Här skall närmare diskuteras de två mest centrala påföljderna vid avtalsbrott: skadestånd och hävning. Detta bör likväl inte uppfattas så, att socialt prestationshinder vore irrelevant vid bedömningen av förutsättningarna för andra påföljder. Redan de konkreta lagstadgandena om påföljds lindring i AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2 gäller ju *alla* avtalade påföljder av köpares dröjsmål.

5.6.2.2. Skadestånd m.m.

Force majeure har, som tidigare nämnts, framför allt uppfattats som en grund, som fritar gäldenären från skadeståndsskyldighet (se t.ex. *Taxell* 1972 s. 320 ff.). Med hänsyn till ration hos de särskilda stadgandena om

påföljds lindring — att skydda gäldenären mot tilläggsbelastningar vid vissa olyckliga tilldragelser — syns det lätt att motivera att även social force majeure borde ha denna rättsföljd. Särskilt 11 § RänTeL erbjuder här ett gott argument: dröjsmålsrätten uppfyller delvis samma reparatoriska syften som skadeståndet och det vore inkonsekvent om en viss tilldragelse ledde till nedsättning av dröjsmålsränta men icke till nedsättning av skadestånd, i all synnerhet som man i övrigt utgår från att det bör föreligga *mindre* begränsningar i skyldigheten att utge dröjsmålsränta än i skadeståndsskyldigheten.

Häremot kunde man kanske invända, att 11 § RänTeL gäller blott konsumentförhållanden och att den ovanstående argumentationen åtminstone inte vore valid för andra kontraktsförhållanden. Om man tar läran om socialt prestationshinder på allvar måste man emellertid utgå från, att 11 § RänTeL bör kunna tillämpas analogt utöver ramen för konsumenträtten åtminstone på andra förhållanden mellan företag m.m. och enskilda (se 5.4.3. p. i). I samma mån kan det ovan anförda resonemanget generaliseras utöver gränserna för konsumenträtten.

På denna punkt är likväl den skenbara konflikten mellan läran om socialt prestationshinder och den föreslagna nya köplagen mest märkbar. I köplagsförslaget regleras grunderna för skadeståndsskyldighet vid dröjsmål med prestation: säljaren skall svara, om inte dröjsmålet beror på ett hinder utanför hans kontroll (se närmare *NU 1984:5*, finskt lagförslag § 29 och *Reg.prop. 93/1986*, § 27), och köparen om dröjsmålet inte berott på stadgande i lag, avbrott i den allmänna samfärdseln eller betalningsrörelsen eller på annat liknande hinder (se närmare angivna lagförslag och proposition § 63 respektive § 57). Det är alldeles uppenbart att man med de angivna hindren inte avsett sådana tilldragelser som är relevanta i läran om socialt prestationshinder. Beträffande köparens ansvar framgår detta redan av de exempel som givits i lagtexten, vilket också antyds i motiven (*Reg.prop. 93/1986* s. 106: »Såsom framgår bl.a. av de exempel som nämns i lagtexten kan bristande betalningsförmåga inte utgöra en sådan befrielsegrund som avses i det föreliggande stadgandet»). För säljarens del säger man åter i motiven, att den kontrollsfär som han ansvarar för omfattar »prestationshinder som beror på säljarens bristande ekonomiska resurser» (*NU 1984:5* s. 259, *Reg.prop. 93/1986* s. 71). Den kommande köprättens skadestandsregler är alltså

inte tänkta att befria en part från ansvar vid socialt prestationshinder. Bör man trots detta kunna åberopa denna befrielsegrund vid köparens eller säljares dröjsmål?

Vid första anblicken förefaller respekten för ny lagstiftning hindra en sådan lösning. Det är dock skäl att framhålla, att köplagen främst utformats med de kommersiella köpen mellan företag för ögonen (vilket bl.a. flertalet av de exempel som ges i motiven visar). När man behandlar frågor som gäller förhållandet mellan en enskild part å ena sidan och ett företag, en organisation eller ett offentligt samfund å den andra kan det därför visa sig att reglerna inte alltid passar lika väl som på rena kommersiella avtal. Särskilt vid köparens dröjsmål uppkommer i de förstnämnda förhållandena den konflikt mellan 11 § RänTeL och ett skadeståndsansvar av köplagens typ som antydde i inledningen till detta avsnitt. Det kan knappast vara acceptabelt om man eftersträvar någon koherens i det kontraktsrättsliga systemet att köparen vid socialt prestationshinder befrias från skyldighet att betala dröjsmålsränta blott för att härefter mötas av ett skadeståndskrav som kanske åtminstone delvis omfattar den skada som dröjsmålsräntan annars skulle ha täckt. Och vidare: om man på den nyss angivna grunden godtar en rätt för en köpare att åberopa socialt prestationshinder, är det svårt att se att man inte borde medge också en säljare en sådan rätt: i regel brukar man ju bedöma köparens dröjsmålsansvar strängare än säljarens och inte tvärtom.

Starka skäl talar således för att man även efter tillkomsten av den nya köplagstiftningen bör tillerkänna en part möjlighet att åberopa socialt prestationshinder som grund för befrielse från skadeståndsskyldighet vid köp av lösöre. Detta kan ske antingen genom att man betraktar läran om socialt prestationshinder som en komplettering av de uttryckliga reglerna i lagen (det bör observeras, att man också på andra punkter antagit att lagen kan kompletteras med allmänna principer, se t.ex. *NU 1984:5* s. 357 f. om adekvansläran) eller — om man finner det angeläget att betona respekten för lagstiftaren — genom att man tolkar köplagen i överensstämmelse med den sagda läran. Det vore inte uteslutet att — i strid med förarbetena — tolka de omtalade befrielsegrunderna så, att de skulle omfatta även socialt prestationshinder; en sådan tolkning ter sig dock såväl för säljarens del som särskilt för köparens del (jfr den noggranna beskrivningen av relevanta hinder i lagtexten) mycket konstlad.

Önskar man anföra ett särskilt köprättsligt lagrum som motivering för en begränsning av parts skadeståndsansvar vid socialt prestationshinder är det nog mer naturligt att hänvisa till regeln om jämkning av skadestånd (*NU 1984:5*, finskt lagförslag § 74.2, *Reg.prop. 93/1986*, § 70.2). Denna generalklausul kan utnyttjas som en inkörsport för läran om socialt prestationshinder i de köprättsliga skadeståndsreglerna.

I den föreslagna köplagstiftningen föreskrivs att en part, som förhindras av en ansvarsbefriande händelse att prestera rättidigt, är skyldig att lämna motparten ett meddelande om hindret inom skälig tid, vid äventyr att han annars kan bli skyldig att ersätta den skada som motparten kunde ha undvikit om han erhållit ett meddelande (se *NU 1984:5*, finskt lagförslag § 30 och § 63.3, *Reg.prop. 93/1986*, § 28 och § 58). Det är möjligt att man åtminstone i vissa fall kan uppställa ett liknande krav i läran om socialt prestationshinder.

I ett uttalande i motiven till KSL 7:16.2, vilket visserligen avser skälighetsbedömningen vid lindring av avtalade påföljder, antyds att en sådan skyldighet stundom kunde anses vara för handen: »Beroende på omständigheterna kan det också inverka på saken hur aktivt konsumenten har meddelat om hindret» (*Reg.prop. 88/1985* s. 32).

Då läran om socialt prestationshinder begränsar den skadeståndsskyldighet som åligger en part enligt lag (i vidsträckt mening) är det självklart att den också kan åberopas mot en *avtalad* skadeståndsskyldighet (avtalsvite). I de rättsförhållanden som faller inom tillämpningsområdet för AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2 följer detta direkt av de ifrågavarande stadgandena, som ju gäller alla avtalade påföljder, inklusive avtalsvite.

5.6.2.3. Hävning m.m.

I princip kan hävningspåföljd — om de allmänna förutsättningarna för hävning (väsentligt avtalsbrott) är för handen — tillgripas oberoende av orsaken till ifrågavarande avtalsbrott. Denna regel bör likväl inte upprätthållas undantagslöst. *Lars Erik Taxell* (1972 s. 226) skriver:

»I speciella situationer har man anledning att överväga om inte hävningsrätten borde falla bort på den grund att gäldenären *inte vållat* avtalsbrottet. Man kan bl.a. peka på ett sådant fall då avtalsbrottet visserligen är väsentligt men en hävning skulle betyda en oproportionerligt

stor ekonomisk förlust för gäldenären. Då det gäller att i sådana situationer väga parternas intressen mot varandra, kan det vara riktigt att frånkänna borgenären hävningsrätt *med återopande dels av de ekonomiska verkningar, som en hävning skulle ha för gäldenären* (kurs. här), dels av frånvaron av vållande hos denne. Härvid har man också att beakta om borgenärens intresse i tillräcklig utsträckning kan tillgodoses på annat sätt än genom hävning.»

Också då gäldenären drabbats av ett socialt prestationshinder borde en motsvarande intresseavvägning åtminstone i vissa fall kunna leda till en begränsning av hävningsrätten. En sådan begränsning har ett visst stöd i det konkreta rättsmaterialet, framför allt i AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2. Huvudsyftet med dessa stadganden har varit att förhindra att säljaren vid social force majeure hos köparen omedelbart kan återta godset (en verkan av hävning) och därigenom vålla köparen den ekonomiska förlust återtagande normalt (också då avräkning sker) innebär (enligt AvbetL § 14 kan visserligen säljaren, trots socialt prestationshinder, erhålla en dom på återtagande; vid verkställandet av domen skall emellertid AvbetL § 11 beaktas).

Taxell (1972 s. 227) påpekar att AvbetL § 2.2 som ett undantag från gängse hävningsregler inte kan tillämpas analogt. Dock bör »Synpunkter av det slag, som lagrummet anger, ... kunna beaktas då fråga är om avtalsförhållanden i vilka det är angeläget att skydda den svagare parten».

Det bör alltså vara möjligt att begränsa hävningsrätten åtminstone i vissa sådana fall där hävningen uppenbart skulle medföra en ekonomisk förlust för gäldenären. Några konkreta exempel får belysa hur denna princip kunde tillämpas:

(i) *Återställande av prestation.* I de fall där hävning skulle leda till att gäldenären blir tvungen att återställa en prestation som han redan erhållit ligger analogier från AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2 särskilt nära till hands.

(ii) *Förfall av framtida prestation.* AvbetL § 2.2 och KSL 7:16.2 träffar uttryckligen s.k. *förfalloklausuler*, enligt vilka också framtida betalningsrater genast förfaller till betalning vid dröjsmål med betalningen av någon rat. Hävning kan ha samma effekt som en förfalloklausul. I ett sådant fall bör filosofin bakom de sagda stadgandena kunna återopas som ett argument för att begränsa hävningsrätten. Råkar en gäldenär t.ex.

vid ett avtal om kredit (inklusive försträckning) i dröjsmål med betalningen av en amortering eller en räntepost bör den omständigheten att dröjsmålet beror på socialt prestationshinder begränsa borgenärens (en bank etc.) hävnings- eller uppsägningsrätt i anledning av dröjsmålet.

(iii) *Hävning av vissa varaktiga avtal.* Enskilda personer är parter i många varaktiga avtal, vilka är av väsentlig betydelse för deras livssituation. Sådana avtalsförbindelser bör i möjligast hög grad bibehållas, om man önskar förhindra den utslagningseffekt som ekonomiska problem lätt kan ge upphov till. Utslagningen av personer som råkat ut för arbetslöshet, sjukdom etc. kommer mycket smärtsamt i dagen, om tillgången exempelvis till elektricitet, värme och telefonförbindelser avbryts. Vid avtalsförhållanden angående sådana »nödvändiga» nyttigheter skulle en social rättstillämpning förutsätta åtminstone en temporär begränsning av hävningsrätten, då gäldenären kan åberopa ett socialt prestationshinder. En sådan princip måste naturligtvis inkludera en motsvarande begränsning av leverantörens rätt att innehålla sin egen prestation (utöva detentionsrätt).

I en brittisk rapport från 1983 betonar *National Consumer Council/Welsh Consumer Council*: »we reaffirm our view ... that the fuel industries should collect their debts through the courts, like other creditors. Disconnection should be used only as a last resort, on the express authority of the courts, following the debtor's failure to keep to the repayment arrangements imposed upon him by the court» (ZERP Mat 3 s. 89).

I de fall där hävningsrätten är begränsad kan man likväl knappast hålla motparten bunden vid avtalet för all framtid. Förr eller senare närmar man sig säkerligen den gräns, efter vilken det kan anses uppenbart oskäligt mot motparten att tvinga honom att vidbli avtalet (se ovan 5.6.1.2.). I motiven till KSL 7:16.2 framhåller man uttryckligen, att »Ett hinder som blir långvarigt kan ... leda till ett oskäligt resultat» (*Reg.prop.* 88/1985 s. 32). Frågan, hurudant dröjsmål som kan anses så långvarigt, att hävningsrätt bör medges, kan knappast lösas med hjälp av en generell formel: vid olika typer av avtal och olika slag av motparter kan gränsen för skälighet uppnås mer eller mindre snabbt.

Avbetalningsköprättens regel att anstånd med verkställighet kan uppskjutas med *högst fyra månader* från det ansökan om handräckning gjordes (AvbetL § 11) kan tänkas ge en viss ledning för bedömningen.

5.6.3. Upphävning av avtalsbundenheten från gäldenärens sida

Som tidigare nämnades, bör möjligheterna att åberopa ett socialt prestationshinder knappast inskränkas till situationer, där gäldenären kräver lindring av en dröjsmålspåföljd. Åtminstone i vissa fall kan man tänka sig att ge gäldenären rätt att dra sig ur hela avtalsbundenheten med hänvisning till ett sådant hinder. Då denna rättsföljd är mer ingripande än påföljds lindring måste man likväl med hänsyn till motpartens intressen antagligen här oftare acceptera att den önskade rättsföljden inte inträder. Det konkreta rättsmaterial som föreligger beträffande möjligheten att upphäva avtalsbundenheten vid socialt prestationshinder är också så sparsamt (se främst ovan 3.7.2. p. iv samt ii), att det knappast är meningsfullt att i detta skede söka utarbeta några mer detaljerade riktlinjer för lösningen av de problem som anknyter till denna problematik. Det som sägs i det följande får snarast uppfattas som en skiss angående möjligheterna att utveckla läran om socialt prestationshinder i här angiven riktning. På denna punkt når man inte mycket längre i konkretion än vid beskrivningen av den allmänna generalklausulbaserade sociala avbeställnings- och uppsägningsrätten (se ovan 4.7.4.2.).

(i) *Avbeställningsrätt.* I avtalspraxis kan man påträffa force majeure-klausuler, som föreskriver att avtalet skall anses annullerat då en i klausulen avsedd händelse inträffat (se t.ex. *Godenhielm* 1954 s. 169 ff.). Frågan, i vilken utsträckning avbeställning av avtal skall anses möjlig, då några klausuler av detta slag inte föreligger, har varit omdiskuterad (se t.ex. *Lyngsø* 1971). Några klara regler kan man knappast ange. *Taxell* (1972 s. 165) uppdrar följande *allmänna riktlinje* för bedömningen:

»Part bör ges rätt att annullera ett avtal när han har ett faktiskt rättskyddsbehov som lämpligen kan tillgodoses genom att avtalsförhållandet upplöses. Ett sådant behov kan normalt sägas förutsätta *särskilda omständigheter* (kurs. här). Rätten till annullering får inte vara helt godtycklig. En förutsättning för annullering är att avtalsbundenheten kan elimineras på ett sådant sätt att motpartens intresse av avtalet tillgodoses i tillräcklig utsträckning.»

»Annulering kan sålunda ske om den annullerande parten t.ex. till följd av omöjlighet eller force majeure hindras att utnyttja den avtalade prestationen. Också andra hinder kan motivera en annullering.»

Socialt prestationshinder kunde väl tänkas utgöra sådana »särskilda

omständigheter» som skulle ge den som drabbats av ifrågavarande tilldragelse rätt att avbeställa avtalet. Åtminstone i fall, där motparten inte lider någon nämnvärd skada av avbeställningen, är det svårt att se, varför en sådan rätt inte kunde accepteras. Också i sådana fall, där motparten visserligen i princip lider en skada, men där han kan beakta »avbeställningsrisken» i sina kalkyler ter sig en avbeställningsrätt föga stötande. I andra fall är det inte uteslutet, att man som en förutsättning för avbeställning måste kräva, att avbeställaren ersätter motparten hans skada p.g.a. avbeställningen.

I den begränsade regleringen av avbeställning i köplagsförslaget (*NU 1984:5*, lagförslag § 58.2, *Reg.prop. 93/1986*, § 52.2) behandlas avbeställning som ett avtalsbrott, till vilket alltid anknyter skadeståndsskyldighet för avbeställaren. Denna reglering är emellertid i första hand utformad med tanke på skeppsbyggnadskontrakt och liknande kommersiella avtal och är inte avsedd att uttömmande reglera institutet avbeställning eller annullering. Den kommande köplagen utgör därför på denna punkt knappast något hinder för utvecklingen av läran om socialt prestationshinder.

(ii) *Returrätt*. Avbeställning kan ske innan parterna presterat. Vid avtal, där parterna skall prestera vid olika tidpunkter (t.ex. kreditköp), kan en part som redan erhållit prestation, men vars egen prestation ännu är utestående, tänkas råka i en situation, där han önskar återropa social force majeure och returnera den erhållna prestationen. Hänsynen till motpartens intressen medför dock, att man uppenbarligen mer sällan i ett sådant läge i dag bör medge en returrätt (jfr *Reifner*, ovan 5.3.2., som anser att man i tysk rätt kunde gå längre). I fall där t.ex. en såld vara kan återställas till säljaren i väsentligen oförändrat och oförminskat skick (detta uttryck används i KSL 6:4.1) kunde kanske en av socialt prestationshinder betingad returrätt vara tänkbar.

Det är skäl att notera, att man i tidigare skeden av beredningen av konsumtionskreditlagstiftningen föreslog en generell returrätt, av liknande slag som vid hem- och postförsäljning (KSL 6 kap.), vid kreditköp (se *KM 1977:30*, § 9 och *OLJ 8/1982*, §§ 14—16). En sådan returrätt vid kreditköp intogs emellertid inte i regeringens proposition med förslag till lagstiftning om konsumentkrediter (*Reg.prop. 88/1985*). Av den omständigheten att man inte i lagen velat införa en *generell* returrätt vid kreditköp kan man likväl knappast dra slutsatsen att *ingen* returrätt skulle komma i fråga, ens vid socialt prestationshinder.

(iii) *Uppsägningsrätt vid långvariga avtal*. Som tidigare framhållits (4.7.4.2.) är tröskeln för en social uppsägningsrätt vid långvariga avtal uppenbarligen lägre än för en social avbeställningsrätt. De få konkreta avgöranden som gäller inverkan av socialt prestationshinder på avtalsbundenheten statuerar just en sådan uppsägningsrätt (se vidare även 3.7.1.3.). I ett konkret avgörande som refererats tidigare (3.7.2. p. iv) har KO hävdats, att man vid konsumentköp håller på att godta att social force majeure särskilt vid långvariga avtal ger konsumenten rätt att häva avtalet mot skälig ersättning.

I det sagda ligger, att uppsägning bör kunna ske utan ersättning i den mån nämnvärd skada för motparten inte uppstår. Detsamma borde gälla för fall, då motparten kunnat kalkylera »uppsägningsrisken» (jfr ovan p. i).

SUMMARY

SOCIAL CIVIL LAW

On need-oriented elements in the general principles of contract law

Chapter I. Introduction

This book represents an attempt to illuminate the possibilities of an alternative legal dogmatics by a concrete legal study. The study deals with problems within the general part (*allgemeine Lehren*) of contract law: a future-oriented legal dogmatics, which in a deeper sense seeks alternative solutions to legal problems, has to devote attention primarily to *the general principles and concepts* (the system) of the law. These delimit the scope of legal science; only by developing them is legal science sufficiently able to pay attention to the possibilities connected with the development of society.

The work focuses on the way the parties are described in the norms of contract law. The following question is asked: to what extent is it possible to deviate from the abstract formal way of describing the parties, and consider *the economic and social position of the concrete party* to be a relevant legal fact? Or in other words: to what extent may the redistributive goals of (some parts of) social law in the »welfare state» be imported into civil law — a »*social civil law*» (1.2.2.)?

Legal dogmatics is building the general principles and concepts of a

certain field of law by using the available »*concrete legal material*». Without some connection to such a material (legal enactments, cases, preparatory works, legal literature etc.) the principles and concepts developed by legal doctrine are not *legal* but moral principles and concepts. A critical legal dogmatics may, of course, reassess the relative weight of these sources: a typical example is the West German attempts to use the social state clause in the constitution as an argument in civil law (the same possibilities are not offered by the Finnish constitution). That, however, may not lead to a total abandonment of the concrete legal material, if one claims to take part in a legal discourse (1.1.3.).

In traditional legal doctrine the legal order is often thought of as a homogeneous whole without inner conflicts. The central point of departure for the various theories concerning alternative legal dogmatics presented in different countries is a critique against this notion. The notion of law as something with deep inner (value-) *conflicts*, in one way or another reflecting the conflicts of society, is emphasized.

This notion is of central importance when discussing the creation of the general parts of the law. If the concrete legal material is based on conflicting values, the creation of a system of principles and concepts always presupposes a choice: which values shall be considered to be main principles and which only exceptions? In other words: one has not necessarily to respect the prevailing views concerning main rules and exceptions when building the general part of contract law. A »*switching of the principles*» is possible (1.1.2.).

The choice of main principles in the conflicting material cannot be made on the basis of intralegal deliberations, but is to be determined by criteria which are »outside of the law». In principle the choice is political and depends on the author's conception of society and his opinion concerning which groups in society the law should protect. In general terms the goal of the analysis in the present work is to increase the possibilities of taking into account in contract law the special needs of groups with less economic and other resources.

The general principles and concepts of some branch of the law often function as an obstacle for the development of the concrete legal norms. However, as history shows, this is not a necessary function of these principles: they might as well be forerunners of the legal development. By

creating such future-oriented principles and concepts — which is the goal of this work — the category of the *socially possible* is of central importance. In order to be practically relevant, the principles should mirror the possibilities for development which an analysis of the economical and political situation reveals. As already stated, at the same time, in order to be legal, they should build on values which at least to some extent are expressed in some concrete legal material; that is, they should be *legally possible*. In other words: a future-oriented legal dogmatics works in the framework of the dialectics between the existing and the possible (1.1.4.1.).

The development of contract law presupposes new *material* general principles and concepts of this branch of the law. The debate concerning a new procedural (or »reflexive») rationality of law is not considered to render such a goal obsolete from the point of view of a progressive legal dogmatics. The critique against the prevailing material rationality of the law, according to which the law as an external system tends to destroy the »life-world» of the citizens, is not appropriate when discussing the development of contractual norms. These norms do not — even when they are obligatory — impose any solutions on the parties which neither of them wants: nobody forces the weaker party to make use of his legal rights. On the contrary: when the conflict is solved outside of the courts — which is usual — material norms, aiming at a protection of the weaker party, strengthen his position in the negotiations and thereby form a prerequisite for a truly »reflexive» solution. The problem of unequal power needs a material solution (at least in the shorter time-perspective of legal dogmatics). And further: the critique against the ineffectiveness of the material norms must not necessarily lead to an abandonment of such norms. It seems more likely that a functioning social civil law needs norms of *both material and reflexive rationality* which support each other. The new »procedural» organs of e.g. consumer law would be very ineffective if they were not supported by a material regulation. The development of the general principles of contract law should aim at a strengthening of this material support (1.1.4.3.).

Chapter II. On the »juridical roles» of contract law

The concept »role» has been much used in the discussions concerning contract law. It has, however, in this context been given various meanings: some authors use a sociological or an economic role-concept, others use »role» as a concept of differentiation of norms while still others talk of roles when they refer to norms as abstractions. In this work »role» is used with a broader reference: by *juridical role* is meant the way in which *a legal norm describes the parties* to which the norm is applicable (2.1.).

The materialization of contract law during the Twentieth Century has brought about a style of regulation which to a greater extent than before differentiates between persons. From the point of view of the role-concept one could also talk about *an increasing role-specialisation*. Many examples of this tendency are discussed in the legal literature throughout the developed world (2.2.1.). The examples, however, are often presented in a rather unanalytical fashion. A closer analysis and typification of the specialized role-concepts is therefore needed. The analysis here is focused on the »weaker-party-roles», of which three types are distinguished:

(i) *Formal roles*. The protection of the weaker party is often implemented by norms which use formal role-concepts. The content of the regulation is an expression of a material rationality but its methodology is still formal. The policy-holder in an insurance contract or the buyer in a hire-purchase-agreement is protected whether or not he is weak and whether he is a private person or an enterprise. Although these regulations in legal literature often are called »person-oriented» they only *seem* to differentiate between different persons (2.2.2.).

(ii) *Function-related roles*. There are also role-concepts which refer to the purpose for which a party makes a contract and which function he plays on the market. The most important function-related role of this kind is the *consumer*. This concept — at least in the law of the Nordic countries — is beginning to gain the status of a central starting point in the systematization of contract law. As every (physical) person can act as a consumer this concept, however, is still not a really person-related one. The concept does not yet express the creation of a social civil law which specially aims at supporting economically and socially weak groups in society (2.2.3.).

(iii) *Person-related roles*. However, there are also norms for which the applicability is delimited to certain classes of persons. As criteria for such limitations one could mention e.g. the following: expertise, profession, wealth, social class and sex.

Such person-related criteria may be given relevance for different reasons. In some cases one may attach importance to some properties of a person, because these properties give him a certain ability (or, when one speaks of weaker parties, lack of ability). There are many examples in contract law of situations in which the ability of a party is relevant; the best examples are found in the doctrines concerning the formation of a contract. In other cases, however, some properties of a person are taken into account while these properties are thought to reflect some special need of that person. In other words, one may distinguish between *ability-oriented roles* and *need-oriented roles*. Misusing a known phrase one could say that the former are connected with the first part and the latter with the second part of the principle that everyone should be judged according to his ability and allotted according to his needs (2.2.4.).

The object of this study is the *development of need-oriented roles in contract law*. The analysis is connected with a discussion in Finnish critical literature on legal theory, according to which the traditional rationality of subsumptional logic is to an increasing extent replaced by goal-rational and need-rational models of argumentation. The development, according to this theory, should be driven in the direction of a need-rational law, where the rationality of a decision is judged by its effects on the concrete and real needs of the members of society (2.3.1.).

Need-oriented concepts in this context are concepts which attach (positive) relevance to a party's poverty, low income, illness, unemployment etc. The »needs» are person-related needs and not e.g. general consumer needs or the »normal needs» of the citizens (2.3.2.).

In contract law such needs may be noted in two ways. One may pay attention to the needs of the creditor when determining his right to get (an increased) payment or other performance from the other party, or one may be interested in the possibility of the debtor to escape from (a part of) his obligations on the basis of his needs. In the former case one could talk about a *need-oriented creditor-role* and in the latter about a *need-oriented debtor-role* (2.3.2.).

The possibilities of paying attention to a party's needs is today often founded on *general clauses*, which give the courts a rather wide discretion. One may ask whether one should at all strive towards a conceptualization of such a materia. Does not a free judgment *in casu* give the court the greatest possibilities of taking the concrete needs of the parties into account? On the one hand it is obvious that an adequate need-program presupposes a flexible regulation. On the other hand, however, there are no guarantees that the courts in practice would use a flexible program to promote the interests of social groups with less resources. Therefore the aim should be the creating of a model of argumentation which, to the extent possible, combines the need-oriented content of some new elements of contract law with the formal value of legal security. This may be effected by the *development of need-oriented general principles and concepts* which strengthens the security by clarifying new main points of legal argumentation, but as mere guidelines are flexible enough to permit an adequate reflection of the concrete needs of the parties (2.3.3.).

Chapter III. The concrete legal material

The status of the need-oriented elements is not the same in all parts of civil law. There are various degrees of sensibility towards a need-oriented thinking: in family law especially the rules on alimony, which form a kind of private social law, are traditionally need-oriented and the social security function of the law of inheritance is also noted in the legal literature. On the other hand, the law of property is often thought of as a very formal body of law: in this context one may, however, find, in a rather old Finnish statute (1937), the express role »manual worker or a person economically comparable to him» (3.1.).

Five groups of regulations from the law of obligations should be mentioned in this context:

(i) *The need of housing in the law of tenancy.* Especially in the rules concerning postponement of the obligation to move away when the contract is terminated, protection is offered to the *presumptively homeless tenant* (3.3.).

(ii) In Finnish (and Swedish) *tort law* (3.4.) the Act on Torts (in Fin-

land from 1974) has meant a considerable increase in the possibility of the courts to freely judge the fairness of the damages which should be awarded.

Theoretically most important is the general clause concerning adjustment of damages which would be unreasonable burdensome for the person liable to pay. Although this provision obviously was meant as a kind of »safety-valve» which would enable the courts to adjust the damages, when a »small» negligence had caused extraordinarily large damage, the Supreme Court has used it more as a general principle of fairness and also adjusted quite limited amounts of damages (some thousand marks, e.g. when an insurance company has sought to recover from an individual person with low income). The court practice concerning the provision in question in other words offers a good basis for creating need-oriented role-concepts; the »poor debtor» is to some extent protected by the courts (3.4.3.2.).

The provisions in the Act on Torts concerning the liability of employees (3.4.3.4.) and children (3.4.3.5.) prescribe, as a general rule, that the liability to pay damages and the amount of damages should be freely determined by the courts according to the circumstances in each case. Also in these cases the economic situation of the parties is considered relevant.

The need-oriented principles of tort law are considered to be applicable by analogy also to contractual damages (3.4.3.9.).

(iii) The rules concerning *unjust enrichment* are not codified in Finnish law. In court practice concerning the liability to repay such enrichment some social arguments have been deemed relevant. When, e.g., a full repayment of unjustly collected wages, alimony etc. would lead to unreasonable results for the debtor with regard to his economic situation, the claim may be adjusted, at least when the debtor was receiving the money in good faith (3.5.).

(iv) Probably the most important concrete rules worth mentioning in this context are the rules on *mitigation of sanctions* in case of »*social force majeure*». Such rules are contained in the Hire-Purchase Act and the new legislation on consumer credits in general (Chapter 7 of the Consumer Protection Act) as well as in the Act on Interest which deals mainly with interest on delayed payments. The main idea of the provisions

referred to is the following: a debtor, who has encountered difficulties in repaying his debt because of unemployment, illness and other similar causes, should to some extent avoid harsh agreed upon sanctions and full liability for interest (3.6.).

(v) The general provisions concerning *adjustment of unfair contracts* in the Contract Act and the Consumer Protection Act as well as the provisions concerning the right of the Consumer Ombudsman to regulate unfair contracts have in some cases been applied in a need-oriented fashion. These cases are often rather similar to the cases dealt with under i—iv. The contractual general clauses have functioned as a kind of a gate through which the need-oriented deliberations of tort law and family law have been brought into contract law and also as a basis for generalisations of specific need-oriented regulations in contract law (3.7.).

Chapter IV. Towards need-oriented general principles

The analysis of the concrete legal material reveals the possibility of a new perspective on the traditional system of the law of obligations. The rapid growth of need-oriented rules and cases makes it possible to discuss to what extent one could strive at a »switching of the principles» in a need-oriented direction (4.1.). One may try to develop need-oriented role-figures as a means of assistance when applying and interpreting norms of contract law or even as a basis for independent norms (4.2.).

The need-oriented cases have been mostly concerned with the debtor's need of mitigation of his obligations. As *need-oriented debtor-roles* developed in practice may be mentioned (4.3.1.):

- the debtor with limited assets,
- the debtor needing a dwelling,
- the debtor with low income,
- the unemployed debtor,
- the ill debtor,
- the debtor with limited work experience and education,
- the debtor with considerable duties of maintenance and
- the small enterprise debtor with a limited economic basis.

The role mentioned lastly is interesting while, in considering the needs of the debtor, one may take into account to some extent not only the personal needs of the entrepreneur, but also the needs of his employees (4.3.2.).

Although there still exist such economic and social needs in society, which should be fulfilled in a so-called welfare state, this is not a sufficient argument for need-oriented solutions in the law of obligations. The fulfillment of one party's needs, in this field, is always effected at the other party's expense. One should therefore argue why and in which situations this party should *finance* the fulfillment of the first party's needs. On the basis of the concrete legal material four grounds for such a responsibility may be discussed:

- (i) *Enterprises* may be appropriate financers; the large enterprises in particular are commonly thought of as some kind of semi-public institutions which should have some social responsibility. They are also often able to spread the economic burden of such a responsibility through the price-mechanism (4.4.2.).
- (ii) *Owners* of socially important types of property (esp. dwellings) may have to accept some social responsibility in connection with that property (4.4.3.).
- (iii) The fairness-based rules in tort law may be founded on the idea of *solidarity between those involved in an accident* (4.4.4.).
- (iv) The members of a *social community* (like the family) may have special social responsibilities towards each other (4.4.5.).

There is still one general problem to consider: the relation between need-oriented rules and the market (4.5.). How is it possible to prevent the negative effects of need-oriented principles on the contracting possibilities of the persons protected by such principles? How may one avoid that a regulation, which protects the unemployed debtors, results in an increased deterioration of the possibilities of unemployed persons to obtain credit? One answer might be: by developing the rules of *compulsory contracts*. Such rules, however, are rather poorly developed in Finnish law and should form the object of a more thorough investigation than is possible in this context. On the basis of the concrete legal material, only the possibilities of need-oriented solutions in those parts

of contract law which are not governed by rules on compulsory contracts are discussed in this context. Three situations or prerequisites may be mentioned:

- (i) If the needs are »*subsequent needs*», which appear after the contract has been made, the negative effects mentioned above might not arise (4.5.2.). The market does not prevent the creation of such principles concerning »social force majeure» which are dealt with in Chapter V.
- (ii) The negative effects of a need-oriented regulation on the contracting possibilities of the group of persons protected is probably strongest when this group is exactly delimited and the legal consequences of the regulation are clear. When the protection is offered by general clauses, the application of which is to some extent uncertain, the risk of negative effects is lesser. Most of the cases in the concrete legal material are of this kind. The role-concepts developed on the basis of these cases are both *degree-concepts*, which refer to properties which exist to a greater or lesser degree (e.g. poverty), and *guideline-concepts*, which always should be weighed against other arguments when determining the legal consequences of applying the concept (4.5.3.).
- (iii) In questions of *limited general importance* (although they may be important in an individual case) a need-oriented regulation may also be possible (4.5.4.).

As the general need-oriented principles mainly must be founded on degree- and guideline-concepts the concrete examples of the application of these principles must be rather vague. As possible examples of a need-oriented protection of *creditors* the increased possibility to adjust an insurance contract, when the insured who has suffered damage is in special need of recovery, or to adjust a contract on sale of a house with regard to the parties' need of a dwelling could be mentioned (4.6.). The need-oriented protection of *debtors* is, with regard to the concrete legal material, easier to develop and also easier to defend on grounds of practical need (4.7.1.). One could even state as a general main principle: in the application (adjustment, interpretation and filling out) of contracts one should take into account the poor economic situation (and other

concrete needs) of the debtor as *one* argument for restricting his obligations (4.7.2.). The possible examples of how this principle could be applied are manifold (see 4.7.4.).

Chapter V. »Social force majeure«

As stated above, there seems to be the best chances for developing new need-oriented principles in the case of so-called subsequent needs. There also seems to be a rather obvious need for such principles: many studies in different countries show that late payments of debts of natural persons in most cases are due to unemployment, illness, marital problems or other similar occurrences which have affected the debtor (5.2.). It is therefore not surprising that there are attempts in other countries as well to deal with the problem by a new interpretation of the law or by legislation (5.3.).

In view of the rather coherent bulk of concrete legal material concerning the effects of subsequent events of the kind mentioned, there seems to be a good case for defending a *new general principle* of »social force majeure« (or better: »social obstacle for performance«, see 5.4.2.), in contract law (5.4.).

There should be at least four prerequisites of such social force majeure:

- (i) The debtor should be affected by some *special occurrence*. It is not advisable to try to draw a complete list of relevant occurrences. The most important may be grouped under the headings: changes in the health situation, in the work situation, in the housing situation or in the family situation of the debtor (5.5.2.).
- (ii) There should be a *causal connection* between that occurrence and the debtor's difficulties to perform. The occurrence should have lead to economic difficulties for the debtor; a wealthy debtor who has enough other resources is not protected by the need-oriented principles concerning social force majeure (5.5.3.).
- (iii) If the debtor *foresaw* the occurrence at the time when the contract was made he should not be able to rely on it (5.5.4.).
- (iv) The fact that the occurrence is caused by the debtor's own *fault* should also prevent his reliance on the doctrine of social force majeure (5.5.5.).

The prerequisites of social force majeure are rather clear. The legal consequences of the doctrine are more uncertain. As a general starting point one may assume that social force majeure should lead to a *mitigation of the sanctions* imposed upon the debtor who is not able to pay in time (5.6.2.). As social force majeure, in view of the concrete legal material, cannot lead to a postponement of the due day for performance, the relevance of an occurrence of the kind in question should be determined separately in relation to each type of sanction. The appropriateness of the doctrine seems most obvious in connection with claims on damages (and interest on delayed payment); although *e.g.* the proposed general Act on Sales does not contain any provision of the kind, social force majeure should generally be considered a sufficient ground for exemption from the liability to pay damages. In *some* cases, when avoidance would cause economic losses to the debtor, social force majeure should also prevent the creditor, at least for some time, from avoiding the contract; this is especially important in the case of permanent contracts concerning necessary utilities like electricity, telephone connection and heating.

In some cases one could even go further and recognize a right for the debtor to *withdraw* from a binding contract or to *terminate* a contract of long duration, when he is hit by social force majeure. These principles, which are supported by some decisions of the Consumer Ombudsman, since the material is rather vague, cannot as yet be developed into greater detail (5.6.3.).

RÄTTSFALLSREGISTER

HD

1972 I 1	114, 115, 117
1972 II 82	84
1977 II 74	112, 114
1977 II 103	62, 64
1978 II 30	86
1978 II 75	85
1978 II 133	116, 117
1978 II 149	103, 105, 109
1979 II 14	91, 93, 94, 95, 109
1979 II 55	116, 117
1979 II 72	112
1980 II 13	102
1980 II 39	63
1980 II 42	140
1980 II 49	64
1980 II 50	91, 110
1980 II 64	100, 101, 110, 112
1980 II 67	102, 103, 106, 107
1981 II 10	91
1981 II 20	102
1981 II 23	91, 93, 94
1981 II 39	106, 108
1981 II 49	62, 64
1981 II 54	101, 109, 112
1981 II 92	160
1981 II 102	91, 92, 93, 94, 110
1981 II 106	100, 101
1981 II 124	91, 93, 94, 95, 103, 105
1981 II 140	134, 140, 173
1982 II 103	63, 91
1982 II 107	91, 93, 101
1982 II 140	103, 105, 110
1982 II 168	101
1982 II 192	131
1983 II 26	102
1983 II 78	131

1983 II 174	114, 116, 117, 152
1983 II 176	114, 117, 144
1984 I 1	135, 176
1984 II 28	95
1984 II 43	106
1984 II 47	91, 106, 153
1984 II 83	138, 139
1984 II 93	104, 108, 109
1984 II 182	91, 110
1985 II 23	96, 110
1985 II 29	67
1985 II 36	132
1985 II 51	91, 93, 109, 112, 113
1985 II 82	91, 93
1985 II 101	107
1985 II 154	91, 106
1985 II 171	136, 138, 176

MD

1980:13	63
1981:9	63
1982:14	63
1983:3	63
1984:11	63
1986:6	136

KO

82/40/1166	137
84/40/3689	137

Helsingfors hovrätt

29. 6. 1977/81	135
11. 12. 1985/751	117

Östra Finlands hovrätt

13. 12. 1984/1856/84	174
----------------------	-----

Thomas Wilhelmsson

SOCIAL CIVILRÄTT

I Social civilrätt behandlas, på grundval av en teoretisk analys av vissa utvecklingstendenser i kontraktsrätten, frågan, vilken relevans en parts ekonomiska och sociala ställning bör tillmätas i kontraktsrättsliga och obligationsrättsliga avgöranden. Diskussionen, vars mål är en utveckling av kontraktsrättens allmänna läror, har direkt praktisk betydelse. Arbetet innehåller bl.a. en detaljerad, på rättspraxis grundad beskrivning av problem i anslutning till jämkning av skadestånd, jämkning av avtal och jämkning av ränta. Särskild uppmärksamhet ägnas rättsinstitutet »social force majeure».

ISBN 951-640-323-9