112

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

JOEL SAMUELSSON

Tolkning och utfyllning

Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema

IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok.se

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 vidaredistribuera 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 gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44cc

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

112

Redaktör: Petter Asp

Till Titti

Tolkning och utfyllning

Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema

Joel Samuelsson

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Joel Samuelsson. Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema. Interpretation and Construction. Investigations into a Theme of Contract Law Theory. Iustus Förlag AB, 660 pp. Uppsala 2008. ISSN 0282-2040. ISBN 978-91-7678-691-8.

This is a thesis in contract law concerning the distinction between *interpretation* of contracts ("tolkning") and *construction* of contracts ("utfyllning") traditionally upheld within Scandinavian doctrine. To some extent, this distinction has always been a source of conceptual confusion, but in late-modern times, it has, in certain respects, become almost unintelligible – owing to the gradual loss of function of the form of rationality that originally sustained it. The distinction is now a mere artefact. In itself, this fact does, of course, not make this particular conceptual contraption exceptional. As they are absorbed into the language of contract law, *all* successful contract law concepts undergoes a process of reification. In the case of the distinction between interpretation and construction, the result is, however, unusually curious.

In its traditional form, the distinction expresses the hope for a law of contract that is organized according to *scientific* principles. It rests on the assumption that it is desirable and possible, in principle, to separate science from non-science. It presupposes that questions of fact are separable from questions of law, Is from Ought, and the uncovering of the meaning of legal documents from the application of the rules they contain. The distinction promises that it is possible to escape the confines of the law-text, to reach beyond the text and the play of words constituting its interpretation, in order to ground interpretive discourse in factual reality. Yet, the distinction itself is nothing but text, i e, nothing but law.

Drawing on the Kantian tradition, specifically on the writings of Wittgenstein, the author subjects this contradictory structure to criticism. The aim of the study is, however, not to once and for all *remove* the contradiction. On the contrary, the policy advocated is one of acceptance – mediated through historical awareness. By distancing ourselves from the vision of law and science that is immanent in the distinction under scrutiny, we would be able to come to terms with the hermeneutical side of contract interpretation, and with the inscrutability of the subjective dimension of the contract construct. When interpretation is called for, it is due to the very fact that there is no verifiable intention, yet the conclusions of the interpreter are given in the form of reports on what the parties actually intended. This, the author concludes, does not make the interpretation of contracts unscientific, even though we, being Scandinavian private law lawyers, were fostered to think otherwise.

Joel Samuelsson, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 512, 751 20 Uppsala

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2008
ISSN 0282-2040
ISBN 978-91-7678-691-8
Sättning: Kristian G. Madsen, Uppsala
Omslag: John Persson
Tryck: Edita, Västerås 2008
Iustus Förlag, Box 1994, 751 49 Uppsala, Tel: 018-65 03 30
Hemsida: www.iustus.se, E-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Jag tackar min handledare, professor Håkan Andersson – inte bara för att han på ett enastående sätt fullgjort sitt handledarskap, utan också och därutöver för att han genom sitt exempel övertygat mig om, att rättsvetenskapande kan vara en djupt meningsfull sysselsättning.

Min vän och doktorandkollega Mikael Hansson tackar jag för många års givande, vetenskapliga, samtal – de har varit av stor betydelse, och det har även den skarpsinniga kritik, som doktoranden Peter Strömgren utsatt mina idéer för.

För hjälp, råd och dåd – i olika former och i olika skeden av processen – tackar jag professor Torbjörn Andersson, docenterna Thomas Bull och Bo Wennström, jur dr Eric Bylander, doktoranderna Ewa Axelsson, Maria Forsberg, Sandra Friberg, Henrik Forshamn, Carl Martin Gölstam, Anna-Sara Lind, Annika Nilsson, Mosa Sayed och Mikaela Sonnerby, jur kand Johan Hultgren, jur kand Linda Skoogh samt jur stud Gustaf Almkvist.

Deltagarna vid fakultetens seminarier i civilrätt, allmän rättslära och processrätt har haft vänligheten att kommentera utdrag ur tidigare versioner av texten.

Juridiska fakulteten i Uppsala, Institutet för rättsvetenskaplig forskning och Emil Heijnes stiftelse tackar jag för förtroendet.

I tacksamhetsskuld står jag, slutligen, även till min fästmö, Christina Wass. Jag är skyldig henne tack, till exempel för hennes tålamod, och för alla de kakor och bullar som hon försett mig med under doktorandtiden.

Uppsala i mars 2008

Joel Samuelsson

Innehållsförteckning

Förord *5*

Förkortningar *13*

FÖRSTA AVDELNINGEN

1 **Upptakt** *19*
1.1 **Frågeställningen** *19*
1.2 **Metod och syfte. Utgångspunkter** *28*
1.2.1 Inledning *28*
1.2.2 Den klassiska normativa kritiken av avtalsrätten *30*
1.2.3 Den deskriptiva kritikens begrepp *35*
1.3 **Plan över framställningen** *49*

2 **Den moderna avtalsrättens problem – om behovet av språkkritik på avtalsrättens område** *54*
2.1 **Inledning – något om språkkritik och juridik** *54*
2.2 **Efter den moderna avtalsrätten** *59*
2.2.1 Hur modern är den moderna avtalsrätten? *59*
2.2.2 Från form till materia – modern avtalsrätt enligt Wilhelmsson *63*
2.2.3 Den stora generalklausulen som den moderna avtalsrättens symbol *74*
2.2.3.1 Inledning 74
2.2.3.2 Ett tidens tecken 76
2.2.3.3 En traditionalistisk tolkning av 36 § AvtL 83
2.2.3.4 En progressiv tolkning av 36 § AvtL 84
2.2.3.5 Avslutning 86
2.2.4 En spricka i paradigmet *88*
2.2.4.1 Kurt Grönfors – avtalsrätten förkroppsligad 88
2.2.4.2 Fullmaktsgrundande rättsfakta och frågan om avtalsrättens beskaffenhet 92

2.2.4.3 Omkastning av de klassiska utgångspunkterna 96
2.2.4.4 Den Grönforska avtalsrättens materialitet 101
2.2.4.5 Det materiella paradigmet är inte enhetligt 104
2.2.5 Linjer i avtalsrättens sentida utveckling *110*
2.2.6 Det språkkritiska alternativet *139*
2.2.6.1 Är det möjligt att övervinna modernismen i avtalsrätten? 139
2.2.6.2 I kampen om det avtalsrättsliga språket 142
2.2.6.3 Vi kanske inte behöver veta vad avtalsrätt är 148
2.2.6.4 Det finns ingenting att förklara 151
2.3 Avslutande anmärkningar – några invändningar *155*

3 Språkkritikens mål och medel – teknikens särart *160*
3.1 Inledning – om enhet och mångfald i avtalsrättsvetenskapen *160*
3.1.1 Rekapitulation *160*
3.1.2 Vad som får sägas – och vad som kan sägas *161*
3.1.3 Om vad som närmast följer *164*
3.2 En referenspunkt – Vahléns teknik, Vahléns ambitioner *165*
3.3 En annan typ av kritik *172*
3.4 Jargong och kritik *181*

ANDRA AVDELNINGEN

4 Inledning – en metafor *193*
4.1 Det som är tecknat är inte verkligt *193*
4.1.1 En episod ur "Krazy Kat" *193*
4.1.2 Utläggning *194*
4.2 Från "Krazy Kat" till tolkning och utfyllning *196*
4.3 Avdelningens uppbyggnad *201*

5 Distinktionen mellan tolkning och utfyllning i praxis och doktrin – ingenting här, ingenting där? *210*
5.1 Inledning. Den ursprungliga distinktionen *210*
5.2 Vad är det som vi talar om, när vi talar om tolkning? *216*
5.2.1 En inte fullt så oskyldig början *216*
5.2.2 Om rättskälleläget *218*
5.2.3 Två tolkningsbegrepp? *221*
5.2.4 Bakom fasaden – den egentliga tolkningen *226*

5.3 Där gränsen mellan tolkning och utfyllning dras *232*
5.3.1 Ett instrument i den realistiska jurisprudensens tjänst *232*
5.3.2 Distinktionens grund *234*
5.3.3 Något om problemets historiska rötter *239*
5.3.4 Ett icke avgörande avgörande *246*
5.3.5 Distinktionens mytiska beskaffenhet *256*
5.4 Mellan traditionalism och traditionskritik *266*

6 Riktningsangivelse *270*
6.1 Inledning *270*
6.2 Något om var undersökningens föremål kan tänkas befinna sig *272*
6.2.1 Gränsen mellan tolkning och utfyllning är inte skarp *272*
6.2.2 Spelanalogin – ett stöd för tanken *277*
6.3 Så ... vad annat är nytt? *283*
6.3.1 Inledning *283*
6.3.2 Schackspelsmetaforens användning i traditionell förmögenhetsrättslig teoribildning *284*
6.3.3 Om behovet av återerinring *289*

7 Begrepp, verklighet och minnet av rättighetsdebatten *295*
7.1 Inledning *295*
7.2 En form av ursprung – Lundstedt och Undén, sanning och funktion *300*
7.2.1 Uppsalaskolan och det juridiska språket *300*
7.2.2 Undéns alternativ – funktionsbegrepp och substansbegrepp *302*
7.2.3 Magi och ändamålsenlighet *305*
7.3 Meningsfrågan väcks – från Uppsala till Cambridge *310*
7.3.1 Inledning *310*
7.3.2 Frege och den analytiska filosofin *313*
7.3.3 Logisk analys i praktiken – Frege och Russell om betydelsebegreppet *318*
7.3.3.1 Inledning 318
7.3.3.2 Sinn und Bedeutung 320
7.3.3.3 Kungen av Frankrike är skallig – Russell om denotation 324
7.3.4 Avslutning – den logiska analysens program *331*

7.4 **Hedenii fadermord – det Hägerström-Lundstedtska misstaget** *333*
7.5 **Rättighetsdebatten. Upprättelse för den juridiska terminologin?** *349*
7.5.1 Inledning – Uppsalaskolan pacificerad *349*
7.5.2 En öppning – den juridiska terminologin i stöpsleven *352*
7.5.3 Rättighetsdebatten i officiell bemärkelse *360*
7.5.3.1 Inledning – Ekelöfs uppgift 360
7.5.3.2 Ekelöf för Uppsala – den nya tidens terminologi 361
7.5.3.3 Om vad som nu stod på spel – den scientistiska utmaningen 368
7.5.3.4 Saken når sin fullbordan 376
7.6 **Ekot av rättighetsdebatten** *384*
7.6.1 Inledning. En ny början? *384*
7.6.2 Skymning över svensk förmögenhetsrätt *386*
7.6.3 Rättighetsdebattens spår i den moderna avtalsrätten *395*

8 **Åter till texterna** *408*
8.1 **Till den juridiska livsvärldens försvar** *408*
8.2 **Ekelöf och Humpty Dumpty – om det juridiska språkets särart** *411*
8.3 **"Funktionella" begrepp och faktiskt språkbruk** *416*
8.3.1 Inledning *416*
8.3.2 Tolkning och utfyllning ... som kopplingsbegrepp? *419*
8.3.3 Antisubjektivismen inom avtalsrätten som exempel *425*
8.3.3.1 Inledning – terminologiska bekymmer 425
8.3.3.2 I kamp mot texten – rättslitteraturen 428
8.3.3.3 I kamp mot texten – lagstiftningen 435
8.3.3.4 I kamp mot texten – rättspraxis 437
8.4 **Metafysiken låter ingen slippa undan** *442*
8.5 **Det sätt på vilket rätten är som schack** *458*
8.5.1 Inledning *458*
8.5.2 Återblick *458*
8.5.3 Schackspelsanalogin kan liknas vid ett drag i ett spel *461*
8.5.4 Där frågan står *471*

9 **Realism och hermeneutik – en lek med ord** *476*
9.1 **Inledning** *476*
9.2 **Realism är inte hermeneutik – hermeneutik är inte realism** *479*
9.2.1 Distinktionen mellan form och materia som retorisk figur *479*
9.2.2 Tolkning i den döda vinkeln *489*

9.2.3 Innanför och utanför texten *494*
9.2.4 Realism och hermeneutik *502*
9.3 Förutsättningslärans tidiga historia som exempel *513*
9.3.1 Inledning – kort om den historiska förbindelsen mellan förutsättningsläran och distinktionen mellan tolkning och utfyllning *513*
9.3.2 Objektivismens seger över subjektivismen – den moderna förutsättningslärans tillkomst *517*
9.3.2.1 Inledning 517
9.3.2.2 Windscheids lära – förutsättningen som viljebegränsning 519
9.3.2.3 Kritikerna – objektivt framför subjektivt 527
9.3.3 En alternativ framställning – subjektivism och objektivism utifrån sett *531*

10 Viljan som sak – den processuella kopplingen *538*
10.1 Inledning *538*
10.2 Tolkning och bevisfrågor i svensk avtalsrättslig doktrin – förberedande anmärkningar *542*
10.3 Sakfrågor och rättsfrågor – distinktionens ställning *549*
10.4 Avtalsrätt möter processrätt *557*
10.5 Fakta och värderingar hos Ekelöf *565*
10.6 Ekelöf och hermeneutiken *572*
10.6.1 Avtalstolkning som bevisvärdering *572*
10.6.2 Teleologi och lagtolkning *574*
10.6.3 Förhållandet till traditionen *579*
10.7 Uppsamling *583*

11 Mot en postrealistisk tolkningslära *587*
11.1 Inledning *587*
11.2 En påminnelse – det terapeutiska syftet *588*
11.3 Efter kritiken *594*
11.3.1 Inledning *594*
11.3.2 Vad gör distinktionen mellan tolkning och utfyllning problematisk? *594*
11.3.3 Hur problemet får sin lösning *598*
11.3.4 Var går gränsen mellan tolkning och utfyllning? *606*
11.4 Slutord *608*

Summary *610*

Källförteckning *619*

Sak- och personregister *654*

Förkortningar

A a	Anfört arbete
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm	Anmälan
A st	Anfört ställe
Aufl	Auflage
AvtL	Avtalslagen
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CLS	Critical Legal Studies
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
dens	densamme, densamma
ed	editor, -s
f	och följande sida
ff	och följande sidor
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
n	not
NJA	Nytt juridiskt arkiv. Avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv. Avdelning II
NJM	Förhandlingar vid de nordiska juristmötena
PECL	Principles of European Contract Law
Prop	Proposition
red	redaktör(er)
Rn	Randnote, Randziffer
s	sida
st	stycke
SvJT	Svensk juristtidning

TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
TR	Tingsrätt
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen. Afd B
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
udg	udgave
uppl	upplaga
utg	utgave
vol	volume

Nothing is less real than realism.

Georgia O'Keeffe

FÖRSTA AVDELNINGEN

Tekniken

1 Upptakt

1.1 Frågeställningen

> ... gränsen mellan tolkning och utfyllning [...] denna dunkla gränsdragningsfråga [...] Det är möjligt att frågan helt enkelt är olöslig.
>
> *Curt Olsson*

Kafkas parabel "Inför lagen" är ett av de ställen i världslitteraturen som rättsteoretikerna har ägnat mest uppmärksamhet. Texten lyder:

> Framför lagen står en dörrvaktare. Till denne dörrvaktare kommer en man från landet och ber om inträde i lagen. Men dörrvaktaren svarar, att han just nu inte kan bereda honom inträde. Mannen tänker sig för en stund och frågar så, om han alltså kan få komma in senare. "Det är möjligt", säger dörrvaktaren, "men inte nu". Eftersom dörren till lagen står öppen som alltid och dörrvaktaren stiger åt sidan, böjer sig mannen fram för att genom porten se in i det inre. När dörrvaktaren märker det, skrattar han och säger: "Om det lockar dig så starkt, kan du ju försöka gå in trots mitt förbud. Men märk väl: jag är mäktig. Och jag är bara den lägste dörrvaktaren. Från sal till sal står dörrvaktare, den ene mäktigare än den andre. Redan åsynen av den tredje kan inte ens jag uthärda." Sådana svårigheter är inte mannen från landet beredd på, lagen ska ju ständigt vara tillgänglig för var och en, tänker han, men när han nu närmare betraktar dörrvaktaren i hans pälskappa, hans stora, spetsiga näsa, det långa, glesa, svarta tatariska skägget, beslutar han sig ändå för att hellre vänta, tills han får tillstånd att stiga in. Dörrvaktaren ger honom en pall och låter honom slå sig ner vid sidan om dörren. Där sitter han i dagar och år. Han gör flera försök att bli insläppt och tröttar ut dörrvaktaren med sina böner. Dörrvaktaren anställer inte så sällan förhör med honom, frågar ut honom om hans hembygd och mycket annat; men det är ointresserade frågor, sådana som stora herrar brukar framställa, och han slutar alltid med att upprepa, att han alltjämt inte kan släppa in honom. Mannen som har utrustat sig med mångt och mycket för sin resa, använder allt, hur värdefullt det än är, till att muta dörrvaktaren. Denne tar visserligen emot allt, men säger samtidigt: "Jag tar emot det, bara för att du inte ska tro att du har försummat något."
>
> Under de många årens lopp iakttar mannen dörrvaktaren nästan oavbrutet. Han glömmer bort de andra dörrvaktarna, och den förste blir i hans ögon det enda hindret för inträdet i lagen. Han förbannar den olyckliga slumpen, de första

åren högljutt, senare, när han blir gammal, muttrar han bara för sig själv. Han blir barn på nytt, och då han under sitt årslånga studium av dörrvaktaren till och med lärt sig att känna igen lopporna i hans pälskrage, ber han även lopporna om hjälp att få dörrvaktaren på andra tankar. Till slut försvagas hans syn, och han vet inte om det verkligen mörknar omkring honom eller om det bara är ögonen som bedrar honom. Men väl urskiljer han nu i mörkret ett sken, som outsläckligt strömmar ut ur lagens dörr. Han har nu inte lång tid kvar. Före hans död samlar sig i hans huvud alla den gångna tidens erfarenheter till en fråga, som han hittills inte har ställt till dörrvaktaren. Han vinkar honom till sig, eftersom han inte längre kan resa på sin stelnade kropp. Dörrvaktaren måste böja sig djupt ner över honom, ty skillnaden i storlek har förändrat sig mycket till mannens nackdel. "Vad är det nu du vill veta?" frågar dörrvaktaren, "du är omättlig". "Alla strävar ju mot lagen", säger mannen, "hur kommer det sig, att under alla dessa år ingen utom jag har begärt inträde?" Dörrvaktaren märker, att slutet är nära, och för att mannen med sin avtagande hörsel skall kunna uppfatta vad som sägs, ryter han till honom: "Här kunde ingen annan vinna inträde, ty denna ingång var avsedd bara för dig. Jag går nu och stänger den."[1]

I "Processen" förebådar denna berättelse slutet. Josef K förstår att hans process går honom emot, och har snart förlikat sig med detta. Han finner sig invecklad i ett samtal med fängelseprästen – om lagens ogenomtränglighet. Prästen förklarar i två steg. Först reciterar han "Inför lagen", en text som efter vad han påstår räknas bland "de inledande skrifterna till lagen". Sedan demonstrerar han i praktisk handling att denna berättelse – i sig en del av lagen, som vi fått veta – är obegriplig för lekmannen Josef K. För varje tolkning finns en mottolkning. Kring berättelsen har en rik tradition utbildats, full av subtila nyanser och analyser, som det skulle ta sådan tid och kräva sådana insatser att förstå, att den som lyckades skulle kunna kvittera ut en juristexamen. I praktiskt hänseende är lagen endast tillgänglig för juristerna. I ideologiskt hänseende är det annorlunda.

Det är nog ingenting särskilt med det juridiska språket, men det ter sig inte desto mindre sällsamt, och det har att göra med det sätt på vilket vår rättskultur är inrättad. Vi vet av praktisk erfarenhet att vårt språk i betydande utsträckning är autonomt. Den juridiska terminologin utgör ett system som i princip är slutet och stängt för de oinvigda. Vi *vet* att det juridiska språket är autonomt, men vi *vill* inte att det skall vara så. Vår ideologi säger oss att det skall vara tvärtom. Förutsebarhet och realism. Dessa höga ideal – de går hand i hand – kräver att juridiken skall

[1] Karl Vennbergs översättning, från 1945 – omtryckt senast av Wahlström & Widstrand år 2001.

vara genomskinlig och ligga dikt an mot verkligheten. När vi betraktar vårt eget språk är vi därför benägna att tolka den juridiska terminologins faktiskt givna ogenomtränglighet som följden av ett onödigt mystifierande. Juridiken riskerar rentav att framstå som ett bollande med helt och hållet tomma begrepp – för det tycks uppenbart att de i egentlig mening rättsliga begreppen saknar direkta motsvarigheter i den yttre verkligheten.

Har vi väl genomfört denna åtskillnad mellan språk och värld, får vi lätt intrycket att just det juridiska språket på ett märkligt sätt utmärker sig. Som om det svävade fritt och för sig, och därmed ytterst sett vore meningslöst. Historien visar att vi har svårt att förlika oss med detta förhållande. Upprepade försök har gjorts att via terminologin förankra juridiken i det utomjuridiska. Vi vill ha *faktiskt* betecknande termer, termer som med andra ord pekar ut från systemet av korshänvisande rättsliga normer, mot någonting i den omgivande verkligheten. Och denna strävan är inneboende i all juridik som vill vara vetenskaplig i modern mening. Vanligen är det emellertid långt ifrån givet, hur juristen inifrån sitt språk skall kunna följa den hänvisning en sådan term ger. Det juridiska språkets faktiska praktik svarar i detta hänseende dåligt mot de krav, som våra invanda föreställningar om språkets natur, vetenskapens roll och juridikens uppgifter ställer. Kring försöken att binda rätten till de ickerättsliga meningssammanhangen – försök som mycket handlar om att göra juridiken legitim och relevant, i våra och andras ögon – formar sig särskilda och intrikata problem. Föreliggande avhandling ägnas ett av dessa.

Närmare bestämt angår detta arbete frågan hur *tolkning* skall skiljas från *utfyllning* på den allmänna avtalsrättens område.

Formulerad på det viset förefaller frågeställningen vara rättsvetenskaplig i ordets snävaste bemärkelse – inte bara rättsdogmatisk, utan också rättssystematisk. På vilket sätt studien angår frågan om tolkning och utfyllning kan emellertid inte omedelbart fastslås. *Som undersökningsföremål* är distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte direkt given för oss. Och det vill säga: Åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning förknippas inte med någon specifik, aktuell problematik. Visserligen kan varje distinktion sägas väcka frågan vad som egentligen skiljer de utpekade företeelserna åt, det ena från det andra, men när det gäller distinktionen mellan tolkning och utfyllning är avtalsrättens förhållande till just den

frågeställningen avspänt – som alla med insikt i ämnet vet. Det rör sig om en gammal fråga med ett gammalt svar, och svaret ligger mer eller mindre och skräpar.[2] Det sammanhang som en gång gjorde detta meningsfullt och viktigt har vi under alla omständigheter tappat ur sikte. Samtidigt tycks ingen intresserad nog att ställa frågan på nytt. Det är som om vi ledsnat på avtalsrättens begreppsliga skiljelinjer. Här råder en form av stiltje.

Vad det innebär att se distinktionen mellan tolkning och utfyllning som undersökningsföremål har såtillvida lämnats öppet.

Saken kan uttryckas så, att det vi har att göra med är en rest från ett tänkande som hör en annan tid till. Distinktionens ålder gör den möjligen svårare att få grepp om, men alls inte irrelevant. Vår juridik är översållad med *artefakter* – inte minst gäller det inom avtalsrätten. Inte mycket skulle bli kvar om vi nu tog oss för att rensa ut allt som är historiskt bestämt, och som således kan skyllas för att inte vara strängt rationellt.[3] Det är ett faktum att åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning alltjämt har en plats i vårt juridiska språk, och såtillvida kan det sägas att vi iakttar den (även när vi tar avstånd från den). Begreppsliga konstruktioner som en gång vunnit acceptans har en benägenhet att med tiden ackumulera massa och tröghet. Vi lever med distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Vanligen bekräftar vi den utan eftertanke, och det är helt i sin ordning.

Inte desto mindre syftar denna avhandling till att väcka frågan hur detta specifika avtalsrättsliga fenomen – gränsen mellan tolkning och utfyllning – bäst skall förstås. Jag ser ett antal goda anledningar att ta den frågan på allvar. Min utsiktspunkt är dock inte den hängivne systematikerns. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning har ju, av sina tillskyndare, uppfattats som ett grundläggande element i den avtalsrättsliga

[2] Se nedan avsnitt 5.1.

[3] Det har inte hindrat radikala jurister att i rationalitetens namn kräva en sådan utrensning – under den moderna epoken ett direkt uttryck för tidsandan. Mot 1800-talets slut skriver Holmes, The Path of the Law s 472: "[I]f we consider the law of contract, we find it full of history. The distinctions between debt, covenant, and assumpsit are merely historical. The classification of certain obligations to pay money, imposed by the law irrespective of any bargain as quasi contracts, is merely historical. The doctrine of consideration is merely historical. The effect given to a seal is to be explained by history alone. – Consideration is a mere form. Is it a useful form? If so, why should it not be required in all contracts? [...] Why should any merely historical distinction be allowed to affect the rights and obligations of business men?"

lärobyggnaden – men det som här intresserar är inte primärt *var* gränsen mellan tolkning och utfyllning egentligen går, utan *vad* den diskurs som växt fram kring den frågan *har att säga oss.* En annan sak är att undersökningens resultat mycket väl kan tolkas som ett svar på frågan om tolkningens förhållande till utfyllningen.

Jag vill betrakta distinktionen mellan tolkning och utfyllning som en öm punkt, som det kan vara lämpligt att trycka på – eller, rentav, som en nyckel till (somliga av) avtalsrättens mysterier. Vad gör dessa åskådningssätt möjliga? Komprimerat: Distinktionens *paradoxala* natur. Det är inte det att distinktionens interna logik är motsägelsefull – men i sin historiskt betingade egenhet uttrycker denna en rationalitet, som på olika sätt skär sig med omgivningens. Placerad i sin omgivning ger distinktionen upphov till ett antal antinomier. Kring den tycks spänningar uppstå – slitningar i det avtalsrättsliga språkets väv. Beakta följande, och detta är inte en uttömmande uppräkning:

i. Det hette en gång, att tolkningen till skillnad från utfyllningen förutsatte vissa *icke-juridiska discipliners tillämpning* (språkvetenskap, psykologi och logik), och det händer väl fortfarande att den tanken kommer till uttryck i litteraturen. Svårt som det kan vara att få just detta att betyda någonting, är det nog alltjämt så att vi föreställer oss att avtalstolkning kräver någonting utöver juridisk skicklighet – till exempel faktisk erfarenhet av det som avtalet gäller. Inte desto mindre är avtalstolkning ett *rent juridiskt spörsmål,* i den bemärkelsen att det är jurister som, på sedvanligt juridiskt sätt, skriver om och i övrigt diskuterar tolkningsfrågorna.

ii. Den teknik som används för att vidmakthålla åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning är mycket juridisk, mycket *normativ.* Det rör sig om ett auktoritativt postulat som gång på gång upprepas – men de bakomliggande anspråk, som distinktionen ger uttryck för, är tydligt *deskriptiva.* Är det då inte sant att det är skillnad på tolkning och utfyllning? Rör det sig snarare bara om någonting man brukar säga? Man kan i så fall fråga sig varför vi håller vanan vid liv.

iii. Vi har att göra med en *teoretisk konstruktion* som upprätthålls i en *teorifientlig kultur* – den svenska avtalsrättens. Det sägs: "Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är teoretiskt sett mycket viktig, men den saknar praktisk betydelse." Vikt, således, utan reell betydelse.

iv. Distinktionen är ett av många uttryck för det juridiska språkets splittring. Jurister talar inte längre om tolkning på ett sätt, utan på åtskilliga (tänk på tolkning av lag, förmögenhetsrättsliga avtal, testamente, kollektivavtal, traktater, EG-direktiv, olika former av praxis...). Ofrånkomligen ger detta upphov till motsägelser. Ett exempel: Vid utfyllning av avtal tillämpas i första hand tillgängliga rättsliga normer, vilket förutsätter tolkning. *Lagtolkning*, till exempel, skall alltså, till skillnad från *avtalstolkning*, vara en rättslig verksamhet. Men vi tänker oss avtalstolkningsläran som en del av ett rättsområde, och såtillvida som materiell juridik, medan vi betraktar lagtolkning som en metodfråga, det vill säga som någonting som i sig inte kan fångas i rättsregler (även om vi ibland finner anledning att beklaga oss över detta).

v. *Rättspraxis* antas vara grunden för de doktrinära framställningarna av tolkningsläran. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är emellertid en helt och hållet *rättsvetenskaplig* konstruktion, som bland annat används för att genomlysa och underkänna domstolarnas tolkningsresonemang. På vilka grunder?

vi. I det att distinktionen tar sikte på rättstillämparens verksamhet vid fastställandet av avtalets rättsverkningar, gör den på ett visst sätt anspråk på *allmängiltighet* – den beskriver inte blott rättsläget, utan också någonting faktiskt, en aktivitet. Man får förmoda, till exempel, att tolkning skiljde sig från utfyllning även innan rättsvetenskapen "upptäckte" denna skillnad. Samtidigt är distinktionens identitet *tydligt historiskt och geografiskt bestämd*. Den kännetecknar vår avtalsrättsliga tradition. Det är skillnad på tolkning och utfyllning i Sverige, men inte i Tyskland – till exempel.

vii. Tolkningen syftar till att fastställa den gemensamma partsviljan och är såtillvida *subjektivt* inriktad. Vid tolkningen får rättstillämparen inte passera gränsen för vad parterna faktiskt avsett, och under tolkningens täckmantel påtvinga parterna sina rättsliga värderingar. Med andra ord måste skillnaden mellan tolkning och utfyllning respekteras. Men avtalstolkningen sägs (till skillnad från testamentstolkningen) vara *objektiv*.

viii. I anslutning till föregående punkt: En av distinktionens ideologiska grundvalar kan tänkas vara *avtalsfrihetens princip* – den ger ju partsviljan ett eget utrymme, som rätten inte får inkräkta på. Sedan länge är det dock populärt att hävda att *avtalsfriheten är satt på*

undantag, att avtalsfriheten i större eller mindre utsträckning är illusorisk.

Kanhända är dessa motsättningar överdrivna. Det är möjligt – men man torde inte kunna bilda sig en riktig uppfattning om den saken genom abstrakt spekulerande. Överhuvudtaget borde tolkningens och utfyllningens problematik meningsfullt kunna behandlas endast nere på det avtalsrättsliga källstoffets konkreta plan, genom varsam utläggning. Det är åtminstone min uppfattning. Men nu har presentationen av frågeställningen övergått i metodologiska överväganden.

*

Först bara, innan vi går vidare, en liten *läsinstruktion*. Texten är visserligen läsarens, och läsaren läser som han eller hon vill. Men jag dristar mig ändå till att komma med ett par rekommendationer.

Redan efter detta korta, inledande avsnitt borde den resultatinriktade läsaren – den praktiskt orienterade juristen, som vill ha klara och tydliga svar – känna en viss oro. Författaren har ju knappt ens lyckats prestera en entydig och väl avgränsad frågeställning. Präglar denna löslighet månne hela framställningen? Tja, om man vill se det så, så gör den nog det. Den kvalitet hos texten som i detta tidiga skede kanske ännu, givet en konventionell syn på civilrättsvetenskapens uppgifter, kan upplevas som en sorts "löslighet", är ett direkt uttryck för den metodologiska grundsyn som förutsätts i texten. Det är överhuvudtaget inte fråga om löslighet, vill jag säga, utan om *raka motsatsen* – framställningen skall bygga på varsam närläsning. Jag sätter, av skäl som skall framgå av följande avsnitt i detta kapitel, en ära i att närma mig mitt problem och mitt material så försiktigt och långsamt som möjligt, givet de begränsningar som följer med uppgiften. Således och till exempel är jag inte beredd att nu släppa frågeställningen, i ett skick som kan betecknas som färdigt, för att ge mig i kast med "själva undersökningen". Och det skall visa sig att fråga, undersökning och svar inte *kan* skiljas åt på det sättet.

Notera att, och hur, följande frågeställningar – några av de frågor man som författare till en monografi om tolkning och utfyllning rimligen bör ställa sig – är förbundna med varandra:

Vilken är min metod?	Vad är juridisk metod?
Vad är tolkning?	Hur förhåller sig tolkning till utfyllning?

Risken för, att man genom att besvara en av dessa frågor samtidigt besvarar de övriga, är överhängande.[4] Och har man på förhand ett av svaren med sig, av övertygelse (kanske är man, till exempel, bekännande teleolog), kommer den text man producerar antagligen att mer vara ett försök att ex post legitimera den egna rättsuppfattningen, än en reell undersökning. Vad jag är ute efter, i denna avhandling, är emellertid att om möjligt inte förhasta mig, genom att i förtid skriva bort de svårigheter som mitt specifika problem ger upphov till (och häri visar sig min egen övertygelse – vad jag själv håller för heligt). I konsekvens härmed skriver jag genom att *älta* problemet, och framställningen når sent fram till ett avgörande – efter att först småningom ha tecknat det mönster, och slagit de förbindelser, som konstituerar min analys.

Texten kan tyckas byggd för att frustrera den som vill ha snabba och raka besked. Så är inte fallet. Den läsare som uteslutande är intresserad av den materiellrättsliga kontentan av mina resonemang hänvisar jag till avhandlingens korta elfte och sista kapitel. Där finner man allt av redogörelse för de dogmatiska konsekvenserna av min syn på tolkningens och utfyllningens problem, som jag är beredd att erbjuda. Är man för egen del beredd att utan vidare acceptera vad som där står, är det gott och väl. Skulle slutsatserna visa sig svårsmälta, finns dock ingen genväg inbyggd i texten, utan man har att följa tråden från början – härifrån – om man vill ta ställning till min argumentation. För slumpmässiga nedslag och ströläsning lämpar sig texten dessvärre inte, åtminstone inte om den skall vara *fullt* begriplig. En linjär läsning rekommenderas också läsare som är intresserade av avtalsrättens teori och historia, av juridisk metodologi, av

[4] Jfr Malpas, Governing Theory s 125: "Questions of methodology – questions concerning how an inquiry into a particular region should proceed – are rarely separable from questions of ontology – questions concerning the entities and structures that are constitutive of that region. [...] Methodological commitments always bring ontological commitments in their train. One cannot avoid ontological entanglement by proclaiming one's interests as 'purely' methodological." Se, för en ingående analys som bygger på denna insikt, Hellner, Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems – om relationen mellan filosofiska övertygelser och materiellrättsliga slutsatser hos Lundstedt. Jfr vad jag själv – nedan i kap 10 – har att säga om Ekelöfs inställning till distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Smith, Contract Theory s 431, gör gällande att "in order to understand specific contract law topics it is necessary not just to examine the relevant rules and decisions [...] but also to consider broader methodological issues". Jag tror att detta stämmer, och det på ett mycket handgripligt sätt som framställningen i det följande förhoppningsvis illustrerar.

förhållandet mellan teori och praktik inom rättsvetenskapen, av tolkningslära i allmänhet och avtalstolkning i synnerhet samt av den svenska civilrättens särart och öde, för att nämna några av de teman som jag behandlar i föreliggande avhandling.

Det kan säkerligen i förstone verka som om texten innehåller väl *mycket*, ett antal redogörelser för vitt skilda ting, men det intrycket är, vill jag säga, felaktigt. Som vi skall se är de redovisade undersökningarnas disparata karaktär en oundviklig konsekvens av min metodologi. Det språkliga landskap som jag söker beskriva är inte välordnat, utan kaotiskt – men när jag rör mig i det, är det hela tiden i ett och samma ärende.

Egentligen har jag bara en sak att komma med, en tanke, och den upprepar jag gång på gång, på olika sätt, i olika sammanhang, i mina försök att artikulera den. Följaktligen skulle boken, så som den är konstruerad, principiellt sett kunna vara hur kort, eller hur lång, som helst. Vad det kommer an på är naturligtvis, dels att det här finns en genre med vissa givna krav, dels att det gäller att övertygande kommunicera. Ju längre bok, desto färre läsare. Ju kortare bok, desto mindre begriplig. Följande mening kan jag acceptera som ett uttryck för avhandlingens idé: "Se texten!" Men det är antagligen bara jag som i denna uppmaning tycker mig se lösningen på frågan om tolkningens förhållande till utfyllningen för svensk avtalsrätts del.[5]

[5] En anmärkning angående avhandlingens *språkliga stil*. Under lång tid har den juridiska svenskan blivit enklare, rakare och mer lättillgänglig. Det brukar man i alla fall påstå. Studenter uppmanas att skriva "enkelt" – det är väl den bärande tanken i t ex Jensen-Rylander-Lindblom, Att skriva juridik – och samma uppmaning har riktats till doktorander; se t ex C Ramberg, Erfarenheter – som kan vara till nytta för doktorander i juridik; jfr H Andersson, 24 preludier utan fuga s 36 f. Tar man sin utgångspunkt i den *ideologi* som talar i dessa råd, måste rimligen texten i förevarande avhandling te sig ålderdomlig och krånglig, kanske rentav pompös. Man ska då veta, att stilen är högst medveten. Den har valts, inte för att jag strävar efter "krånglighet" (det vore en absurd strävan), utan därför att jag *inte tror* på "enkelhet", i sjuttiotalsbemärkelse (enkelhet som "krångelsvenskans" motsats). Detta är, vidare, inte "bara en stilfråga", utan absolut väsentligt; jfr Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 203; Schultz, Kausalitet s 61 n 69; Sundberg, fr Eddan t Ekelöf s 9. Jfr också H Andersson, 24 preludier utan fuga s 33: "Först och främst får man uppmärksamma och problematisera en ofta omedveten syn på stil såsom varande något avvikande, ytligt gimmickartat och apart som utskiljer stilen från det normala och neutralt klara uttryckssättet. *Allt är stil; utan sådan finns inget skrivande alls!*"

1.2 Metod och syfte. Utgångspunkter

> Vad och hur vi än försöker tänka, så tänker vi i traditionens spelrum.
>
> *Martin Heidegger*

1.2.1 Inledning

Detta – avsnitt 1.2 – är avhandlingens metodavsnitt, i den bemärkelsen att det har givits en rubrik som förkunnar att det har med metod att göra. Egentligen är det, ärligt talat, inte mycket mer än så som skiljer förevarande avsnitt från resten av texten, och det är ett sätt att dra konsekvenserna av det faktum att metodbegreppet hos oss kommit att bli så urvattnat. I det svenska rättsvetenskapliga sammanhanget döljer antagligen termen "metod" mer än den klargör. Det finns så mycket som den för med sig, samtidigt som den likriktar tanken. Hur kan det till exempel komma sig, att, medan somliga författare alltjämt undviker metodologiska utläggningar (utöver det pliktskyldiga konstaterandet att den metod som nyttjats är den sedvanliga juridiska, eller rättsdogmatiska)[6] – ja, rentav framhåller att det inte finns någonting att säga om metoden[7] – andra finner det värt att ägna ämnet långa kapitel, kanske på hundratalet sidor?[8]

Det finns ingenting att säga om den juridiska metoden, men denna avhandling handlar inte om någonting annat. Vad är utfyllning annat än rättstillämpning och vad är tolkning annat än tillämpad metodlära (avtalstolkningsläran är ju också en metodlära)? Distinktionen mellan tolkning och utfyllning hör i sig till avtalstolkningsläran och är i så måtto en metodfråga. Den låter sig också enkelt formuleras som en sådan: "När övergår tolkningen i utfyllning?"

[6] Jfr Eftestøl-Wilhelmsson, Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn s 87: "En sosiologisk karakteristikk av den rettsdogmatiske forskningen kunne være dens manglende redegjørelse for det egne metodvalget."

[7] Jareborg, Rättsdogmatik som rättsvetenskap s 8: "Det finns naturligtvis inte någon anledning att inte vara uppriktig: rättsdogmatisk forskning använder i regel ingen vetenskaplig metod. Man läser tryckt text på samma sätt som man läser en tidning eller en roman." Jfr Asp, EU & Straffrätten avsnitt 1.5. Se också Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap. Del II s 1035 vid n 1.

[8] Metodavsnittet i Mats Glavås avhandling "Arbetsbrist och kravet på saklig grund" är, med 108 sidor, ett av de längre.

Det finns ingenting att säga om den juridiska metoden, såtillvida som den juridiska hermeneutikens praktik knappast är betjänt av att brytas ned i regler. Hur är det man brukar uttrycka det? "Tolkningen är en konst, som man endast kan tillägna sig genom praktisk övning." Någonting sådant, men detta hindrar inte att den juridiska metodologiska debatten – åtminstone tidvis – är mycket livlig. Och *naturligtvis* är det inga skenfrågor som där behandlas. Det innebär ingen motsägelse. Metodbegreppet är som sagt mångtydigt.

Den metodologiska debatten kan betraktas som en aldrig avslutad process, under vilken rättsvetenskapen försöker få syn på sig själv.[9] De bilder som framställs och bekräftas under processens gång, är vidare av avgörande betydelse, direkt och indirekt, för det kontinuerliga reproducerandet av den så kallade "materiella" juridiken. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning utgör ett gott exempel. Den ger uttryck för, och associeras med, en viss uppfattning om (avtals)rättens beskaffenhet, samtidigt som dess mekanism har fått driva ett oräkneligt antal materiellrättsliga analyser. Studerar man denna distinktion måste man låta de metodologiska och de materiella frågeställningarna lösas upp i varandra.[10]

Till namnet är detta avhandlingens metodavsnitt. Lämpligen kan det betraktas, helt enkelt, som en väg in i texten. *Detta* är också analys. Metoddiskussionen är inte någonting som föregår metodens tillämpning. Gränsdragningen mellan "metodavsnittet" och resten av texten måste vara arbiträr.[11]

Resonemanget i föreliggande avsnitt har följande struktur. Inledningsvis tecknar jag konturerna av en företeelse som jag kallar "normativ kritik", någonting som jag menar skall förstås som en form av rättsvetenskap, eller en rättsvetenskaplig stil. Jag gör gällande att den kritiska vetenskapliga verksamhet som i modern tid bedrivits på avtalsrättens område i huvudsak varit just "normativ". Därefter vänder jag på begreppet och postulerar en "deskriptiv kritik", som skall gälla för att vara min egen

[9] Jag parafraserar H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 177: "Den egentliga metodläran är [...] en rättsvetenskapens självreflexion över sitt eget tillvägagångssätt."; se härtill Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 63 ff.

[10] Jfr H Andersson, a a s 210 och 594 f.

[11] "You talk the talk, but do you walk the walk?" frågar Animal Mother i Kubricks "Full Metal Jacket". I förevarande sammanhang är, i praktiskt hänseende, "talking" och "walking" samma sak.

vetenskapliga stil. På klassiskt manér definierar jag alltså mig själv genom att bejaka antitesen till en tes som *efter vad jag själv påstår* hitintills har varit den hävdvunna (det är ett fult trick, men det är så man brukar göra). Jag gör ett försök att in abstracto beskriva den deskriptiva kritikens idé, och pekar ut de idéhistoriska figurer som ingår i mitt eget panteon. Efter viss konkretisering väljer jag att kalla den specifika form av deskriptiv kritik som jag ägnar mig åt för "språkkritik". Men först skall vi alltså bekanta oss med uttrycket "normativ kritik".

1.2.2 Den klassiska normativa kritiken av avtalsrätten

> Perhaps no other subject in the standard canon of legal education can claim such an august tradition, such rigour of analysis, and such sublime irrelevance, as the law of contract.
>
> *Hugh Collins*

Som nybliven student konfronterades jag först med avtalsrätten, närmare bestämt med de smått esoteriska reglerna i avtalslagens inledande kapitel. Tragglandet med anbud och accept, frister och subjektiva rekvisit, kom därmed att framstå som den typiska juridiken, och att den framställdes så var, misstänker jag nu, ingen tillfällighet.[12] Avtalsrätten ter sig anrik och grundläggande; den har liksom ett värdigt skimmer över sig. Och i någon mening kommer ämnet alltjämt först, i våra medvetanden – även om de skäl som en gång bar upp denna hållning till stor del gått förlorade.[13]

[12] I common law-systemen synes det givet att en försvarlig del av juristutbildningens första år ägnas avtalsrätten. I detta har man sett ett bevis för ämnets fundamentala betydelse för det rättsliga tänkandet överlag – alternativt för den akademiska juridikens fullständiga brist på relevans för det praktiska rättslivet. I vilket fall antas den blivande juristen genomgå en avgörande förändring under det att han eller hon utsätts för avtalsrätten. Studierna i avtalsrätt är en initiationsrit. Llewellyn, On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, I s 32: "For it was Offer and Acceptance which first led each of us out of laydom into The Law. [...] [Avtalsmekanismen] is the Rabbit-Hole down which we fell into the Law, and to him who has gone down it, no queer phenomenon is strange"; jfr t ex Collins, The Law of Contract s 35 ff, särskilt s 37; dens, Regulating Contracts s 41 ff; Fried, Contract as Promise s 40; Friedman, Contract Law in America s viii f; Weinrib, The Idea of Private Law s 1.

[13] En antydan: Habermas, Faktizität und Geltung s 45: "Seit Hobbes gelten die Regeln des auf Vertragsfreiheit und Eigentum basierenden bürgerlichen Privatrechts als Prototyp für Recht überhaupt." Jfr t ex Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s 543.

Givet den ställning avtalsrätten intar, förvånar det inte att man inom den *kritiska* rättsvetenskapen, i dess olika former, särskilt intresserat sig för ämnet.[14] Avtalsrätten inbjuder till kritik. Det är inte bara det att disciplinen är elementär och primär, systematiskt sett. Den skall vara allmängiltig och är därför abstrakt. Och abstraktionsgraden gör avtalsrätten okänslig för yttre förändringar – i rättssystemet i övrigt och i den konkreta verklighet den är satt att reglera. Ibland antas, att ämnets frågeställningar är eviga.[15] I kraft av sin ålder ger emellertid avtalsrätten ofrånkomligen uttryck för principer som inte är förankrade i den omgivande kulturen, åtminstone inte riktigt på samma sätt som de en gång var. Man kan få för sig att verkligheten lämnat disciplinen bakom sig, att den driver bort och att avståndet ökar – och det finns förvisso anledning att fundera över, om inte ämnet som sådant är en anakronism eller är på väg att bli det.[16] Åtminstone har det gjorts gällande, att de abstrakta, formella kategorier som den allmänna avtalsrätten som idé förutsätter, borde överges.[17]

Många har känt sig kallade att sätta avtalsrättens hävdvunna former ifråga. I första hand har kritiken varit ideologisk – på ett eller annat sätt *normativ*. Vad menas med "normativ kritik"? Här behövs en tillräckligt svepande bestämning. Låt säga att denna form av tänkande utmärker sig

[14] Jag vill helst inte bekräfta den alltför ofta reproducerade bild som delar rättsvetenskapen i en kritisk del och en annan, förmodat okritisk, eller ortodox. Låt uttrycket "den kritiska rättsvetenskapen" här beteckna sådan rättsvetenskap som åsätter sig själv epitetet "kritisk" – som, så att säga, bär det på sitt standar.

[15] Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran s 33: "Förutsättningsfrågorna tillhör säkert avtalsrättens äldsta problem. De aktualiserades kanske för första gången i en trädkrona någon gång i en avlägsen forntid, då två av våra förfäder bytt frukter med varandra, och den ene upptäckte att den frukt han fått var rutten." Se härtill dens, Rättsvetenskap i praktikens tjänst? s 759 f, där det talas om de kontraktsrättsliga frågeställningarnas tidlöshet. Jfr, för skojs skull, med en progressiv utläggning, hämtad från en helt annan kontext, som t ex den man finner hos af Hällström, Om villfarelse s 46 ff. Se också nedan n 63.

[16] Varje juridisk disciplin omges av sin egen speciella anda. Det är t ex en slående skillnad mellan avtalsrätten och immaterialrätten i det nu berörda hänseendet, dvs när det gäller ämnets tidslighet och dödlighet. Immaterialrätten upplever sig, om man får uttrycka det så, som ett ämne i takt med tiden – en "informationsålderns" juridik. Ändå är avtalsrätten och immaterialrätten jämngamla.

[17] Argumentet är så vanligt att det nästan kan sägas vara *det* teoretiska argumentet på avtalsrättens område. Att ägna sig åt avtalsrättslig teori har, åtminstone under de senaste femtio åren, mer eller mindre varit liktydigt med att ifrågasätta den traditionella, doktrinära avtalsrättens existensberättigande.

därigenom att det framställer sitt objekt som förljuget, och att det därmed nödvändigtvis förutsätter giltigheten av en sanning som ligger utanför detta objekt. Normativ kritik på avtalsrättens område skall således gå ut på att hävda, att avtalsrätten, i det skick vi finner den, är en form av lögn. Den bygger på fiktioner, är omoralisk, kanske missvisande och otidsenlig, den ger oacceptabla resultat, är ineffektiv – emedan den inte stämmer överrens med den verklighetsbild som den normative kritikern vill försvara. Och den sanning som kritiken i det enskilda fallet utgår från kan vara politisk, filosofisk, etisk, sociologisk, psykologisk, ekonomisk – vad som helst annat än avtalsrättslig.[18] Argumentet är alltid, att avtalsrätten borde vara annorlunda. Till exempel:

A Aristoteles hade någonting att säga om rättvisa/Psykologin har någonting att säga om vilja/Ekonomin har någonting att säga om effektivitet

B Avtalsrätten handlar om rättvisa/vilja/effektivitet

C Alltså bör avtalsrätten inrättas efter Aristoteles/psykologin/ekonomin

Den form av normativ kritik som ligger oss närmast, så som vår avtalsrättsliga tradition historiskt är bestämd, är den realism som går tillbaka på Hägerström.[19] Den ligger oss så nära att vi knappt kan se den – det handlar om sådant som hur vi ställer våra frågor och vilka argument vi är beredda att lyssna till. Hägerström går igen i vår avtalsrätt, närvarande men osynlig (och detta paranormala fenomen ägnas en hel del uppmärksamhet i föreliggande avhandling).[20] Den form av normativ kritik som i det avtalsrättsliga sammanhanget är mest känd, och lättast att få syn på, är antagligen den som i angloamerikansk debatt bedrivits inom ramen för de så kallade Critical Legal Studies (CLS).[21]

[18] Förstå detta som en beskrivning av den *form* som kritiken tar. Jag menar alltså inte att avtalsrätten inte är politisk, filosofisk, etisk etc.

[19] Jfr t ex Petrusson, Patent och industriell omvandling s 14 ff, som härleder sin normativt kritiska realism tillbaka till Hägerström.

[20] Metaforen efter Derrida, Marx spöken. Jag noterar att Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 536 n 36, finner de ledande namnen i den realistiska traditionen vara "osynligt närvarande" i den nutida rättsvetenskapliga praktiken.

[21] Klassiska verk i genren: Dalton, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine; Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication; Unger, The Critical Legal Studies Movement. För en introduktion se t ex Hillman, The Richness of Contract Law s 190 ff; Hunt, The Theory of Critical Legal Studies; Minda, Postmodern Legal

CLS torde vara det främsta av de historiska exempel som ger uttrycket "kritisk avtalsrätt" dess nuvarande innebörd.[22] Rörelsen hade aldrig en enhetligt bestämd identitet,[23] men den var medvetet vänster och mycket explicit i sin normativitet.[24] Vi kan kalla det sätt på vilket man inom CLS tog avstånd från den traditionella avtalsrätten paradigmatiskt. Grundtanken är här, att avtalsrätten, i det skick vi finner den, förkroppsligar en liberal ideologi, som gör den blind för de sociala realiteterna. Och genom att vara blind för det sociala, ger den konkreta samhällseffekter som inte är (politiskt) önskvärda. Den kritiska uppgiften, i den form CLS gav denna, blir därmed att genomlysa avtalsrättens etablerade former – dess dikotomier, begrepp och strukturer – så att de bakomliggande politiska realiteterna kan framträda. Kritikern synar avtals-

---

Movements s 106 ff. Efter Mark Tushnets exempel skriver man ibland "cls" istället för "CLS". Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History s 1516 n 4, som skrev inifrån rörelsen, föredrog gemener framför versaler emedan han ville låta adjektivet "critical" komma till sin rätt. Omvänt betraktar jag CLS utifrån, såsom en idéhistorisk företeelse, och använder därför versaler.

[22] Ibland tas uttrycket "critical legal studies" i en mycket vid bemärkelse – så att det i princip befrias från sitt specifika historiska ursprung, och betydelsen kommer då ganska nära den som jag i föreliggande text vill ge uttrycket "normativ kritik". Tex skriver Pavlich, Nietzsche, Critique and the Promise of Not Being Thus... s 357 f: "As the collective name of its various discourses implies, critical legal studies is distinguishable from other approaches by virtue of an allegiance to 'criticism' and 'critique'. Critical legal study is different from other forms of legal analysis precisely because its signs are assembled through a *critical* grammar. Its sign constellations are amassed, that is, through rules that assemble words to oppose, challenge and contradict taken-for-granted uses of 'law' and 'justice'. These constellations distrust *status quo* uses of the law as a necessary path to justice, seeking alternative (Marxist, feminist, critical race, semiotic, etc.) ways of using both the terms law and justice."

[23] Jfr t ex Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History. *Varje* utpekande av vilken som helst "skola", "rörelse" eller "riktning" förutsätter förenklingar, varför det alltid låter sig sägas, att den, som gör sig skyldig till ett sådant utpekande, inte borde göra det fullt så enkelt för sig – och med en sådan anmärkning vill man visa, att man står på sanningens sida. Men, vill jag invända, talet om akademiska grupperingar av olika slag är en väsentlig del av det inomvetenskapliga samtalet, och man torde få svårt att förstå detta om man betraktar namnen på dessa grupperingar *blott* som i någon mening otillåtna förenklingar. "Frankfurtskolan", "logisk positivism", "amerikansk realism" – de kan t ex vara fälttecken, historiografiska kategorier eller organiserande principer i en demonologi. Jfr Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 21 vid n 15; Schultz, Kausalitet s 162 n 317.

[24] Imperfektformen: CLS var som starkast under det tidiga åttiotalet. Vid decenniets mitt hade rörelsen institutionaliserats och hunnit börja vittra sönder. En ögonblicksbild ger Kennedy, Psycho-Social CLS (1985) – med facit i hand ter sig tecknen tydliga.

rättens anspråk på neutralitet och söker riva ned den legitimerande fasad som den klassiska doktrinen byggt upp. Positivt erbjuder man inverterade dogmer: avtalsrätten är inte enhetlig, logisk, förutsebar, formell och opolitisk, utan splittrad, irrationell, kaotisk, materiell och politisk. Den gynnar godtyckligt de besuttna under förevändning av att helt enkelt realisera individernas fria val.[25]

Åtskilligt av det som i kritisk anda skrivits om avtalsrätten låter sig – idealt, om än inte historiskt-kausalt – förstås som variationer på denna modell, det vill säga som försök att påvisa den reella basen under den avtalsrättsliga överbyggnaden. Hit kan vi räkna inte blott den explicit marxistiska rättskritiken, utan också, till exempel, den feministiska kritiken av avtalsrätten,[26] många sociologiskt och ekonomiskt orienterade analyser av ämnet,[27] liksom den i vid mening realistiska kritiken av den avtalsrättsliga ideologin. Här kan man nämna den progressiva strömning i det europeiska avtalsrättsliga tänkandet som ibland fått gå under beteckningen "Critical Contract Law". Och i detta sammanhang kan man placera författare som Patrick Atiyah, Hugh Collins, Udo Reifner, Thomas Wilhelmsson och, varför inte, Kurt Grönfors. Alla dessa former av kritisk avtalsrätt har det gemensamt att den är radikal – i det stora eller det lilla, på ett eller annat sätt revolutionär till sin syftning. Och det är så vi har kommit att förstå den kritiska avtalsrätten som fenomen.

[25] I avtalsrätten såg man det klaraste uttrycket för den härskande ideologin och därmed också den mest tacksamma måltavlan. Ämnet blev ett uppburet studieobjekt och favoriserat exempel. År 1983 skriver Feinman, Critical Approaches to Contract Law s 829: "Contract law furnished the ground on which the most elegant edifice of classical legal thought was erected and on which the realists who attacked that edifice fought their greatest battle. It is now a focal point for members of the critical legal studies movement challenging the dominant patterns of American legal thought."

[26] Jfr Mulcahy, The Limitations of Love and Altruism s 1: "The law of contract is an area which is ripe for feminist analysis. Of the 'core' common law subjects, it is the one most obviously imbued with values associated with the marginalisation of women and the feminine. [...] Nothing better embodies masculine abstracted relations with each other than the model of the discrete contractual transaction with which the majority of scholarship in the field remains concerned. [...] [F]eminist analysis of contract law allows us to identify what dominant discourse has left unsaid about the nature of contractual relationships, and to question the credibility of dominant paradigms." Se MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State s 3 ff, om förhållandet mellan marxism och feminism.

[27] Jag tänker först på Lawrence Friedman, vars "Contract Law in America" givits kanonisk status, kanske främst tack vare sin, ofta återgivna, beskrivning av avtalsrättens abstrakta och världsfrånvända karaktär – se Friedman, a a s 20 ff och nedan n 292.

1.2.3 Den deskriptiva kritikens begrepp

Though this be madness, yet there is method in't.

Hamlet, akt II, scen ii

Den avtalsrätt som bedrivs i föreliggande avhandling är kritisk, men den är inte normativ. Man skulle, logiskt nog, kunna kalla den *deskriptiv* – för den syftar inte till att förändra avtalsrätten, utan till att göra ämnet rättvisa.

Som termerna antyder låter sig den "deskriptiva kritiken" förstås som den "normativa kritikens" motsats.[28] Normativ kritik kan endast vara verksam genom att ta sin sanning för given, och i så måtto sätter den handling före kontemplation, praktiken före teorin.[29] Den normative kritikern kräver förändring – och skall hans rop övertyga får det inte låta tvehågset. Normativ kritik är trosviss, och kanske passionerad. I någon utsträckning förutsätter den alltid dogmatism. Deskriptiv kritik är mer försiktig, mindre definitiv. Den ger uttryck för en strävan efter att till varje pris undvika dogmatism, och är således reflexiv; deskriptiv kritik utgör alltid, så som begreppet här bestäms, en form av självkritik. Det gäller, så att säga, att inte förhasta sig.[30]

Den deskriptiva kritikens program är ett uttryck för en vilja att driva frågan efter *grunderna* – för de anspråk vi vill resa – så långt som det

[28] Jfr Tuori, Critical Legal Positivism s 304 ff, som (efter ett väletablerat mönster) laborerar med en motsättning mellan "normativ" och "demaskerande" kritik, som ligger mycket nära den här gjorda uppdelningen. Se härtill Tontti, Right and Prejudice s 167, angående frågan om distinktionen strängt taget kan upprätthållas.

[29] Men det betyder inte att den inte kan vara teoretisk till sin karaktär. Jfr Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law s 4 ff, om motsättningen mellan pragmatisk och systematisk alternativ juridik. Blume, Kritisk retsteori s 70, sammanfattar sin översikt över den kritiska rättsteorins utveckling sedan sjuttiotalet i omdömet: "[G]rundlæggende er således det handlingsorienterede moment, der er det egentlige karekteristikon for en kritisk teori." Av detta följer att den kritiska rättsteorin alltid är normativ, i här avsedd mening, samt att jag inte bedriver "kritisk rättsteori".

[30] Detta är kärnan i det som här kallas det deskriptivt kritiska tänkandet. Heidegger skriver om sin metod: "[H]ur skall vi på ett adekvat sätt inlåta oss på det sakförhållande som benämns genom uttrycken 'vara och tid', 'tid och vara'? Svar: på så sätt att vi försiktigt tänker över de saker som här nämns. Försiktigt, vilket närmast betyder: att inte förhastat tvinga på sakerna oprövade föreställningar, utan istället omsorgsfullt eftersinna dem." Och han fortsätter genom att omedelbart tillämpa denna princip på principens formulering: "Men får vi utge vara, får vi utge tid, för att vara saker? De är inga saker, om ordet 'sak' betyder: något varande. Ordet 'sak', 'en sak', skall här för oss betyda något

överhuvudtaget är möjligt.[31] Och det som skall beskrivas är de gränser inom vilka vi måste hålla oss om våra anspråk skall vara berättigade. Det rör sig om en kritik av *Kantianskt* snitt.[32]

Inte för att det är särskilt originellt att utgå från Kant. Tillåter man sig förenklingen skulle man rentav kunna säga, att allt rättsteoretiskt tänkande efter Kant är Kantianskt, i ett eller annat avseende.[33] Man behöver inte begränsa sig till rättsteorin: Kants idéhistoriska inflytande är helt enkelt enormt, och vi känner alltjämt av det.[34] Kant finner man också i väven till vår egen rättsteoretiska tradition.[35] Till exempel är Hägerströms tänkande omisskännligen Kantianskt.[36] Och om man ville skulle man i denna avhandling kunna se en fortsättning på Uppsalaskolans projekt. Max Lyles skriver:

---

sådant som det om vilket det på ett avgörande sätt rör sig, i så mån som något oundvikligt döljer sig däri. Vara – en sak, förmodligen tänkandets sak."; Heidegger, Till tänkandets sak s 11 f. I liknande anda skriver Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 44: "I filosofins kapplöpning vinner den som kan löpa långsammast. Eller: den som sist når målet." Jfr Foucault, Vetandets arkeologi s 27 och 31.

[31] Jfr Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 73: "Ständigt glömmer man på nytt att gå till grunden. Man sätter inte frågetecknet *djupt* nogt." Attityden skall inte förväxlas med radikal skepticism. En radikal skeptiker avbryter frågandet omedelbart, vad det än gäller, med en och samma rörelse (genom att tvivla). Det är inte att ta frågan efter grunderna på allvar. Tvivlet (det meningsfulla tvivlet) har ett slut (för att uttrycka saken på Wittgensteins sätt) – se härtill t ex Wittgenstein, Filosofiska undersökningar §§ 217 och 219; dens, Om visshet §§ 164, 166 och 204.

[32] Hos H Andersson får ordet "kritik" ofta en Kantiansk klang; ibland så pass att en udd formas, riktad mot den "normativistiska" kritiska civilrätten – se t ex H Andersson, Anm av Taxell, Avtalsrätt s 379 och 386; dens, Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet s 33 f; jfr dens, Omgivningsrekvisitet i miljöskaderätten 3.3.

[33] Jfr Tontti, Right and Prejudice s 1: "[I]n the field of law many or even most theoretical discussions have their origins – consciously or unconsciously – in Kant."

[34] Jfr Pavlich, Experiencing Critique s 96: "Located in the aftermath of what Kant – so assuredly – declared as an 'age of criticism', is it even possible today to be a seeker of truth and to eschew critical thought, critique, and so on? However one responds to this question, the implied heresy alludes to an important facet of our current regimes of truth."

[35] Vi (jurister) är alla Kants barn, hävdar Weinrib, Law as a Kantian Idea of Reason s 472.

[36] Som Lyles, A Call for Scientific Purity s 37, anmärker, utmärks Hägerströms filosofi av "its manifest Kantian influences". Om Hägerströms förhållande till Kant se vidare Cassirer, Axel Hägerström s 32 ff; Heidegren, Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi s 339 ff; Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 27 ff och 51.

> One specific Kantian influence that recurs in Hägerström's philosophy is Kant's critical approach towards philosophical dogmas and problems, which is a body of influence most notably evident in the Uppsala School's program of conceptual analysis, which can be described by reference to Kant's anti-dogmatism.[37]

Jag väljer dock genomgående att markera avstånd – snarare än närhet – till "den skandinaviska realismen", och därmed också till Uppsalaskolan. I föregående avsnitt lät jag ju till exempel "den realism som går tillbaka på Hägerström" vara en form av "normativ kritik" – det som skall vara motsatsen till mitt eget perspektiv. Denna polarisering blir möjlig endast emedan den "realism" som angår mig, den som finns inskriven i problemstrukturen kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning, har tämligen lite med Hägerströms originaltexter att göra. Den realism jag måste intressera mig för, inom ramen för föreliggande undersökning, är ett objekt definierat av den avtalsrättsliga diskursen, och i relation till detta objekt är Hägerström en dunkel fadersfigur, halvt om halvt bortglömd, direkt närvarande endast som ett namn.[38] Mästarens strängt kritiska hållning har stelnat till teser och tro. "Hans" tradition är i högsta grad dogmatisk, och den kan svårligen förenas med ett tänkande som är kritiskt i Kantiansk mening.[39] Gentemot denna tradition – "realismen",

[37] Lyles, a a s 45. Personligen har jag känslan att kritiken hos Hägerström är mindre *sansad* än hos Kant. Kant inbillade sig t ex inte att det var möjligt att bli kvitt metafysiken. Hägerström gjorde metafysikens förstörelse till sitt slutgiltiga mål och underströk detta genom att välja mottot "Praeterea censeo metaphysicam esse delendam" (För övrigt anser jag att metafysiken bör förstöras).

[38] När Karlgren tar sig an uppgiften att minska avståndet mellan Hägerströms filosofi och avtalsrätten förklarar han sitt uppsåt så (Avtalsrättsliga spörsmål s 157): "Avhandlingen [Hägerströms uppsats "Begreppet viljeförklaring på privaträttens område"] har, väl främst på grund av den svårförståeliga framställningsformen, hittills föga uppmärksammats från juridiskt håll. Då den emellertid innehåller mycket av intresse och de anmärkta spörsmålen uppenbarligen äro ur rent teoretisk synpunkt betydelsefulla, skall här – sedan ett försök gjorts att på ett för jurister mera begripligt språk återge huvudpunkterna i framställningen – ämnet i någon mån upptagas till utredning." Jfr Olivecrona, i inledningen till "Rätten och viljan" s 27 n 19; se härtill Eng, Hva er en viljeserklæring s 5; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 218 f.

[39] Jfr Lyles, a a s 650 ff, som gör poängen att Hägerström *inte var realist*, vare sig i filosofiskt hänseende (dikotomin idealism/realism) eller i den meningen, att han skulle ha hävdat att rätten måste återföras på empiriska realiteter; se också Sandström, Axel Hägerström och realismen s 853 ff. Jfr det förhållandet att Kant *inte var idealist* (se Kritik av det rena förnuftet s 76 ff och 301 ff). Hägerströms relation till "den skandinaviska realismen" kan jämföras med Kants relation till "den tyska idealismen".

som svensk civilrätt förstår den – är det varje deskriptiv kritikers uppgift att vara besvärlig.

Den deskriptiva kritiken skall, Kantianskt uttryckt, vara en domstol som säkrar förnuftets rättmätiga användning.[40] För den som inte är bekant med upplägget bör detta te sig en smula märkligt. "Skulle inte den 'deskriptiva kritiken' undvika dogmatism? Vad kan vara mer dogmatiskt och anspråksfullt än att försöka dra gränser för vetenskapens bedrivande? Var finns dessa gränser? Och med vilken rätt yttrar sig den självutnämnde deskriptive kritikern i frågan?" Det ligger emellertid i själva sakens natur (jo, faktiskt) att varje försök att åstadkomma en kort och koncis förklaring av den deskriptiva kritikens begrepp måste misslyckas. Denna form av tänkande får ju, så som den här har definierats, inte ta sin egen sanning för given. Varje positiv formulering låter sig emellertid betraktas som en sådan för-givet-tagen sanning – som den norm som kritiken utgår från – och så kan det sägas att denna ändå alltså var normativ.[41] Att här försöka sig på en definition åstadkommer lika mycket som att försöka lyfta sig själv i håret.

Vill man förstå den deskriptiva kritiken bör man se till *hur den bedrivs,* inte till hur dess begrepp formuleras.[42] Givet sammanhanget –

[40] Jfr Wittgenstein, Filosofi s 35: "Vår uppgift är endast att vara rättvisa. Vi behöver med andra ord endast utpeka och lösa filosofins orättvisor, och inte stifta nya partier – och trosbekännelser."; se härtill Hacker, Wittgenstein: Connections and Controversies s 34 ff.

[41] Förstår man Wittgensteins uppmaning, att låta ordens användning lära oss deras betydelser, som en tes – som en meningsteori – hamnar man i den vulgära tolkning som gör Wittgenstein till en normativ kritiker av filosofin. Som om han ville att filosofin skulle rätta sig efter vardagsspråket. Med den tolkningen finns det emellertid *mycket* i Wittgensteins skrivande som man tvingas bortse från, och den är såtillvida dålig.

[42] Till genrens främsta får man räkna Immanuel Kant, Søren Kierkegaard, Friedrich Nietzsche, Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger och väl också Michel Foucault. Dessa "stora" kritiker skiljer sig naturligtvis radikalt åt sinsemellan, men det hindrar inte att de kan sammanliknas (Rentsch, Heidegger und Wittgenstein s 60, ser, bara för att ta ett exempel, i Heideggers *och* Wittgensteins skrivande en andra kopernikansk revolution "im Anschluß an die transzendentalphilosophische Wende Kants"; se vidare dens, a a s 292 ff). Exempelvis kan inget av dessa författarskap sammanfattas i ett påstående om vad författaren egentligen ville ha sagt i filosofin – det är inte oväsentligt, inte en slump och det kan näppeligen förklaras med att de alla var dåliga skribenter (Kierkegaard, Nietzsche och Wittgenstein räknas vanligen som stora stilister). För egen del tyr jag mig i första hand till Wittgensteins texter. Angående möjligheten att summera Wittgensteins sena tänkande i en lära, se förordet till "Filosofiska undersökningar".

detta är ett inledande metodavsnitt i en doktorsavhandling i juridik – är det dock rimligt att kräva någon form av metodologisk förklaring (men bär gärna i minnet att det följande skall förstås tentativt).[43]

Den deskriptiva kritiken får naturligtvis inte själv dra upp gränserna för det kunskapsfält inom vilket den bedrivs, utan syftar till att uppmärksamma de gränser som redan och faktiskt är givna.[44] Och det är *givet*, skulle vi kunna säga, som inte meningsfullt kan ifrågasättas.[45]

Någonting kan vara givet, i denna bemärkelse, utan att vi för den sakens skull ser det, när vi tänker. I synnerhet det abstrakta tänkandet har en enastående förmåga att ignorera det givna. Ett klassiskt exempel, som spelar en central roll i den deskriptiva kritikens egen historia, ger vår tillsynes osvikliga förmåga att utgå från *namnen* när vi tänker över meningsskapande i språket.[46] Vi vill tro att orden får sina innebörder genom att beteckna fenomenen, trots att denna föreställning omedelbart framstår som befängd när vi tittar på vår faktiska språkliga praxis – men det är lätt att abstrahera och svårt att *se*.[47]

Ett exempel från vår närmaste omgivning: När det i doktrinära framställningar talas om tolkning av lag eller rättshandlingar brukar det framhållas, i enlighet med vad traditionen påbjuder, att tolkningen i) syftar till att fastställa ordens innebörd, och ii) erfordras emedan språket är vagt

[43] Jag parafraserar friskt. Ursprungligast av förlagorna är här förord och inledning till Kants "Kritik av det rena förnuftet" samt hans "Prolegomena". Den närmaste förlagan utgör Wittgensteins "Filosofiska undersökningar".

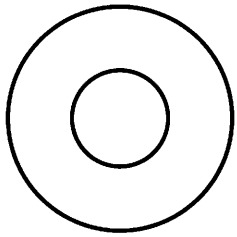
[44] Jfr Wittgenstein, Filosofi s 45: "Filosofins mål är att resa en mur där språket ändå upphör."

[45] Rätt besett gör detta frågan efter den deskriptiva kritikens egen grund poänglös: Emedan ett deskriptivt-kritiskt påstående är avsett att visa på någonting som vi alla känner som givet, kan det i viss mening inte vara sant eller falskt (så som man tänker sig att en "vetenskaplig hypotes" kan vara). Däremot kan det vara mer eller mindre lyckat, vilket vill säga att man kan känna igen sig i det i större eller mindre utsträckning.

[46] Den som oreflekterat antar, att en utsaga som har påståendets form är avsedd som beskrivning av sakernas tillstånd, gör sig skyldig till det misstag som Austin, How To Do Things With Words s 1 och 3, kallade "the descriptive fallacy" alternativt "the constative fallacy" – ett felslut som för övrigt redan Hägerström, Om pliktmedvetandet s 58, varnar för: "Det är ett svårartat misstag då man antager, att utsagosatsen, blott den icke rör sig om en medvetet uppdiktad värld, alltid skulle ge uttryck åt den talandes uppfattning angående verkligheten och alltid i samfärdseln vara avsedd som kunskapsmeddelelse." Se även Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s 101 f; Olivecrona, Rättsordningen s 214.

[47] Se härtill Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 40 och framåt; se också nedan avsnitt 8.5.3.

– och här brukar man anföra exempel. Ekelöf tog gärna ordet "skog".[48] Var går således gränsen mellan en dunge och en skog? Hur stora måste träden, eller plantorna, vara? Och så vidare. Vi ställs inför ett välbekant mönster:



Märk emellertid att detta resonemang på ett försåtligt sätt begränsar innebörden hos uttrycket "språklig innebörd" genom att återföra denna på *en viss övning* – den övning som går ut på att in abstracto, det vill säga utanför varje konkret livssammanhang, försöka dra en skarp gräns för en utvald deskriptiv terms tillämpningsområde.[49] Denna övning måste naturligtvis misslyckas, eller med andra ord mynna ut i slutsatsen att det ifrågavarande begreppet är vagt (vilket hänger samman med, att det inte var så vi en gång lärde oss att använda ordet – inte genom att någon drog upp gränsen för oss). Därmed är dock egentligen ingenting sagt om språkets vaghet i allmänhet, om språkets effektivitet som kommunikationsmedel eller om förhållandet mellan tolkning och rättstillämpning (det som Ekelöf siktade in sig på).[50] Ett ord som "skog" kan således i många

[48] Se t ex Ekelöf, Definitions and Concept Formation in the Law s 50 f; dens, Semantik och juridik s 498 f; dens, Teleological Construction of Statutes s 81 f; dens, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap s 19 f; se också Ross, Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s 132 f. I "Om ret og retfærdighed" använder Ross (s 134 f) ordet "bord". Hart, The Concept of Law s 126; dens, Positivism and the Separation of Law and Morals s 607, använder ordet "vehicle". Den som önskar göra en poäng av att språket är "vagt", på så sätt att varje begrepp "har" en Begriffskern (core) och en Begriffshof (penumbra), måste välja exempel med urskillning. Vissa substantiv, om vi av någon anledning måste hålla oss till substantiv – är uppenbarligen lämpligare än andra – jfr t ex "kärlek", "bildäck" och "rallarsving". Ekelöfs och Ross språksyn behandlas utifrån Wittgensteinianska utgångspunkter av Wennström, The Lawyer and Language s 74 ff; jfr Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 206 ff.

[49] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 69.

[50] Jfr Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 268: "Enbart av dessa semantiska förhållanden kan man visserligen inte dra den slutsatsen att tillämpningen av ett lagstadgande på ett konkret fall bör vara 'teleologisk'. Men [...]"

sammanhang betraktas som fullständigt exakt, i den bemärkelsen att det inte råder någon som helst tvekan om vad som menas när det används. Det är till exempel egentligen en förutsättning för att man skall kunna ägna sig åt den nyss nämnda övningen, att man vet precis vad som menas med "skog". Frågan: "Är detta en skog?" är ju *fullt* begriplig även om svaret är osäkert – ja, ofta faktiskt under förutsättning att svaret är osäkert; att mitt inne i en djup skog ställa frågan om skogen ifråga är en skog måste typiskt sett framstå som märkligt. *Då* skulle innebörden verkligen vara oklar: "Om du tvivlar på att *detta* är en skog, vad menar du i så fall med 'skog'?"

För att kunna se var och när orden betyder någonting för oss, måste vi *påminna oss om* hur de faktiskt används, istället för att abstrahera över "meningsskapande i språket", "begreppens vaghet" eller något dylikt. Att bedriva deskriptiv kritik är att komma med påminnelser.

Därmed står också klart att den deskriptiva kritiken inte "producerar" någon "ny kunskap". Den lämnar allt som det är – men är för den skull inte verkningslös. Det den eventuellt åstadkommer ligger dock i viss mening på det personliga planet, och kan under alla omständigheter inte tänkas som en positiv summa sanna satser. Utgångspunkten är alltid personlig. Påminnelserna sammanställs i varje fall i ett visst syfte, nämligen för att behandla ett eller annat problem, för att komma till rätta med en eller annan teoretisk svårighet. Och med problem menas här svårigheter som tänkandet faktiskt anfäktas av. Problem är någonting som man har.[51]

Den deskriptiva kritikens metod tillhandahåller inte något universalmedel. Tanken är blott, att vissa av våra svårigheter kommer sig av att vi vill gå utöver tänkandets gränser.[52] Kan man då genom kritik av tänkandet för sig själv göra tydligt var gränserna går, blir det möjligt att besinna sig, och man kan förmå sig att ge upp den strävan som genererat problemet – komma till insikt om att man strängt taget velat tänka det omöj-

[51] Och denna uppfattning skall ställas mot tanken att problem är någonting som objektivt sett "finns". En tanke som gång på gång kommer till tals i de framställningar som utan urskillning vill göra vetenskapen till ett *kollektivt* projekt (som om vi alla pratade om samma objekt, som om, t ex, "rätten" vore densamma hos Raz som hos Kelsen).

[52] Strängt taget kan man naturligtvis inte tänka utanför tänkandets gränser. Som Wittgenstein påpekar i förordet till Tractatus: "Ty för att dra en gräns för tänkandet måste vi kunna tänka bägge sidorna om gränsen (vi måste alltså kunna tänka det som inte kan tänkas)." Se Cerbone, How To Do Things With Wood, för en diskussion av denna passage. Se också Wittgenstein, Tractatus 5.61.

liga.[53] Resultatet är negativt, snarare än positivt.[54] Kritiken skall göra det möjligt att låta bli någonting.[55] Den skall visa flugan vägen ut ur flaskan, som saken framställs i en av Wittgensteins mest kända liknelser. Det kritiska arbetet blir sålunda i viss mening *terapeutiskt*. Kritikern arbetar med sig själv, med sina strävanden och med de föreställningar han gjort sig. De svårigheter man här har att kämpa med är först och främst svårigheter för viljan, snarare än för förståndet. Typiskt sett gäller det att försöka hålla sin övertygelse om, att det *måste* vara på ett eller annat sätt, i schack.

Denna terapeutiska inriktning till trots är inte den deskriptiva kritiken kritikerns ensak, och hans arbete är inte utan intresse för utomstående andra. Ty *tänkandet* är inte en privat angelägenhet. Talar man om "tänkande" – så som Heidegger gör i denna kontext – ligger visserligen den tanken farligt nära. Tänkandet tänker vi som det mest fördolda – det enda som till sitt väsen är helt och hållet privat. Det är "inre" – och därmed inte "yttre", det vill säga tillgängligt för andra. Den deskriptiva kritikens möjlighet beror emellertid av, att den bilden i sammanhanget är missvisande.[56] Det rör sig ju om en bild som *vi* gör oss, som är gemensam – och därför kan den göra tjänst som sitt eget motexempel. Den reproduceras i det oändliga i vår kultur, och exemplaren är lätta att identifiera och hålla fram.

För att ta någonting som ligger nära till hands: Så länge det har funnits en tolkningslära – och tolkningsläran är lika gammal som den västerländska traditionen – synes man ha räknat med en skillnad mellan vilja (inre) och uttryck (yttre).[57] Stig Jørgensen skriver:

> Det var den græske sofistik, som skelnede mellem ord og mening, og som grundlagde fortolkningslæren, som den er forblevet helt frem til nutiden: ånd og bogstav, vilje og erklæring.[58]

Redan de gamla grekerna, som det brukar heta. Det är klart att ett påstående som på detta vis i en mening skall sammanfatta tolkningslärans hela historia inte kan tas på alltför stort allvar, men jag tror att Jørgensen

[53] Heideggerskt uttryck: Vi får inte tänka förbi sakförhållandet.

[54] Men det är en fråga om perspektiv. Se Kant, Kritik av det rena förnuftet s 68 f.

[55] Se härtill t ex Stone, Wittgenstein on Deconstruction s 110 ff.

[56] Och mycket av nittonhundratalets fackfilosofi har gått ut på att visa att så är fallet. Temat är centralt i Wittgensteins "Filosofiska undersökningar", och framträdande i arbeten av celebriteter som Donald Davidson, Hilary Putnam och Richard Rorty.

[57] Förstå nu detta som ett exempel på den deskriptiva kritikens teknik.

[58] Jørgensen, Sprog og virkelighed s 770.

här har en viktig poäng. De *former* i vilka tolkningsproblemen diskuterats genom millennierna har verkligen i hög grad varit beständiga.[59] Tolkningslärans första fråga – "Hur skall texten förstås?" – tycks tvinga fram en resonemangsstruktur med ett visst bestämt utseende.[60]

Grundläggande är härvidlag att det som efterfrågas, textens mening, på något sätt måste ligga bortom lydelsen, som är uppenbar och omedelbart given. Samtidigt är det lydelsen – orden – som utfrågas. Meningen skall vara textens, höra till texten och inte vara någonting som man tvingar på den – och så är den dialektiska rörelse, mellan text och innebörd (scriptum et voluntas), som kännetecknar tolkningen påbörjad.[61]

[59] Jfr Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 429. Därmed inte sagt att de inblandade begreppens *innebörder* bestått oförändrade. Att viljebegreppets innebörd på ett visst sätt förändrats, i och med den moderna avtalsrättens utbildande, är en av de centrala teserna i denna framställning – jfr Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 318; dens, Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten s 204 ff. I dessa frågor har vi att följa Nietzsches anvisningar i den berömda andra avhandlingen i "Till moralens genealogi" – se särskilt s 242 ff. Vad Nietzsche på dessa sidor inskärper är, att rättens "ändamål" och "mening" flyter, allt efter det att rätten gång på gång nytolkas och läggs till rätta efter de härskande intressena, vilket gör att vi inte kan förvänta oss att rättsutvecklingen skall vara linjär eller begriplig. Foucaults uppsats "Nietzsche, Genealogy, History" är en utläggning på temat som tål att uppmärksammas. (Nietzsches genealogi har ju varit av avgörande betydelse för Foucaults eget skrivande.)

[60] Platons dialoger anses vara den viktigaste källan till vår kunskap om sofisternas läror. De är opålitliga – John Dillon skriver i inledningen till Dillon-Gergel, The Greek Sophists s xix: "Plato is, of course, a declared foe of the sophists and all that they stand for, so that we cannot expect from him a sympathetic portrayal." Inte desto mindre: I dialogen Protagoras låter Platon Sokrates debattera den korrekta tolkningen av en text av diktaren Simonides med just en samling sofister. Man söker fastställa vad diktaren egentligen menat och hänvisar under resonemangets gång till sådant som de ifrågasatta uttryckens grammatiska innebörd, det specifika språkbruk som iakttogs på diktarens hemort, diktens övergripande syfte och relationen mellan de enskilda uttrycken och texten som helhet. Allt på ett sätt som en nutida jurist kan känna sig bekväm med. Se Platon, Protagoras s 104 ff. Jfr Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 23 f: "Gång på gång hör man anmärkningen att filosofin egentligen inte gör några framsteg, att vi ännu sysslar med samma filosofiska problem som en gång sysselsatte grekerna. Men de som säger detta förstår inte grunden till att det måste vara så [...] att vårt språk förblir sig likt och ständigt på nytt förför oss till att ställa samma frågor."

[61] Noteras kan, att enligt hävdvunnen historieskrivning tillämpade man en strikt bokstavstolkning i den romerska rätten ungefär fram till republikens upphörande, vid vilket tillfälle man tog upp distinktionen mellan ordalydelse och avsikt från den grekiska retoriken – se t ex Honsell, Römisches Recht s 27 f. Vi skriver gärna vår egen historia efter ett liknande mönster. Jfr Huser, Avtaletolking s 181, som anmärker: "I avtalerettslige frem-

Innebörden relaterar vi till avsändaren, på olika sätt beroende på textslaget. Gäller det till exempel ett avtal, frågar vi efter det som parterna velat förplikta sig till, varvid vi leds in på en undersökning av förhållandena vid tidpunkten för avtalsslutet. Vi är hänvisade till att dra våra slutsatser om parternas vilja utifrån texten, sedd i ljuset av de faktiska omständigheterna vid denna tidpunkt. Partsviljan i sig ("partsvilja" är det namn vi ger textens innebörd) förblir i viss mening fördold.[62] Den kan inte vara konstaterbar. Viljan är det "inre" som avtalet i egenskap av att vara "yttre" ger uttryck för. Detta förhållande, som kan te sig mystiskt, har avtalsrättare i alla tider haft att göra reda för. Frågan blev som bekant central under 1800-talet, och har dominerat den avtalsrättsteoretiska diskussionen sedan dess, om inte annat därigenom att man har försökt slippa undan den – till exempel är den absolut avgörande för en författare som Grönfors.[63] Den arketypiska förklaringen, som vi i en eller annan form fortfarande har att förhålla oss till, tillhandahåller de ratio-

---

stillinger hos oss åpner en typisk skissering av tolkingslærens historiske utvikling med en henvisning til forholdene i gamle og primitive samfunn og oppstilling av *en hypotese* [min kurs] om slavisk bokstavstolking. Deretter diskuteres som regel viljesteorien, og til slutt fremstilles reaksjonen på denne som gjeldende rett. Dette er en forenkling [...]" Se härtill Adlercreutz, Avtalsrättens framväxt i högsta domstolens praxis s 6 f och 63 f; Arnholm; Privatrett I s 39 f och 212 ff; Jørgensen, Fire obligationsretlige afhandlinger s 84 ff; Lassen, Vilje og Erklæring s 2; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 19 f; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 28 f och 73. Jag tror för egen del inte att dessa stipulerade kast i utvecklingen har någonting med tolkningens *praktik* att göra, men väl med dess *teori*. Jfr Adlercreutz, a a s 63: "Domstolarna har länge varit förtegna om hur de hanterade tolkningsfrågor. Doktrinen har varit mera meddelsam [...]" Se också Mitchell, Interpretation of Contracts s 43 ff och 60.

[62] Det gamla bruket att behandla "vilja" och "innebörd" som synonymer är ägnat att irritera den realistiskt skolade rättsvetaren, men detta bruk har inte den betydelse som realisten vill ge det. Viljan är med andra ord här *inte* ett empiriskt-psykologiskt datum, utan den avsikt som texten ger uttryck för. Jfr t ex Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 213 n (a): "Ich gebrauche den Ausdruck *Gedanke*, weil ich durch ihn den geistigen Inhalt des Gesetzes am bestimmtesten bezeichnet finde. Andere gebrauchen, nicht weniger richtig, den Ausdruck *Sinn*." Se härtill dens, Das Obligationenrecht, bd II s 189, där det påpekas att detsamma gäller vid tolkningen av alla typer av viljeförklaringar – detsamma, dvs att det är tolkningens mål att "in dem todten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unserer Betrachtung wieder entstehen zu lassen."

[63] Se särskilt Grönfors, Tolkning av fraktavtal – en text som iscensätter ett uppror mot tanken att tolkningsfrågorna skall behandlas med utgångspunkt i viljeförklaringsbegreppet. I ett historiskt perspektiv framstår Grönfors projekt kanske som väl ambitiöst (jfr Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 445 f) – och Grönfors

nalistiska naturrättslärarnas postulat, att den yttre handlingen är ett *tecken* för viljan – ett signum voluntatis – som vi i brist på direkta bevis måste lägga grund för våra slutsatser om vilken viljan varit. Frontfiguren är här Hugo Grotius, ofta utpekad som den moderna avtalsrättens fader.[64] I hans "De iure belli ac pacis libri tres" heter det:

> "I fråga om ett avtal bör det du menade inte det du sade övervägas," säger Cicero. Men eftersom inre handlingar i sig själva inte är synliga, och något visst bör föreskrivas, så att förpliktelsen inte skulle bli upphävd om man kunde befria sig genom att tillskriva sig en godtycklig mening, så bjuder själva det naturliga förnuftet, att den som utlovats något har rätt att tvinga löftesgivaren till det som en riktig tolkning ger vid handen. Ty annars skulle saken inte ha någon utgång; vilket i moraliska frågor hålles för omöjligt. [...] Måttet på en riktig tolkning är härledningen av avsikten utifrån de mest sannolika tecknen.[65]

Problematikens grundläggande struktur är synbarligen densamma i de flesta nutida varianter av den moderna avtalsrätten. Artikel 8 i CISG har till exempel följande lydelse – och motsvarande konstruktioner finner

---

har också velat göra sig fri från historien, genom att framställa tolkningsläran (och avtalsrätten i övrigt) som någonting tillfälligt och anpassligt, en ren effekt av rådande samhällsförhållanden. Se Grönfors, a a s 17, 54 och 88; dens, Ändamål och funktion s 523; dens, Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet – jfr dens, Avtal och omförhandling s 17 ff. Tekniken tillämpades redan av O W Holmes – avsnittet om avtal i "The Common Law" inleds (s 247) med påpekandet: "The doctrine of contract has been so thoroughly remodelled to meet the needs of the modern times, that there is less necessity here than elsewhere for historical research." Jfr Nietzsche, Bortom gott och ont s 26: "Att en teori går att vederlägga hör sannerligen inte till det minst attraktiva i den: just därigenom lockar den finare huvuden. Det tycks som om den hundra gånger vederlagda teorin om 'den fria viljan' har just denna lockelse att tacka för sitt sega fortbestånd –: om och om igen dyker någon upp som känner sig stark nog att vederlägga den."

[64] En ny epoks födelse förutsätter ett brott med det gamla. Hägerström ägnade mycket möda åt att avfärda försöken att härleda viljeförklaringstanken från den romerska rätten. Med eftertryck fastslår Hägerström, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung, bd II s 351: "[a]ber *keine* Anwendung moderner – in Wirklichkeit vom Naturrecht bestimmter – Kategorien auf die Römer ist so verkehrt wie die Übertragung das Begriffes ‚Willenserklärung' als für die Erklärung bei einem Rechtsgeschäft kennzeichnend." Se även Huser, Avtaletolking s 269 n 514; Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 110 ff; Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 12; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft s 31 f och 152 f; Stang, Viljesdogmet s 284 f; Werba, Die Willenserklärung ohne Willen s 14.

[65] Översättning i Strömholm-Frändberg (red), Rättsteoretiska klassiker s 131. Jfr Pufendorf, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten s 137 ff. Se härtill t ex Olivecrona i inledningen till "Rätten och viljan" s 29 ff.

man i Principles of European Contract Law och UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts:[66]

1) Vid tillämpningen av denna konvention skall en parts uttalanden och övriga uppträdande tolkas i enlighet med hans avsikt, om den andra visste eller inte kunde ha varit omedveten om vilken avsikten var.

2) Om föregående stycke inte är tillämpligt, skall en parts uttalanden och övriga uppträdande tolkas i enlighet med den uppfattning som en förnuftig person i den andra partens ställning skulle ha fått under samma omständigheter.

3) Vid fastställande av en parts avsikt eller hur en förnuftig person skulle ha uppfattat den, skall vederbörlig hänsyn tas till alla omständigheter av betydelse, såsom avtalsförhandlingarna, praxis som har utbildats mellan parterna, handelsbruk och annan sedvänja samt parternas senare uppträdande.

Det är avgivarens *avsikt* som skall fastställas – antingen "subjektivt" enligt huvudregeln i art 8.1 eller "objektivt" enligt undantagsregeln i art 8.2 (notera syftningen i skrivningen "eller hur en förnuftig person skulle ha uppfattat *den*" i art 8.3). Märk väl att denna konstruktion gör det svårt att skilja det subjektiva från det objektiva på det sätt som man som svensk förmögenhetsrättare är predisponerad att vilja göra. Som följer av art 8.3 skall avsikten vidare, oavsett om bedömningen är subjektiv, enligt art 8.1, eller objektiv, enligt art 8.2, fastställas med hänsyn tagen till samtliga relevanta omständigheter,[67] vilket vill säga att avsikten i sig inte är att betrakta som ett tolkningsdatum.[68] Avsikten är den innebörd

[66] PECL art 5:101; UPICC art 4.1. Lando, Kontraktsretten i et europæisk og internationalt perspektiv, kallar dessa tre regelverk – CISG, PECL och UPICC – "trojkan" och tillägger dem stor normativ tyngd. Detta är väl ett uttryck för någonting som ligger i tiden. I vida kretsar antas denna trojka nu visa vägen för avtalsrätten. Men man kan också, som här, betrakta ifrågavarande regler och principer som resultatet av avlagringar av många sekler av avtalsrättslig historia. CISG, PECL och UPICC fungerar som arkiv innehållande mycket av den mest konventionella avtalsrättsliga visdomen. Jfr budskapet i t ex Legrand, Antivonbar.

[67] Just som enligt svensk rätt. I motiven till avtalslagen heter det: "Vad som skall anses utgöra innehållet av en avgiven viljeförklaring hava domstolarna att fastställa genom tolkning av förklaringen, varvid hänsyn naturligtvis bör tagas icke blott till dennas ordalydelse utan till samtliga omständigheter, som kunna vara av betydelse för ett riktigt bedömande av dess innebörd." Se NJA II 1915 s 251; jfr dock Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 10 och 43 f.

[68] Inte som vid tillämpningen av principen falsa demonstratio non nocet, och inte som i t ex NJA 1997 s 382, där HD uttalar: "Denna fråga får besvaras med användning av vanliga principer för avtalstolkning, varvid inte bara lydelsen av avtalsvillkor utan även omständigheterna vid dessas tillkomst och vad som kan utrönas om parternas avsikter kan få betydelse."

som vi har att sluta oss till – "utifrån de mest sannolika tecknen", som Grotius uttryckte det. Tolkningen förblir hypotetisk i den meningen att den aldrig kan visas vara slutgiltig. Avsikten skulle kunna vara en annan. Och det betyder: Tecknen skulle kunna tydas annorlunda.[69] Såtillvida förblir avsikten – tanken bakom texten – fördold.

Det låter sig tydligen utan vidare påstås, att avtalsrätten som kulturellt och historiskt fenomen i högsta grad bidrar till upprätthållandet av föreställningen, att tänkandet är en privatsak. Denna tanke är alltså publik, en kulturell angelägenhet. Den angår oss, den leder våra tankar i en viss riktning och den försätter oss i vissa svårigheter – svårigheter av just det slag som den deskriptiva kritiken sysselsätter sig med.

För att understryka att tekniken på detta sätt är inriktad mot någonting som vi har gemensamt, vill jag kalla den form av deskriptiv kritik som bedrivs i denna avhandling för "språkkritik".[70] "Språket" står här för de inom en given kultur gemensamma formerna för tänkandet.[71] Och i denna mening kan vi betrakta till exempel den svenska avtalsrätten som en kultur, som har sitt eget språk. Jag försöker, får jag då säga, att underkasta det avtalsrättsliga språket kritik – men, som vi nu har sett, betyder det inte att jag är negativt inställd till språket, eller till avtalsrätten. Genom att kalla min undersökning språkkritisk vill jag snarare signalera att jag har för avsikt att behandla mitt avtalsrättsliga problem – frågan

[69] Finns det då inga enkla fall? Nej, i denna mening finns det inga enkla *tolkning*sfall. *Tolkning förutsätter oklarhet.* Men det är ingen tes, utan en "grammatisk anmärkning". Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 392, hävdar att förståelse förutsätter tolkning och att vi således, i det att vi förstår, *alltid* tolkar. Häremot har Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 25 n 48, invänt att förståelse av språkliga uttryck kan ske antingen oreflekterat och omedelbart, eller reflekterat och medelbart, genom tolkning. Detta har emellertid Gadamer nog inte avsett att förneka. Gadamers anmärkningar om relationen mellan tolkning och förståelse tar sikte på betingelserna för vår tillvaro – de skall förstås ontologiskt (jfr Heidegger, Varat och tiden. Del I s 61 f och 193 ff), inte psykologiskt (Larenz-Canaris) eller grammatiskt (mitt påstående ovan). Jfr Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten s 304; Patterson, Law and Truth s 99 ff och 126 f; Stone, Wittgenstein on deconstruction s 85 ff.

[70] "All filosofi är 'språkkritik'." skriver Wittgenstein, Tractatus 4.0031. Jag rycker hänsynslöst termen ur den kontexten, vilket vill säga att jag inte ansluter mig till den specifika vision av filosofin som kommer till uttryck i "Tractaus". Termen "språkkritik" är, för övrigt, inte Wittgensteins egen, utan hör till den Kantianska traditionen efter Schopenhauer; se Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 120 ff och 167 ff.

[71] Jfr Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 26: "Språket har samma fällor i beredskap för alla; det oerhörda nätverket av lättbevandrade irrvägar."

om tolkningens förhållande till utfyllningen – genom att spåra de meningsvillkor som det avtalsrättsliga språket som sådant dikterar, genom att vara *lyhörd*, så gott det går känslig för språkets egenheter.[72]

Tilläggas bör, att när jag här talar om "språket" så har jag inte någon särskild språkteori i åtanke.[73] Jag försöker att överhuvudtaget bara mena vad jag skriver. Det döljer sig inga konstfärdigt utformade begreppsapparater under textens yta. Det finns ingenting att definiera.[74] Istället får jag hänvisa till texten. När jag till exempel nyss gav den form av deskriptiv kritik som jag bedriver epitetet "språkkritik", så var det efter ett längre resonemang om förhållandet mellan det inre och det yttre – mellan det privata och det offentliga – i tänkandet. Resonemangets poäng var, som läsaren kan påminna sig, att tänkandet inte är en privat angelägenhet, även om de problem man gör sig under det att man tänker kan sägas vara personliga. Valet av termen "språkkritik" motiverades alldeles uttryckligen för att understryka denna poäng. Förledet "språk-" skall alltså markera att mina undersökningar, trots den terapeutiska syftningen, inte angår mina privata angelägenheter, utan "våra" angelägenheter – och här avser jag uppenbarligen en tänkt läsekrets, en avtalsrättsvetenskaplig gemenskap. Någonting *annat* än detta – någonting "teoretiskt" – har jag inte avsett att uttrycka. Jag föreställer mig att någonting motsvarande skulle kunna sägas för *alla* de termer som förekommer i denna avhandling.

[72] Jfr det som Pavlich, Experiencing critique s 102, kallar "critique beyond judgement".

[73] Jag försöker här inte att göra ordet "språk" till en teknisk, teoretisk term. Det vore inte förenligt med mina Wittgensteinianska utgångspunkter. Men anmärkas kan, att det finns klara beröringspunkter mellan det angreppssätt jag väljer och diverse poststrukturalistiska, narratologiska och litteraturteoretiska teoribildningar som kan fungera som ingångar till en deskriptivt kritisk hållning till "språket". Den mest bekanta av de termer som i dessa sammanhang får beteckna språket är "diskursen" – en term som även jag använder, i en alldeles oteknisk mening.

[74] Av alla de trick och tekniker som man har att lägga sig till med om man vill framstå som vetenskaplig, finns det inget som jag har mindre till övers för än *definitionen*. Finns det annars, i humanvetenskaperna, något metodologiskt grepp som är så värdelöst, samtidigt som det ger ett så solitt och stringent intryck? Jag håller alltså inte med Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 81, om att "det säger sig självt, att en framställning, i vilken författaren skulle vilja lämna därhän, vad ett av honom använt grundbegrepp i själva verket innebure, saknade vetenskaplig metod"; se vidare nedan i och vid n 1113. Jfr H Andersson, Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen s 68.

1.3 Plan över framställningen

Avhandlingen indelas i två avdelningar och elva kapitel:

Första avdelningen. Tekniken (kapitel 1 till och med 3). Den avdelning i vilken vi nu befinner oss. Texten här består, förutom av det första kapitlets presentation av frågeställning, metod och disposition, väsentligen av en illustration och konkretisering av avhandlingens metod. Samtidigt försöker jag rättfärdiga metodvalet.

Den grundläggande idén bakom "språkkritiken" har läsaren redan kunnat bekanta sig med. I det närmast följande – i *kapitel 2* – gör jag gällande att det inom avtalsrätten finns ett *behov* av språkkritik, och försöker att underbygga detta påstående med hjälp av en historiserande analys av den moderna svenska avtalsrätten. Här utgår jag från den distinktion mellan *formella* och *materiella* analyser av avtalsrätten, som kommit att konstituera den moderna avtalsrättens grundideologi. Tanken är som bekant att avtalsrätten under det senaste hundra åren rört sig från form mot materia. Jag intresserar mig för villkoren för detta påståendes utbildande, gör en konkret jämförelse mellan de resonemangsstrukturer man påträffar hos Thomas Wilhelmsson respektive Kurt Grönfors, samt konfronterar den resulterande bilden med utvecklingen i den internationella avtalsrättsliga diskursen. Min slutsats blir att påståendet, att avtalsrätten utvecklas från ett formellt skede mot ett materiellt sådant, kommit att förlora sin funktion. Jag vill insinuera att disciplinen på sitt sätt gått i stå, och försöker övertyga läsaren om att språkkritiken erbjuder en möjlighet att komma vidare. Tanken är här inte att bortom allt tvivel fastställa språkkritikens nödvändighet och överlägsenhet, utan snarare att till läsaren förmedla en känsla för perspektivet, så att det framstår som ett alternativ som är naturligt eller åtminstone rimligt, givet de omständigheter som avtalsrätten för närvarande befinner sig i. Avslutningsvis beskriver jag – i *kapitel 3* – några av teknikens konkreta kännetecken och särdrag, för att ge en bättre uppfattning om det språkkritiska alternativets innebörd. Utgångspunkten tas i denna del i Lennart Vahléns skrivande om avtalstolkning, som på så sätt presenteras för läsaren – vad gäller just distinktionen mellan tolkning och utfyllning är ju Vahléns författarskap centralt.

Andra avdelningen. Tillämpningen (kapitel 4 till och med 11). I denna avdelning hanteras undersökningsobjektet i enlighet med de principer som utvecklats i den första avdelningen. Följaktligen tar jag mig inte för att *konstruera* någon teori, eller lära, om förhållandet mellan tolkning och utfyllning. Istället rymmer texten ett försök att *behandla* den svårighet som förknippas med denna distinktion – genom att på språkkritikerns sätt ställa de föreställningar vi gör oss om tolkningen och dess relation till den utfyllande rätten mot avtalsrättens faktiska, språkliga praktik. Syftet är här, kan man säga, inte i första hand att lösa problemet, utan att lösa upp det.

Det moderna förmögenhetsrättsliga tänkandet kan inte utan vidare fördra distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Jag finner orsaken till detta i en motsägelse mellan vissa grundläggande strukturer i diskursen kring tolkningsbegreppet – strukturer som vi har med oss från den process under vilken vår juridik bröt sig loss från den tyska rättskulturen. Min tanke är att man kan rikta uppmärksamheten mot dessa strukturer i vårt *nutida* språk genom att i framställningen gå tillbaka till tiden för dessa strukturers utbildande. För sådant som vi nu helt enkelt bara säger – sådant som nu hör till våra diskursiva reflexer – har ofta en gång varit kontroversiellt och viktigt. Och kan vi se vad det då handlade om – vad som då stod på spel – får vi möjligheten att tänka tanken, att det hade kunnat vara annorlunda. Sådant som vi har förstått nästan som en del av avtalsrättens själva logik, kan med en sådan historiserande strategi fås att för stunden framstå som följden av historiska tillfälligheter.

Primärt riktas intresset i denna framställning mot viljebegreppet. Vi har lärt oss att betrakta viljan som ett psykologiskt fenomen, som någonting inne i parternas huvuden, och därmed som någonting faktiskt. Vad skulle viljan annars vara?! Men därmed har vi också skiljt avtalstolkningen – *så länge som denna konstrueras som ett utrönande av partsviljan* – från rättstillämpningen, det vill säga tolkningen från utfyllningen, och i samma rörelse har vi skiljt vår egen tradition, vår egen tid, från det som vi nu kan kalla "äldre juridik". Ty den tyska artonhundratalsjuridiken faller samman i en hög av nonsens så snart viljebegreppet tolkas realistiskt. Kvar blir bara det föga smickrande minnet av denna juridik, enligt vilket densamma var grundad i en ohållbar "metafysik".

För att förstå de problem som vi i nuläget har med distinktionen mellan tolkning och utfyllning måste vi vidare se, att den objektiveringspro-

cess som först skiljde utfyllningen från tolkningen aldrig avstannade. Säger vi att viljebegreppet endast skall användas när det har "täckning i realiteterna" så har vi slagit in en kil mellan det nedärvda juridiska språket och den faktiska sociala verklighet, som rättsreglerna – så får vi nu tänka oss saken – tar sikte på. Vi får en splittring mellan fakta och rätt, och det är denna dikotomi som grundlägger den realistiska ideologin. Verkligheten, inte traditionen (texterna), är nu styrande – och frågan hur rätten *bör* vara utformad tycks plötsligt vara öppen på ett sätt som saknar motsvarighet i "äldre juridik". Därmed infinner sig till slut också frågan om avtalstolkningen överhuvud bör vara beroende av partsviljan. Och i detta ögonblick förlorar distinktionen mellan tolkning och utfyllning sin ideologiska legitimitet. Detta är i stora drag det ideologihistoriska förlopp som jag i avhandlingens andra avdelning vill rikta uppmärksamheten mot och skapa förståelse för.

För att göra det möjligt att se problemet och dess orsaker, och slutligen också för att kunna få det grepp som detta problem har om det avtalsrättsliga tänkandet att lossna, konstruerar jag ett resonemang *som gång på gång återvänder till frågan om distinktionens legitimitet.* Framställningen drivs framåt med en upprepad rörelse, som i grund och botten är mycket enkel. Jag pekar om och om igen på det förhållandet, att den skillnad mellan tolkning och utfyllning som vi laborerar med i avtalsrätten, och som innebär ett försök att skilja verkligheten från rätten, alltid är ett postulat uppställt i den rättsliga texten som sådan. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är ett uttryck för vår realistiska strävan – det vill säga ett uttryck för ambitionen att inifrån rätten nå ut till verkligheten, för att på så sätt finna den avgränsning som skall göra det möjligt att hålla systemet på plats, och att bottna i den rättsliga analysen. Min poäng är, att denna strävan *i ett visst avseende* är fåfäng. Och jag försöker att förmedla denna poäng genom att peka på ett antal olika konkreta rättsliga och historiska sammanhang – snarare än genom att själv bygga en stor och sammanhållen berättelse om "realismens" utveckling och dennas konsekvenser för "tolkningsbegreppet", eller någonting i den stilen.

Efter att – i *kapitel 4* – med hjälp av en liknelse ha presenterat den grundläggande diskursiva mekanismen (jag använder seriemediet som metafor) riktas uppmärksamheten i tur och ordning mot förhållandet mellan praxis och doktrin på tolkningslärans område (*kapitel 5*), mot

förhållandet mellan ordens användning och den verklighet orden refererar till (*kapitel 6*), mot den relation mellan rätt och verklighet som upprättas genom den process som vi känner som "den skandinaviska rättighetsdebatten" (*kapitel 7*), mot konflikten mellan den avtalsrättsliga traditionen och vårt antimetafysiska arv (*kapitel 8*), mot förhållandena mellan form och materia, realism och hermeneutik samt, för exemplets skull, mellan subjektiva och objektiva förutsättningsläror (*kapitel 9*) och förhållandet mellan den avtalsrättsliga dikotomin tolkning/utfyllning och den processrättsliga dikotomin sakfrågor/rättsfrågor (*kapitel 10*). Slutligen sägs någonting om vad allt detta "pekande", allt detta "uppmärksammande", skall ha åstadkommit (*kapitel 11*).

Samtidigt som resonemanget på detta sätt låter sig beskrivas som en serie iterationer över ett antal tillsynes disparata sammanhang, så hänger det också samman. Det rör sig med andra ord verkligen om ett resonemang. Texten skall inte förstås som ett cirklande kring ett antal godtyckligt utvalda topoi. Den rör sig också framåt, men inte linjärt, utan kors och tvärs över ett landskap (Wittgenstein). Den följer vägar (Heidegger), och jag hoppas att den är skriven så, att den uppmuntrar läsaren att följa med.

*

Vad som nu beskrivits är avhandlingens övergripande struktur. Denna bör dock inte skymma sikten för den mångfald av mindre berättelser som texten är uppbyggd av. Omvänt bör den rikhaltiga förekomsten av underberättelser inte tolkas som ett uttryck för ointresse för huvudspåret. Den teknik som används genererar oupphörligen nya berättelser, som, ställda utanför undersökningens sammanhang, löper risken att framstå som oförklarliga utvikningar.[75] Jag får påminna om att det som driver framställningen är övertygelsen, att de avtalsrättsliga fenomenens själva innebörd måste undslippa var och en som inte beaktar det sätt på vilket de avtalsrättsliga texterna historiskt är situerade. Med en sådan utgångspunkt måste de större frågorna brytas upp, och behandlas, i redogörelser för *olika* konkreta textsammanhang. Avhandlingstexten kan betraktas som en uppsättning kinesiska askar – öppnar man en ask, finner

[75] Jfr H Andersson, Anm av Schultz, Kausalitet s 470. Jag säger alltså *inte* att jag *verkligen* gör många utvikningar – tvärtom; jag gör mitt bästa för att "hålla linjen".

man en annan ask, som innehåller ännu en ask och så vidare.[76] Något "egentligt" innehåll når man aldrig, såvida man inte förmår anse själva proceduren – öppnandet av askarna – meningsfull. Och det är en läsanvisning, inget *mystiskt* budskap ... det är klart att texten är meningsfull.[77]

[76] Sandgren, Hänvisningar i rättsvetenskapen s 67, anmärker att rättsvetenskapare i regel inte kommenterar sitt bruk av noter, och finner att: "[e]n förklaring kan vara att 'hänvisningskulturen' är mycket fast, varför författarna inte reflekterar närmare över sin praktik." För denna undersöknings del kan en avvikelse möjligen motiveras. Sandgren, a a s 69, kan efter en empirisk undersökning slå fast, att i det rättsvetenskapliga sammanhanget "hänvisningar i första hand brukas som stöd åt påståenden som görs i framställningen." Det är inte primärt så noterna används i förevarande arbete. Mina noter innehåller bl a jämförelser, exempel, citat, reflektioner, problematiseringar, anmärkningar, preciseringar och små berättelser på anslutande teman. Jfr Schultz, Kausalitet s 61 n 69, som också kommenterar sitt bruk av fotnoter.

[77] Jfr H Andersson, Barthesianska meditationer s 83 ff, särskilt s 84 n 40; dens, Ekonomisk-ideell skada s 21, angående den form av förståelse som "semiotiska" undersökningar genererar visavi den traditionella positivismens essentialism.

2 Den moderna avtalsrättens problem – om behovet av språkkritik på avtalsrättens område

> What are the standards of critique? Critical contract law is commonly understood as a law that is critical of power and domination in society and takes side with consumers, workers and small business. This raises, however, the uncomfortable question of how such a critique is able to reconcile its somewhat uncritical partisan support for particular social interests with its original universal aspirations. There exists, fortunately, a different understanding of critical contract law. It goes back to the classical European tradition of *Kritizismus* which has always seen its task as the epistemological critique of dominant reason.
>
> *Gunther Teubner*

2.1 Inledning – något om språkkritik och juridik

Den beskrivning av det "språkkritiska" perspektivet som framställningen så långt givit, lämnar tillsynes många frågor hängande i luften. Inte minst torde det vara svårt att se – utifrån mer traditionella rättsdogmatiska premisser – hur en undersökning av nu angivet slag skulle kunna uträtta någonting i *juridiskt* hänseende. Juristen är en praktiskt inriktad varelse, som tänker i termer av resultat och relevans – och språkkritikens resultat skulle, har det ovan sagts, uteslutande vara negativt. Varför skulle juridiken befatta sig med en sådan metod? Här står ett helt komplex av föreställningar, som vi byggt upp kring vårt begrepp om den juridiska metoden, i vägen för förståelsen. Låt mig ge två exempel.

För det första. Vi har för vana att tala om den juridiska metoden i singularis. Att den juridiska metoden skall vara en och bara just en, är ju en grundläggande premiss för vår metodologiska debatt, i dess trötta, traditionella form.[78] I sammanhanget utgör detta förhållande en potentiell

[78] Objektiv, subjektiv eller teleologisk metod? Kanske eklekticism (som också det är en metod)?

källa till missförstånd, för det står klart att språkkritiken inte kan tänkas som den enda juridiska metoden. Juridik förutsätter rättsproduktion. Endast rättsvetenskapen har tillstånd att undantagsvis avstå från att delta i det ständiga reproducerandet av rättsordningen.[79] Men vi menar nog att rättsvetenskapen bör delta – "vara normativ", "konstruktiv", komma med "lösningsförslag". Och i detta visar sig vår vilja att assimilera teorin till den juridiska praktiken.[80] Under dessa förutsättningar kan språkkritiken förvisso inte vara den enda juridiska metoden (vore den det skulle juridiken stå stilla),[81] men det hindrar inte att den kan vara *en* juridisk metod – en rättsvetenskaplig metod bland flera.

För det andra. Den juridiska metodläran skall på ett visst sätt vara deskriptiv till sin syftning. Frågan efter den korrekta metoden tycks inte strängt kunna skiljas från frågan hur den metod som juristerna faktiskt använder är beskaffad. Per Olof Ekelöfs teleologi, till exempel, var på sitt sätt radikal – inte desto mindre menade Ekelöf att hans metod bättre än andras beskrev den juridiska verksamhetens natur.[82] Den juridiska tolkningsgemenskapens praktik är, efter de retoriska regler som gäller på metodlärans område, primär i förhållande till varje utläggning av densammas teori. Och detta drag hos vår metodologiska diskurs är tydligtvis besläktat med antagandet om metodens enhet. Vi vill framställa juridiken som ett enhetligt fält: En disciplin, en utbildning, en yrkeskår, ett språk och så vidare.[83] Därmed finns det i viss mening bara rum för en metod, givet metodlärans deskriptiva syftning.[84] Nu innebär denna syftning en särskild utmaning för den som vill göra gällande att språkkritiska undersökningar kan vara av juridisk relevans. Den juridiska metoden

[79] Huruvida det faktiskt är möjligt att avstå är en annan fråga.

[80] Jfr Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s 25 ff.

[81] Som all kritik är språkkritiken *parasitisk*.

[82] Se nedan avsnitt 10.6.2. Se också t ex Grönfors, Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet s 20; Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 63 ff; Ross, Om ret og retfærdighed s 129.

[83] Det är möjligtvis så att vi drar oss för att *uttryckligen hävda* att juridiken är enhetlig (det låter så illa), men det är en annan sak. Pluralism skall ju vara någonting gott och monism någonting ont. Men faktum kvarstår: Vi bygger i mycket på antagandet om juridikens enhet. Jfr t ex nedan vid n 413.

[84] Om Eckhoffs metodlära har det sagts (Høgberg, Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket "reelle hensyn" s 616) att den är "en lære for alle jurister, enten disse måtte jobbe på universitetet, ved domstolene, som advokater eller på likningskontoret."; jfr dock Hellner, Rättsvetenskaplig metod s 481. Se också H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 192,

skall vara grundad i praxis, och ge en bild av hur juristerna egentligen beter sig. Samtidigt är det uppenbart att avståndet mellan den juridiska praktiken och till exempel Heidegger eller Wittgenstein (som skall vara "deskriptiva kritiker" efter vad jag påstår) är oerhört. Jämför med rättsekonomin, som i sina mest tekniska manifestationer anvisar ett argumentationssätt som vanliga jurister måste stå främmande inför, men som inte desto mindre, kanske tack vare den scientism som behärskar vårt tänkande, kommer undan med påståenden av typen att disciplinen med sina formler och grafer förmår göra den juridiska rationaliteten explicit.[85] Idén att den juridiska argumentationens mekanismer bäst beskrivs i termer av till exempel Heideggers försök att inträda i Tilldragelsen (das Ereignis) måste på ett annat sätt te sig *befängd*.

Exemplen skulle kunna mångfaldigas. Låt oss emellertid här bara konstatera, att språkkritikens begrepp måste vara svårsmält, så som juridiken är inrättad. Juristen frågar efter poängen, behovet, nyttan.[86] Och det är förvisso en legitim fråga. Inte för att jag på några som helst villkor skulle vara förpliktad, att inför den praktiskt orienterade juridiska menigheten

---

som anser Ekelöfs "teleologiska grundsyn vara en riktig utgångspunkt för både teoretiker och praktiker" – även om betoningen här ligger på ordet "utgångspunkt". Metoden i "Skyddsändamål och adekvans" är förvisso inte renlärigt Ekelöfsk; jfr Grönfors, Ändamål och funktion s 531 f, som i sin historieskrivning låter H Anderssons skyddsändamålslära utgöra det sista utvecklingssteget inom ramen för det teleologiska paradigmet.

[85] Jfr denna försiktiga formulering hos Dahlman-Glader-Reidhav, Rättsekonomi. En introduktion s 212: "Det är inte ovanligt att [det rättsekonomiska perspektivet] skapar tankereda bland observationer jurister redan har gjort intuitivt." Även de mest hovsamma presentationerna av rättsekonomin ("Rättsekonomin är bara ett perspektiv bland flera, som har en viss begränsad nytta.") tycks ge uttryck för uppfattningen att den ekonomiska analysen *på något sätt* ger en bättre, i bemärkelsen mer vetenskaplig, förståelse av den juridiska verksamheten. Jfr Minda, Postmodern Legal Movements s 101 ff.

[86] I en intressant passage hos Lundstedt (Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? s 125), som tål att uppmärksammas i sammanhanget, framhålles det vara angeläget att juristen som vetenskapsman befrias från det kunskapskritiska arbetet – så att han i möjligaste mån kan inrikta sig på det aktuella samhälls- och rättslivet, i sin *konstruktiva* verksamhet (i samhällsnyttans tjänst). Kunskapskritiken lämnas åt filosofin. Märk alltså att Lundstedts rättsvetenskapliga ideal definieras som kritikens raka motsats – denna operation ger ordet "konstruktiv" dess innebörd. (Tänk inte. Bygg!) Föreliggande avhandling är skriven i direkt opposition mot (och kan sägas vara framprovocerad av) denna modernistiska logik. Lundstedts här berörda uppfattning är kongruent med den som redovisas av Hägerström, Om begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 99 f; se härtill Lyles, A Call for Scientific Purity s 294 ff.

ursäkta mitt *vetenskapliga* förhållningssätt.[87] En sådan ursäkt vore barock.[88] Absolut inte för det, men däremot emedan det juridiska språket är så beskaffat, att det finns en betydande *spänning* mellan, å ena sidan, den bild av rättsvetenskapen som oreflekterat upprätthålls och förmedlas bland jurister i allmänhet och, å andra sidan, den föränderliga och oöverskådliga massa av rättsvetenskapliga ideal som odlas inom akademin.

Man skulle kunna säga att det juridiska språket här rymmer en motsägelse och det är inte svårt att med konkreta exempel illustrera ett sådant påstående.[89] Två satser står mot varandra – i en kontradiktion. Om man hellre vill se det så, har vi att göra med en motsättning mellan olika språk – "den praktiska juridikens" och "rättsvetenskapens" – men den tanken får inte överdrivas. Det är ett faktum att avståndet mellan "vetenskapen" och "praktiken" i juridiken ofta är litet. Till exempel har Claes Sandgren, i en nyligen publicerad översikt över Stockholmsfakultetens produktion av doktorsavhandlingar under de senaste femtio åren, kunnat konstatera att avhandlingarna därifrån i hög grad riktar sig till praktiker och att många "har karaktär av handböcker".[90] Överlag riktar sig ytterligt få rättsvetenskapliga arbeten uteslutande till den så kallade "forskningsfronten"; i detta avviker vi från normen i vetenskapen i stort.[91] Det är blott knappt möjligt att föreställa sig en materiellrättslig avhandling som

[87] Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 74 f: "Att rättsvetenskapsmannen självfallet har full frihet [...] att formulera vilka frågor som helst och söka besvara dem med vilka metoder som helst torde inte erfordra närmare utläggningar."

[88] Jfr Ahlander, Teoretiska satser och "förslagssatser" inom juridiken s 511: "Rättsvetenskapsmännen angripa och bearbeta efter bästa förstånd de problem, som på olika områden 'stå öppna'. Ingen advokat eller domare är i stånd att tala om för dem vilka problem, som äro värda att behandla och vilka som inte äro det. Det vittnar om okunnighet att på förhand utmönstra vissa problem såsom enbart teoretiska och därför intresselösa." Se härtill Hellner, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning s 210.

[89] Se t ex Edlund, Civilrättsforskningens uppgifter – replik från en praktiker; Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens uppgifter; dens, Nyttig och onyttig rättsvetenskap; Lehrberg, Rättsvetenskap i praktikens tjänst?

[90] Sandgren, Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006 s 468. Peczenik, Legal Doctrine and Legal Theory s 196 kan från sina teoretiska utgångspunkter tillsynes förundrat konstatera: "Law faculties are full of so called technical jurists who simply continue making legal doctrine on a low level of abstraction – isolated from any reflection. As if reflection was their main enemy." Jfr Zahle, "Hvad skal jeg gøre i denne sag?", som gör avståndet mellan juridisk teori och praktik till ett problem *för den juridiska teorin.*

[91] Jfr Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 5.

uteslutande riktade sig till forskare. Rättsdogmatikens språk är helt enkelt inte så pass specialiserat. Även detta arbete är skrivet *också* för andra, det vill säga andra än avtalsrättsliga specialister med känsla för den deskriptiva kritikens förtjänster. Texten riktar sig alldeles uppenbarligen också till "de praktikerorienterade". Och det innebär att den här skisserade motsättningen mellan teori och praktik *kommer i spel*, på så sätt att den utgör ett möjligt hinder för läsförståelsen. Givet denna diskursiva struktur är frågan "Vad har vi, som jurister, för nytta av språkkritiken?" legitim. Man skulle kunna säga att den äger "grammatisk legitimitet".

Se det så här: Det språkkritiken eventuellt kan göra för juridiken är inte någonting stort – inte någonting grundläggande eller avgörande – utan någonting litet. Den skall dock ha potential att rubba cirklarna och att störa mönstren. Se den som en kontrapunkt, som ett alternativ eller ett korrektiv – till det som är gängse, till exempel till den juridiska diskursens hängivna resultatinriktning (språkkritiska resonemang utvecklas sakta, och språkkritiska undersökningar bör läsas långsamt).[92] Framgångsrik språkkritik verkar som sin disciplins dåliga samvete.

Tanken här vill jag föra över på avtalsrätten med hjälp av en idéhistorisk utläggning. Den som är bekant med avtalsrätten skall märka att de frågor som närmast skall behandlas – frågor som gäller ämnets utveckling och öde – i sin tur är direkt avgörande för frågan hur distinktionen mellan tolkning och utfyllning skall bedömas. I det följande motiverar jag alltså inte blott mitt val av metod, utan lägger också i materiellt hänseende grunden för den fortsatta framställningen. Det kan vara på sin plats att här ge en fingervisning om hur detta är tänkt att gå till. Texten i följande avsnitt syftar till att ställa fram den moderna nordiska avtalsrättens begrepp – dess konstruktion – till betraktelse. Grundläggande är här att disciplinen förstår sig själv som ett resultat av *opposition* – mot någon-

[92] Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 79, förklarade för sin del: "Jag vill [...] att man läser mig långsamt. (Som jag själv läser.)" Nietzsche, Till moralens genealogi s 197 f, krävde långsamma (idisslande) läsare. Se härtill t ex Goodrich, Slow reading, som placerar Nietzsches hermeneutik i det juridiska sammanhanget, och som på sätt kan framställa juristen som en dålig (otålig) läsare. Goodrich, a a s 192: "It is ironic that a discipline wholly dependent upon texts should deny the significance of words, the value of language, the importance of remaining with the text itself. It is rapid reading par excellence, a rush to judgment, a determination to determine, a deciding in advance or outside of the language, the words actually employed."

ting, närmare bestämt mot det som inte är modernt, utan traditionellt, eller klassiskt (det vill säga passé). Viljeteorin hör till det som på detta sätt definierar den moderna avtalsrätten. Mot viljeteorin står till exempel det sena artonhundratalets danska objektivism, och distinktionen mellan tolkning och utfyllning har sitt ursprung i denna. Distinktionen var ett av de instrument man tillskapade för att kunna ge den nya objektiva rätten form. Det sena nittonhundratalets objektivister vänder sig av samma skäl *mot* distinktionen mellan tolkning och utfyllning – den har nu kommit att stå för det klassiska paradigmet. Både historiskt och i nutida förståelse måste vi alltså relatera distinktionen mellan tolkning och utfyllning till avtalsrättens strävan efter modernitet. Detaljerna här skall vi bekanta oss med under framställningens gång. Avhandlingen handlar för övrigt egentligen inte om någonting annat än just detta.

2.2 Efter den moderna avtalsrätten

2.2.1 Hur modern är den moderna avtalsrätten?

> Termen "modern" ger, med varierande innebörd, gång på gång uttryck för medvetandet hos en epok som relaterar sig till det förflutna, i syfte att kunna betrakta sig själv som resultatet av en övergång från det gamla till det nya.
>
> *Jürgen Habermas*

I enlighet med en gammal tradition – och detta är ett internationellt fenomen – beskriver rättsvetenskapen avtalsrätten genom att ställa den gamla, irrelevanta rätten mot den nya och aktuella. Istället för att säga: "Så här är det", dikterar vanan att vi säger: "Så här var det förr, nu är det tvärtom." Vår förståelse av avtalsrätten är, traditionellt, dikotomisk. Den bygger på en motsättning mellan "klassisk avtalsrätt" och "modern avtalsrätt"[93] – i någon form, och terminologin kan naturligtvis variera.

[93] Så t ex hos Atiyah, An Introduction to the Law of Contract; Brownsword, Contract Law: Themes for the Twenty-First Century; Collins, The Law of Contract; Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta; Stang, Innledning til formueretten; Ussing, Aftaler; Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik; Wilhelmsson, Standardavtal. Ofta nog gäller det "klassiska" synsättet för att vara ett som alltjämt iakttas, men som är *mindre upplyst* än det "moderna".

Utvecklingen under de senaste decennierna har gjort detta traditionella framställningssätt diskutabelt, och det har också både diskuterats och satts ifråga. Låt oss ta ett exempel. För ett par år sedan identifierade den amerikanske rättsvetaren Charles L Knapp, i en artikel i Wisconsin Law Review, en företeelse som han ville kalla "Modern Contract Law".[94] Modern Contract Law – lösligt definierad som "den typ av inställning till avtalsrätten som frodades under decennierna kring förra århundradets mitt"[95] – är ett specifikt amerikanskt fenomen, kopplat till vissa personligheter, såsom Arthur Corbin och Karl Llewellyn, och vissa texter, som First och Second Restatement of Contract, men detta uppvisar inte desto mindre drag som vi som svenska jurister mycket väl kan relatera till. Så kännetecknas Modern Contract Law enligt Knapp till exempel av följande särdrag:[96]

i. *Realism, i bemärkelsen (rätts)politisk medvetenhet.*[97] Avtalsrätten betraktas som en uppsättning lösningar på vissa problem – följden av ett antal val, som inte i sig kan rättfärdigas med hänvisning till logik eller auktoriteter, utan endast med sakliga argument.

ii. *Betydelsen av rättens faktiska kontext framhävs.* Särskilt i kommersiella sammanhang antas insikter i det praktiska rättslivets funktioner vara av avgörande betydelse för förståelsen av rätten.

iii. *Materian är viktigare än formen.* Diskursen är mindre teknisk än resultatinriktad.

iv. *Avvägningar hellre än entydiga regler.* Rättsfrågor avgörs genom att balansera motstående intressen (i princip är svaret på varje in abstracto ställd avtalsrättslig fråga: "Det beror på.").

[94] Knapp, An Offer You Can't Revoke.

[95] Knapp, a a s 317. Knapp, a a s 318 menar att paradigmets verkliga höjdpunkt nåddes under 60- och 70-talen.

[96] Knapp, a a s 317 f; se och jfr t ex Macauly, The Real and the Paper Deal s 56 ff. Översättningen här är tämligen fri – den anglosaxiska avtalsrättens begrepp låter sig inte översättas ordagrant. Se vidare t ex n 324 nedan.

[97] M a o: "Realism" i amerikansk bemärkelse, som i t ex följande uttalande hos Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication s 1731: "In private law [the premise of modern legal thought] is that Classical theory failed to show either that the genius of our institutions is individualist or that it is possible to deduce concrete legal rules from concepts like liberty, property or bodily security. For this reason, morality and policy reappear in modern discussions, in place of first principles and logic." Andan här är inte den hos t ex Lundstedt eller Ross, utan ligger närmare t ex Wilhelmsson eller Karhu.

v. *Känslighet för balansen mellan parterna.* Vad som spelar roll är inte bara vad parterna gjort, utan också vilka de är.

Även en svensk förmögenhetsrättare kan känna igen sig i denna karakteristik. Nu är vitsen med att på detta sätt göra den moderna avtalsrätten till ett historiskt fenomen – genom att dra upp gränserna för den, genom att ge den ett namn, och genom att placera den i förfluten tid – naturligtvis att hanteringen bryter med traditionen och vanan.[98] Vi hindras att tänka efter det invanda mönstret, och tvingas istället att bara tänka efter.

Det *moderna* är det som är nu, och såtillvida det som är verkligt. Det moderna är det som är sant och – i den rättsliga kontexten – det som gäller. Säger vi att det finns en modern avtalsrätt så är det ett normativt ställningstagande, ett ställningstagande för den rådande ordningen – men det är blint, och självrättfärdigande, såvida det inte kvalificeras materiellt. Knapp hävdar att det moderna var då, att det inte längre gäller, inte längre är sant.[99] Det är en paradox, men en skenbar sådan. Genom att kliva ur vanan och göra den till objekt, till någonting som kan betraktas utifrån, blir det möjligt för Knapp att konstatera att argumentet: "Det finns en modern [underförstått: bra] avtalsrätt, som skiljer sig från den klassiska [underförstått: dåliga]" i traditionen har kopplats till ett visst materiellt innehåll, det vill säga till en viss avtalsrätt. Ser vi

[98] Jfr Heidegger, Identitet och differens s 27, som menar att vi inte "får förledas till att tro att den tekniska världen är av den arten att den omöjliggör varje språng ut ur sig själv" av den anledningen att denna världs "uppfattning håller det aktuella, som den är besatt av, för det enda verkliga."

[99] Härigenom aktualiseras naturligtvis den så kallade "postmodernismen", och småningom – i avsnitt 2.2.5 – skall jag också explicit knyta resonemanget till denna företeelse. Implicit är det redan gjort och strax nedan relaterar jag också Knapps resonemang till Gianni Vattimos analys av moderniteten. Vattimo får ju räknas som en av de mest inflytelserika postmoderna tänkarna. Jag har dock bestämda skäl för att inte i detta skede av resonemanget börja diskutera "det postmoderna", och istället låta temat ligga antytt. Det handlar dels om att det terminologiska komplexet "postmodern- ism/itet", med alla sina konnotationer, antagligen skulle störa framställningens koncentration, dels om att jag inte vill *kortsluta* resonemanget – den typ av avtalsrätt som Knapp å sin sida, och jag å min, vill kalla "modern" är nämligen i det allmänna civilrättsvetenskapliga medvetandet förknippad med begreppet *post*modernism, i amerikansk debatt genom CLS, och i nordisk debatt först och främst genom Thomas Wilhelmssons skrifter. Givet den poäng jag vill göra är jag hänvisad till att långsamt, över flera textavsnitt, bygga upp innebörden i begreppet "modern avtalsrätt". Jag får be läsaren om lite tålamod.

det, ser vi också att "det moderna" är tidsbundet, och vi får en anledning att betrakta uppdelningen "modern avtalsrätt"/"klassisk avtalsrätt" med ett visst mått av skepsis.[100]

Det som jag upplever vara Knapps poäng – enligt ovanstående – kan, mutatis mutandis, mycket väl överföras på europeiska och, mer specifikt, på nordiska förhållanden. Det finns förvisso även hos oss en stark tendens att oreflekterat ställa den nya, goda, avtalsrätten mot den gamla, onda – och därmed föreligger också ett behov av en mer nyanserad historiesyn. Vår debatt har förstås en egen identitet, som inte kan återföras på (men väl jämföras med) den angloamerikanska debattens.[101] Vi har ställt upp efter andra frontlinjer. Vi har våra egna termer och vår egen historia. Jag tror till exempel inte, att vår "moderna avtalsrätt" enkelt och entydigt kan placeras i någon bestämd period under den moderna epoken – vilket gör det svårt att knyta den till ett väldefinierat materiellt innehåll. Snarare har det modernistiska argumentet i avtalsrätten – som vi kan kalla det, och då förstår vi, med den italienske filosofen Gianni Vattimo, moderniteten som den självrefererande anda som upphöjer moderniteten i sig till det överordnade värdet (det som är modernt är bra, därför att det är modernt)[102] – i olika sammanhang upprepats, gång på gång, under nittonhundratalet, och det är väl naivt att tro att denna specifika argumentationsform kommer att dö ut inom en överskådlig framtid.[103]

[100] Jfr Knapp, a a s 316: "I am [...] one of the coauthors of a casebook designed for use in the basic law school course in contracts. Beginning with the book's second edition in 1987, my colleagues and I attempted over the years to describe and contrast what we perceive as 'classical contract law' on the one hand and 'modern contract law' on the other, and to discuss the evolution of twentieth-century American contract law from the former to the latter. For a while, it seemed to us as though 'modern contract law' was the direction in which the law inevitably moving, and that 'modern' thus could be seen as roughly synonymous with 'present-day'."

[101] Jfr t ex Christian Joerges instruktiva artikel "Politische Rechtstheorie and Critical Legal Studies: Points of Contact and Divergencies". Jfr även Peter Goodrichs skenbart anekdotiska "Europe in America: Grammatology, Legal Studies, and the Politics of Transmission".

[102] Vattimo, The End of Modernity s 99: "[M]odernity is that era in which being modern becomes a value, or rather, it becomes *the* fundamental value to which all other values refer." Jfr Heideggers ovan i n 98 citerade uttalande.

[103] Jfr Negri, Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project s 35: "Modernity has continually relied on the illusion that there was a high and a low, a before and an after. Now, the illusion is gone. The logical form of the binary is unusable." Jfr Knapp, a a s 316 n 33: "Being 'modern' now, seems, well, pretty twentieth century."

Möjligen gör detta – argumentets eviga återkomst – det än enklare att falla in i kören, men i så fall blir också den kritiska uppgiften desto mer angelägen. Den som vill ta sig an denna uppgift får dock se till att vara konkret och behandla någon viss bestämd manifestation, någon viss bestämd tillämpning, av formeln "klassisk avtalsrätt"/"modern avtalsrätt". I det närmast följande fokuserar jag på förhållandet mellan *form* och *materia* i den nordiska avtalsrätten så som detta bestämts av de senaste decenniernas debatt.

Till undvikande av missförstånd bör kanske påpekas att det här och i det följande egentligen inte gäller huruvida det *faktiskt finns* en modern avtalsrätt, som är modern i den bemärkelsen att den kan skiljas från en klassisk avtalsrätt. Undersökningen är snarare, med ett något ålderdomligt uttryckssätt, *begreppslig*.[104] I enlighet med språkkritikens principer undviker jag att direkt tackla frågan om den moderna avtalsrättens vara eller icke vara, för att istället rikta uppmärksamheten mot de historiskt och konkret givna förutsättningarna för denna frågas besvarande.

2.2.2 Från form till materia – modern avtalsrätt enligt Wilhelmsson

> The significance of critical approaches to contract law lies in the need for and the possibility of a transformation of logic and experience – of theory and praxis.
>
> *Jay M Feinman*

Så sent som 1991 kunde Thomas Wilhelmsson ännu hålla fast vid "antagandet att vi befinner oss i en mer eller mindre irreversibel rörelse från ett formellt mot ett materiellt avtalsparadigm."[105] Och med "det materiella avtalsparadigmet" menas då den nya avtalsrätt som många normativa kritiker av avtalsrätten ställt i utsikt – den som skulle ersätta den gamla, traditionella avtalsrätten, "det formella avtalsparadigmet".

Sent? Ännu? Nå, hur man skriver historien är självfallet en fråga om vad man vill uppnå.[106] Nu, halvtannat decennium senare, bjuder det

[104] Det betyder strängt taget inte att jag istället för att diskutera "tingen", diskuterar "språket" – utan snarare att jag istället för att delta i debatten söker åskådliggöra vad det innebär att delta i denna (och det innebär förvisso också ett deltagande, men av en annan art).
[105] Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 456.
[106] Det fanns vid tillfället, som vi skall se, objektiva skäl att vara försiktig med ett antagande som det aktuella. Detta var Wilhelmsson förvisso medveten om, vilket redan det ovan citerade uttalandets hypotetiska karaktär antyder. Wilhelmsson, a st, fortsätter:

fortfarande inga svårigheter att konstruera en historia som bekräftar Wilhelmssons antagande, i synnerhet inte om man anlägger ett snävt, svenskt perspektiv. Vad jag vill uppnå, är emellertid en viss distans till den populära bild som Wilhelmsson genom sitt antagande bekräftar. "Från form till materia i avtalsrätten" – det är "bara" en bild, en enkel sådan, och den skall inte tas för att vara mer än så. Verkligheten är mer komplicerad.[107] Det säger sig självt och är vare sig överraskande eller intressant. Mot en bild kan man inte invända att den inte *är* den verklighet som avbildats – i vart fall borde man inte kunna göra den invändningen, även om just det argumentet (i mer eller mindre förtäckt form) ibland förekommer i den juridiska debatten.[108] Dock: Varje bild är också verklig.[109] I förevarande fall har vi att göra med en av de mest innebördsmättade av de bilder som reproduceras i den avtalsrättsliga debatten. När

"Bara framtiden kan utvisa, i vilken mån detta antagande verkligen håller streck", och tillfogar en hänvisning till Atiyah, Freedom of Contract and the New Right, varom mera nedan vid n 310. Se också Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law s 48. Se också dens, a a s 56 ff; dens, Social civilrätt s 36 ff, där den utmaning, som Gunther Teubners tänkande innebar för försvarare av den välfärdsstatliga, materiella rationaliteten, behandlas. Wilhelmsson är för övrigt alltid noga med att betona att hans analyser har ett *tillfälligt* värde – de är visioner, som uttrycker ett hopp om en bättre rättsutveckling (jfr det bekanta uttrycket "små goda berättelser").

[107] Jfr Wilhelmsson, Varieties of Welfarism in European Contract Law s 713 f: "Dichotomies and concepts like the ones mentioned above [freedom/solidarity, individualism/altruism, market-individualism/consumer-welfarism] are useful as tools in a general debate on contract law. They focus our attention on the broad perspectives of development and make it possible to defend and criticize those features. They also offer means to proclaim the social/political perspective adopted by the discussant. [...] [E]ven though a dichotomy-based approach [...] is useful in many kinds of discussions, it seems too blunt as a tool for analyzing various aspects of law in a detailed manner."

[108] Jag tänker närmast på det krav på "differentiering" som följer med den traditionella objektivismen i förmögenhetsrätten. Jfr denna tidiga programförklaring hos Møller, Om Objektivisme i Formueretten s 1052: "Objektivismen siger [...]: vi skal se at klare os: hvilke Forudsætninger, der er relevante, og hvilke ikke. Dette forudsætter en *Beskrivelse og Karakteristisk* af Forudsætningernes objektive Natur, en *Præcisering* af de nærmere Omstændigheter, under hvilke Forudsætningerne tages i Betragtning, og en *Angivelse af de Retshensyn*, som i saa Henseende er afgørende. Dette har jeg kaldt *Gruppedeling efter objektive Hensyn*, og *heri ser jeg Objektivismens program.* [...] Det er efter min Mening [...] *Objektivismens Fortrin*, at den aabner et *uoverskueligt Arbejdsfelt.* Jeg venter heller ikke at Opgaverne nogensinde skal ende."

[109] Förhållandet mellan bild och verklighet i juridiken står i fokus för framställningen i denna avhandlings andra avdelning. Se särskilt presentationen av temat i kapitel 4.

jag säger att jag vill distansera mig från denna bild så menar jag, att jag istället för att återigen bekräfta den ("Avtalsrätten befinner sig i rörelse mot ett materiellt paradigm." Punkt. Not. "Se Wilhelmsson."), kommer att rikta uppmärksamheten mot den roll som denna bild spelar i den avtalsrättsliga diskursen, det vill säga, i den verklighet som är denna bilds egen. Utgångspunkten är bilden. Men vem projicerar den? Varför? Och vad är det vi måste offra för att tro på den? Kort sagt: Hur skall bilden tydas?

Mer specifikt är jag ute efter den moderna avtalsrättens *självförståelse*, och jag ämnar skapa en känsla för denna självförståelse som verkar alienerande, så att läsaren kan säga till sig själv: "Om detta är modern avtalsrätt, kan jag inte förstå den, inte finna den övertygande. Om detta är modern avtalsrätt, är jag inte modern." Jag vill förmedla intrycket att det *inte längre* är logiskt att inta den moderna avtalsrättens attityd.[110] Konkret har avstampet här tagits i ett uttalande hos Wilhelmsson. Vi stannar vid det, ytterligare en stund. Året är 1991 och Wilhelmsson antar alltså att:

> [V]i befinner oss i en mer eller mindre irreversibel rörelse från ett formellt mot ett materiellt avtalsparadigm.

Var det *sent* att göra detta antagande? (Som om det numera hade blivit omöjligt...) Det beror uppenbarligen på vad som menas. Det beror på vad jag vill insinuera genom att kalla antagandet "sent", och det beror på vad Wilhelmsson lägger i åtskillnaden mellan det formella avtalsparadigmet och det materiella. Vad jag vill insinuera är, som läsaren nu förstår, att det har blivit svårt att relatera till den självförståelse som kommer till uttryck i antagandet ifråga. Men vad är det egentligen som antagandet uttrycker? Få begreppsliga företeelser är mer abstrakta än dikotomin form/materia.[111] Vi måste veta någonting om sammanhanget.

Den text ur vilken jag har ryckt Wilhelmssons uttalande är uppsatsen "Materiell bedömning av standardvillkors giltighet. Tankar bakom ett lagförslag", ett av bidragen till festskriften till Kurt Grönfors. Vad gör

[110] Noga taget gör jag alltså inte gällande att det inte är logiskt att vara modern. Säg att detta att vara modern i avtalsrätten vore en religion. Jag säger *naturligtvis* inte att man inte får tro (det vore också en mycket märklig sak att säga), men jag leker med möjligheten att tron kan gå förlorad.

[111] Jfr Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 19: "Liksom de flesta företeelser i vår värld låter sig juridiken betraktas från två grundläggande infallsvinklar; form och innehåll." Låter som Aristoteles ... Lehrberg är ju också teleolog.

uttalandet för texten? Det gör en av textens grundläggande premisser explicit. Författaren förklarar själv att han *byggt sin framställning på* antagandet att "vi befinner oss i en irreversibel rörelse..."[112] Detta säger oss att texten är framåtblickande – och den inriktningen är ju kännetecknande för den Wilhelmssonska analysen. Upplägget denna gång (det idémässiga) är mer eller mindre det följande:

i. En kommission, för vilken Wilhelmsson själv fungerat som ordförande, har avgivit ett förslag om ändring av rättshandlingslagen (finska avtalslagen).

ii. Förslaget "avspeglar [en] brytning mellan ett formellt och ett materiellt avtalsparadigm"[113] – någonting som i Wilhelmssons framställning framträder som ett fenomen vid händelsehorisonten, på gränsen mellan aktualitet och eventualitet.[114]

iii. Utmärkande för avtalsrättsliga analyser som är "mer moderna" – ett återkommande uttryckssätt – är att de erkänner, och strävar efter att främja, avtalsrättens materiella orientering (och de mer moderna analyserna skall skiljas från de "traditionella"). Här finns generellt – nationellt och internationellt – en "utveckling".

iv. Grönfors – festföremålet – har, till skillnad från vissa andra,[115] hängt med i denna utveckling. Han bidrar, han är modern och hans avtalsrätt "är en del av det materiella avtalsparadigmet."[116]

Wilhelmsson skriver in Grönfors i sitt projekt – eller, om vi ser det från den aktuella textens synvinkel, framhåller hans betydelse som nytänkare och som representant för en internationell rättsvetenskaplig trend. Hur man än ser det, förenar texten Wilhelmsson och Grönfors genom att framställa dem båda som företrädare för det "materiella avtalsparadigmet".

[112] Wilhelmsson, a st.

[113] Wilhelmsson, a a s 453.

[114] Jfr t ex Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 16: "Analysen [i "Senmodern ansvarsrätt"] avser det rättsligt möjliga. Den rör sig på fältet mellan det möjliga och det verkliga. Den fäster uppmärksamheten vid vad som kan göras snarare än vid vad som kommer att ske."

[115] Lehrbergs avhandling "Förutsättningsläran" är det exempel som Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 446 n 8, ger på uttryck för det "formella paradigmet". Jfr Wilhelmsson, Anm av Lehrberg, Förutsättningsläran, en anmälan som kan kontrasteras mot Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta.

[116] Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 446.

Och vad är det då som de har gemensamt? Hur skiljer sig, med andra ord, de mer moderna från de mindre moderna? Inledningsvis erbjuder Wilhelmsson denna förklaring:

> Å ena sidan kan man i traditionell anda utgå från parternas vilja eller deras tillit som grund för själva avtalsbundenheten. Gemensamt för dessa synsätt är tanken att frågan om avtals bindande verkan prövas utgående från det som skedde vid avtalsslutet, medan avtalsinnehållet är irrelevant för bedömningen. I denna mening kan de vilje- och tillitsbaserade avtalslärorna betecknas som formella. Motsatsen härtill är ett materiellt avtalsparadigm, i vilket avtalsbundenheten också baseras på kriterier som direkt anknyter till själva avtalsinnehållet.[117]

Det formellas och det materiellas begrepp bestäms relativt en viss rättsfråga, nämligen frågan om avtalsbundenheten. Det formella paradigmet ges ingen självständig definition – "det som skedde vid avtalsslutet" är ju inte *per se* av formell beskaffenhet. Istället hängs distinktionen upp på en definition av materian – och materian, innehållet, är *avtalsinnehållet.*

Avgörande för om en avtalslära skall klassas som formell eller materiell är om den tar hänsyn till avtalsinnehållet vid besvarandet av frågan huruvida bindande avtal föreligger. Notera att Wilhelmsson alltså inte låter korrelationen mellan de definierade begreppen (definiendum) och de som används i definitionen (definiens) vara rak. Det är *inte* så enkelt att det materiella avtalsparadigmet utgår från avtalsinnehållet, medan det formella utgår från händelserna vid avtalsslutet. Skillnaden, så som Wilhelmsson bestämmer den, är snarare, att det materiella paradigmet är öppet, och det formella slutet. Det formella paradigmet kännetecknas av att det *överhuvudtaget* inte beaktar någonting annat än "det som skedde vid avtalsslutet" – "avtalsinnehållet är *irrelevant* [min kurs] för bedömningen" – medan i det materiella paradigmet "avtalsbundenheten *också* [min kurs] baseras på kriterier som direkt anknyter till själva avtalsinnehållet". Märk att den som tillämpar denna formel alltför strikt torde få svårt att finna konkreta, historiska exempel på företrädare för "det formella paradigmet". "Viljeteoretiker" och "formalister" som Grotius, Savigny, Windscheid och Lehrberg[118] blir alla representanter för det

[117] Wilhelmsson, a a s 446.

[118] Lehrberg är Wilhelmssons eget exempel – noteras kan att Grönfors, Avtal och omförhandling s 21, länkar samman Windscheid och Lehrberg i sin beskrivning av den "otjänliga" modell som han själv tar avstånd från. Windscheid och Lehrberg har ju det gemensamt att de båda framträtt som företrädare för förutsättningsläran. Denna rättsfigur har alldeles uppenbarligen ett metodologiskt och rättsteoretiskt symbolvärde. Notera att rättsvetare som tycker om och gärna lyfter fram 36 § AvtL ofta tar avstånd

materiella paradigmet – för även om de gärna talar om vilja och tolkning, tillstår de samtidigt att *resultatets rimlighet* skall beaktas vid tolkningen.[119]

I det materiella avtalsparadigmet beaktas "också" avtalsinnehållet. På andra sidan om detta "också" finner vi rimligen händelserna vid avtalsslutet. Ja, det är ju omöjligt att bedöma "själva avtalsinnehållet" om det inte först slutits något avtal, som har ett innehåll. Frågan om avtalsbundenheten kan, logiskt sett, inte uteslutande baseras på en rättslig värdering av avtalsinnehållets lämplighet. Om rättsordningen helt enkelt föreskriver att två rättssubjekt skall vara bundna till varandra, och att deras rättsförhållande skall vara beskaffat på ett visst sätt, finns det ingen anledning att kalla det uppkomna rättsförhållandet för ett "avtal".[120] Även det materiella paradigmet, i Wilhelmssons tappning, förutsätter att parterna har ingått ett avtal.[121] I förhållande till det formella paradigmet ligger skillnaden synbarligen endast däri att man förbehåller sig rätten, att i ett andra steg korrigera avtalsinnehållet – vilket självfallet innebär att man avviker från det innehåll som parterna kommit överens om.[122] Sammanfattningsvis: I det formella paradigmet är parterna bundna till det avtal som de har ingått. I det materiella paradigmet är det inte nödvändigtvis så.

---

från förutsättningsläran; se t ex Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 31 och 210; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 175 och 201; Woxholth, Avtalerett s 404 ff. Omvänt måste Lehrberg i sin egenskap av företrädare för förutsättningsläran markera mot 36 § AvtL – se t ex Lehrberg, Förutsättningsläran då och nu s 433. Striden mellan paradigmen är också en strid mellan rättsfigurer.

[119] Se t ex Grotius, De iure belli ac pacis libri tres s 425 f; Lehrberg, Avtalstolkning s 140 ff; Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 223 och 225; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts s 445.

[120] Men att det är *just* på detta sätt som de juridiska begreppen skall betraktas är en central tanke bakom den s k skandinaviska rättighetsdebatten, varom mera nedan i kap 7.

[121] Jfr t ex Grönfors, Avtal och omförhandling s 22: "När avtalslagens upphovsmän införde tillitsteorin och löftesprincipen, speglade detta det ökade behovet att ingripa korrigerande *i redan ingångna avtal* [min kurs]." Se också dens, Avtalsgrundande rättsfakta s 125. Tillitsteori och löftesprincip gäller alltså inte *egentligen* formerna för avtals ingående som sådana?

[122] Uttryckt på precis tyska: "Die Auslegung hat grundsätzlich Vorrang vor der Inhaltskontrolle, weil die Angemessenheit oder Unangemessenheit einer Vertragsklausel erst festgestellt werden kann, wenn zuvor ihr Inhalt geklärt ist." Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 43 Rn 30.

Utlagd på detta sätt *förefaller* Wilhelmssons beskrivning av det "materiella avtalsparadigmet" att vara liktydig med en beskrivning av rättsläget, så som vi vant oss vid att betrakta det, och det vill säga att utläggningen är orättvis, såtillvida som den neutraliserar den dramatiska effekt som kontrasten mellan det formella och det materiella uppenbarligen varit avsedd att åstadkomma – det materiella synsättet skall ju vara nytt, modernt och på gång, inte invant.[123]

Men vi känner igen strukturen från vår egen avtalslag, särskilt i den skepnad lagen gavs i och med införandet av den så kallade "stora generalklausulen" i 36 §. Och Wilhelmsson förankrar mycket riktigt sin diskussion i jämkningsinstitutet. Den "ökade materiella orienteringen i avtalsrätten" sägs vara "symboliserad av de nya generalklausulerna",[124] vilkas "flaggskepp" är 36 § avtalslagen.[125] I sammanhanget lyfter Wilhelmsson fram Juha Pöyhönens (numera Juha Karhu) doktorsavhandling:

> I den teoretiska avtalsrätten har man sökt utnyttja de kontraktsrättsliga generalklausulerna som en utgångspunkt för en konstruktion av en allmän materiell

[123] Kontrasteringen i sig var ny, i denna specifika form, anpassad efter det då rådande läget i den nordiska debatten, och i förlängningen av densamma ligger ju den omkastning av huvudregel och undantag som Wilhelmsson, på karakteristiskt CLS-manér (låt vara försiktigt och antydningsvis), i andra sammanhang föreslagit för nordisk avtalsrätts del. I t ex Wilhelmssons artikel "Avtal och jämlikhet" (SvJT 1997 s 505 ff) skall den utveckling som ställs i utsikt – som vanligt utmålad som både möjlig och oundviklig (vi står "kanske" på tröskeln till någonting nytt, någonting "håller på att utveckla sig") – resultera i en generell jämlikhetsprincip i kontraktsrätten. Principen ges förslagsvis följande formulering (se Wilhelmsson, a a s 526): "En näringsidkare, offentlig institution och annan motsvarande institution är skyldig att behandla sina kunder jämlikt. Detta innebär att envar borde ha rätt till avtal med denna näringsidkare på lika villkor som andra kunder, om det inte finns acceptabla grunder för en särbehandling." *Det* vore omstörtande. Och det skulle, som Wilhelmsson framhåller, få långtgående konsekvenser för den privaträttsliga systematiken. Vi skulle behöva ett helt nytt språk (jfr Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s 511). Wilhelmsson räknar också med att en dylik princip skulle behöva förses med omfattande undantag. Jfr Wilhelmsson, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran s 197: "I den internationella diskussionen angående en alternativ rättsdogmatik syns också en av huvudtankarna vara en strävan att omvärdera (ställa på huvudet) förhållandet mellan det traditionella systemets huvudregler och undantag: i stället för att betrakta den kontraktsrättsliga skälighetsprincipen blott som ett undantag från huvudregeln om avtalsfrihet vill man upphöja den till en utgångspunkt för det kontraktsrättsliga systemet osv." Se också Wilhelmsson, Om kritisk civilrättsdogmatik s 55.

[124] Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 452.

[125] Wilhelmsson, a a s 450. Se också t ex dens, Avtal och jämlikhet s 514.

avtalslära. *Juha Pöyhönens* färska doktorsavhandling om avtalsrättens system och jämkning av avtal utgör det mest djupgående försöket i denna riktning i nordisk rätt.[126]

Manövern är signifikativ för Wilhelmssons grepp om civilrättens teori, och för hans syn på rättsvetenskapens uppgift i stort. Den positivrättsliga materian är just materia, i bemärkelsen ett *material*, som rättsvetenskapen ordnar och hanterar under det att den *konstruerar* sina teorier. Teorin står på en positivrättslig bas, men kan (bör) i sig vara visionär.[127] Så har Pöyhönen/Karhu, i Wilhelmssons beskrivning, arbetat i sin avhandling – han har "utnyttjat" generalklausulerna för att konstruera en allmän lära. Så arbetar Wilhelmsson själv, till exempel i sin omtalade studie "Social civilrätt", som ju syftar till att presentera en allmän lära om socialt prestationshinder, som vilar på en analys av då befintliga regler om uppsägning, betalningsdröjsmål, jämkning av skadestånd och så vidare. Och så arbetar Wilhelmsson när han, i det strax ovan återgivna uttalandet, uppmärksammar Pöyhönens/Karhus avhandling. Lägg märke till att Wilhelmsson egentligen inte *åberopar* avhandlingen. Det är snarare så att han noterar att den finns. Visserligen kallar han den "färsk"[128] och "djupgående", vilket förstås är ett sätt att bekräfta dess budskap, men han säger inte rakt ut att det Pöyhönen/Karhu har att komma med är sant. Jag tror att vi kan säga att Wilhelmsson använder Pöyhönens/Karhus avhandling som byggnadsmaterial, just som Pöyhönen/Karhu enligt Wilhelmsson skall ha använt 36 § avtalslagen. Avhandlingen utgör ett

[126] Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 451. Karhus avhandling – Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu – innehåller en engelsk sammanfattning (enligt vilken titeln kan översättas till "The System of Contract Law and the Adjustment of Contracts"). Wilhelmsson är den person som tackas först i avhandlingens förord.

[127] Se härtill Wilhelmsson, Om kritisk civilrättsdogmatik; se också särskilt dens, En social avtalsrätt? s 501 ff.

[128] "Färsk avhandling" är ett någorlunda fast uttryck i vår diskurs, och det signalerar, har jag fått intryck av, typiskt sett inte bara att avhandlingen ifråga är ny (det öppna budskapet), utan också att den är bra (det dolda budskapet). Jfr Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 518: "I en färsk och mycket intressant nordisk undersökning angående kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner kritiserar *Frey Nybergh* denna uppfattning." Jfr Nybergh, Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället s viii. Även domar och andra avgöranden kan vara "färska", men där handlar det väl om att de ligger nära den gällande rättens Nu och att de sålunda äger juridisk såväl som tidsmässig aktualitet. Juridisk relevans som färskvara.

positivrättsligt faktum,[129] som Wilhelmsson kan peka ut – ett faktum bland flera, och genom att peka ut dem kan Wilhelmsson teckna ett mönster som sedan kan läggas till grund för den tes om rättsutvecklingen som han för tillfället driver.[130] I detta fall, på ett övergripande plan, att "vi befinner oss i en mer eller mindre irreversibel rörelse från ett formellt mot ett materiellt avtalsparadigm".

Till de fakta som vävs in i mönstret hör, som vi har sett, förutom Pöyhönens/Karhus avhandling, Grönfors avtalsrättsliga analyser,[131] 36 § avtalslagen och det förslag till ändring av rättshandlingslagen som avgivits under Wilhelmssons eget överinseende – men också, bland annat, några uttalanden från Lars Erik Taxells "Avtal och rättsskydd", från 1972, en bok som får tjäna som exempel på "avtalsrättslig litteratur med en mer modern angreppsvinkel",[132] ett par citat av P S Atiyah, den tyska AGBG[133] och ett avgörande av Bundesgerichtshof från 1973.[134] Det är lite som att lägga ut stenar i en sankmark, för att ha någonting att kliva på – men säger man, som rättsvetenskaplig författare, att rättsutveck-

[129] *Positivrättsligt* – det rör sig om en text som ger rätten innehåll, även om den traderade rättskälleläran är konstruerad så att den skymmer detta förhållande. Jfr Blume, Rettens veje og vildveje s 224 f; Zahle, Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth s 813 ff. Se särskilt om doktrinens ställning som rättskälla i rättstillämpningen Bengtsson, Om rättsvetenskapen som rättskälla. Bengtsson utgår från det förhållandet att doktrinen i den vetenskapliga diskussionen uppvärderats som rättskälla och inventerar de svenska och norska högstainstansernas domar i civilmål under senare år.

[130] Jfr Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 525: "Då man talar om en jämlikhetsprincip i kontraktsrätten är det mao fråga om att expressis verbis uttrycka det som redan finns implicit i de nya djupstrukturer i det kontraktsrättsliga tänkandet som håller på att utveckla sig och som därtill reflekteras också i delar av det konkreta rättsmaterialet."

[131] Särskild uppmärksamhet ägnar Wilhelmsson den vid tillfället nyligen utgivna "Tolkning av fraktavtal".

[132] I Wilhelmssons och Karhus skrifter framträder Taxell som en den finska normativa avtalsrättens fadersfigur.

[133] Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) var en stilbildande tysk lagstiftningsprodukt som trädde i kraft 1977, och som explicit och offensivt reglerade bruket av standardvillkor. AGBG upphörde att gälla vid 2001 års utgång och bestämmelserna i ämnet återfinns numera i BGB §§ 305–310.

[134] Om vi skall datera den här aktuella formen av "modern nordisk avtalsrätt" så kan vi säga, att även om den alltjämt är relevant så har den sitt andliga ursprung i sjuttiotalet. Jfr Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 430, som i detta sammanhang talar om "den avtalssyn som kanhända kulminerade på 1970-talet".

lingen tagit en viss riktning, så är det i ett visst avseende redan sant.[135] Finns det företrädare för en materiell avtalslära, så är avtalsrätten, i kraft av detta positivrättsliga faktum, materiell – i viss begränsad utsträckning. Vill man emellertid föra fram en sanning som ännu blott är potentiell, som går utöver enskilda fakta – som är en *vision* – måste man också låta läsaren projicera tendensen på materialet och in i framtiden.[136]

Använd till exempel ett ord som "paradigm". Ett paradigm är mer än ett synsätt. Sedan länge är begreppet oupplösligen förbundet med Kuhns vetenskapsteori, och i förevarande sammanhang – när vi talar om utvecklingen på ett vetenskapsområde – blir kopplingen direkt.[137] Vilka innebörder anspelar man på genom att i ett sådant sammanhang göra bruk av ordet "paradigm"?[138] Paradigmet täcker sitt område. Det nya paradigmet tränger ut det gamla. Olika paradigm betyder radikalt *oför-*

[135] Rättsvetenskaparen reproducerar sitt objekt genom att beskriva det. Se på detta tema H Andersson, Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum?; dens, Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet s 43 ff; Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 8 f; Rodhe, Beskrivning – prognos – rekommendation. En trosbekännelse s 2; Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 311; Tuori, Critical Legal Positivism s 29 f, 145, 283 och 308. Se också nedan i och vid n 1301.

[136] Dworkin, Law's Empire s 407, diskuterar vilken attityd till den framtida rättsutvecklingen som är hållbar, och konkluderar: "That depends on energy and imagination as much as foresight, for each attitude, if popular enough, contributes to its own vindication."

[137] Se Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions.

[138] Termen är förknippad med Kuhns tänkande, men står inte för det, som en direktlänk, utan snarare, säg, för den bild av Kuhns tänkande som vetenskapssamhället upprätthåller. Fogelklou, Anm av Flodin, On Valid Law and Valid Moral Norms s 53, hör till dem som ifrågasatt det lämpliga i att tillämpa det Kuhnska paradigmbegreppet på andra vetenskaper än den detta ursprungligen sattes att beskriva. Trött som man kan vara på paradigmterminologin (Fogelklou, a st, kallade, för nu snart två decennier sedan, paradigmbegreppet "nära nog slutdiskutera[t]" – och den anmärkningen var alls inte obefogad, se t ex Rorty, Is natural science a natural kind? s 47 f) får man nog finna sig i att denna införlivats i allmänt vetenskapsteoretiskt språkbruk och att gränserna för dess korrekta användning inte längre kan fastställas uteslutande genom tolkning av "The Structure of Scientific Revolutions". Uppgiften att ur den boken utläsa ett enhetligt paradigmbegrepp torde för övrigt vara hopplös. Kuhn, The Essential Tension s 293 f, drar själv slutsatsen att bokens framgångar till viss del förklaras av att den kan vara vadsomhelst för vemsomhelst, och fortsätter: "For that excessive plasticity, no aspect of the book is so much responsible as its introduction of the term 'paradigm,' a word that figures more often than any other, excepting the grammatical particles, in its pages. [...] Critics, whether sympathetic or not, have been unanimous in underscoring the large number of different senses in which the term is used."

enliga synsätt. Det är så vetenskapen utvecklas. I tvära kast – genom revolutioner. Säg att ditt eget synsätt utgör ett paradigm, kalla det nytt, och definiera motsatsen, det gamla paradigmet, genom anlitande av en klassisk dikotomi – kanske distinktionen mellan form och materia – och du har redan genom benämnandet en fullt fungerande profetia.[139] Tar någon efter ditt språkbruk blir den självuppfyllande.[140]

Skrivandet blir en form av aktivism.[141] Rättsvetenskaparen låter händelsen inträffa, hjälper den rentav på traven ... och den *är* ju sann i och med att den inträffar, i och med att sanningen läggs fram i ett doktrinärt sammanhang. Men som läsare kanske man inte måste ta denna sanning bokstavligt. Det finns alltid en möjlighet att stå emot suggestionen, genom att göra sig blind för det antydda mönstret och försöka att se de i detta indragna enskildheterna för vad de själva är värda. Hur är det till

[139] Den akademiska juridiken är vidskeplig – den spanar ständigt efter tecken i skyn. "Är inte det en överdrift?" Tja, tänk t ex på förutsättningsläran. I över 150 års tid har juristerna diskuterat om den är på väg in, ut eller in igen (genom fönstret). Nyss kunde man läsa att denna lära "under senare tid åter fått viss ökad betydelse" (i förordet till Flodgren-Gorton-Lindell-Frantz-Samuelsson (red), Avtalslagen 90 år.) I J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl, skrivs däremot lärans betydelse ned (som vanligt). För att ta ett annat exempel: Inom loppet av ett par år publiceras i början på 90-talet tre nordiska avhandlingar om fenomenet stödbrev – Gäverth, Stödbrev; Iversen, Støtteerklæringer; Røsæg, Garantier eller fattigmanns trøst? Støtteerklæringer i selskapsforhold av typen "comfort letters" – 1996 skriver Bogdan ett "Rekviem över letters of comfort" och knappt ett decennium senare publicerar Lars Gorton en uppsats med titeln "Stödbrev rediviva". Oscillation. Jag säger inte att det är problematiskt, bara att det är typiskt. På tal om vidskeplighet och tecken i skyn så har det ju ofta och med rätta påpekats, att vetenskapen har en stark benägenhet att se en kris, en vändning, en revolution just i nuet, i skrivande stund. Likt en domedagsprofet. Se härtill t ex Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 11 och nedan n 250.

[140] *Men* – och jag kommer tillbaka till detta – den typ av tänkande som t ex kommer till uttryck i Kuhns texter tillhandahåller inga verktyg. Man företräder inte ett nytt paradigm därför att man påstår att man gör det. Skiftet mellan paradigm är ett skifte mellan världar, inte mellan synsätt, och än mindre mellan teorier – Du var troende, men är det inte längre, och nu kan du omöjligen förstå hur du en gång kunde tro. Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s 85: "Scientists do not see something *as* something else; instead they simply see it."

[141] Vänsteraktivism, som det slumpar sig. Den historiskt givna kritiska avtalsrätten är en vänsterrörelse. Se härtill t ex Douzinas-Goodrich-Hachamovitch i inledningen till "Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies" s 9; Goodrich, Satirical Legal Studies s 484 f; Joerges, Politische Rechtstheorie and Critical Legal Studies s 600 ff; Negri, Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project s 32; Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law s 5; dens, Om kritisk civilrättsdogmatik.

exempel med 36 § avtalslagen? Signalerar bestämmelsen i denna paragraf verkligen den materiellt orienterade avtalsrättens ankomst, eller har man kanske bara velat se det så, därför att det symbolvärde vi kommit att tillskriva regeln är så starkt, att vi inte längre har tillgång till dess egentliga innebörd? Det kan man fundera över – i språkkritisk anda.[142]

2.2.3 Den stora generalklausulen som den moderna avtalsrättens symbol

2.2.3.1 Inledning

Någon "egentlig" innebörd har väl 36 § avtalslagen inte. Jag menar, det vore naivt att tro, att "den stora generalklausulen" som fenomen kan frigöras från den *mytologiska* betydelse som häftar vid den. Generalklausulen är inte bara sin lydelse, sina förarbeten, sin praxis och så vidare, utan också sin myt,[143] och det är till denna Wilhelmsson knyter an när han använder 36 § i konstruerandet av sitt materiella paradigm. Här finns det verkligen en berättelse att knyta an till, och det är den stora berättelsen om den moderna nordiska civilrättens uppkomst och utveckling – en sannskyldig saga, från mörker till ljus.[144]

År 1878 publicerades Bernhard Windscheids omskrivna föreläsning "Wille und Willenserklärung",[145] ett försvar – framprovocerat av en yngre, kritisk generation rättsvetare – för det sätt att konceptualisera rättshandlandet som vi, i någon mening, syftar på när vi använder termen "viljeteorin".[146] Fredrik Stang kommenterade senare:

[142] Jfr det som Petrusson, Patent och industriell omvandling s 27 ff, kallar "det rättsrealistiska dilemmat".

[143] Vi bör, som jag ser det, undvika att laborera med dolda innebörder – sådana som skall finnas *bakom* myter och ideologier.

[144] Se vidare nedan i n 483.

[145] Omtryckt i AcP bd 63, 1880 s 72 ff. Se vidare n 1664.

[146] Vad som menas med uttrycket "viljeteorin" kan variera väldeliga. Hos t ex Kennedy, The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality s 1032, förstås viljeteorin som inbegreppet av "det klassiska rättsliga tänkandet": "According to its social critics, according to Weber, and according to most (not all) of today's historians, the late nineteenth-century mainstream saw law as having a strong internal structural coherence based on the three traits of exhaustive elaboration of the distinction between private and public law, 'individualism,' and commitment to legal interpretive formalism. These traits combined in 'the will theory.'" Se också Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960 s 13. Jfr t ex Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 405 ff och 726 ff; Dalton, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine s 1042 ff; Danz,

> Pendelen havde nu naaet sit Yderpunkt – længer kunde en subjektiv Tilspidsning af Privatretten ikke drives.[147]

Som synes har diskussionen om civilrättens öde och utveckling gamla anor. Vi känner igen formen. Just här använder inte Stang dikotomin formellt/materiellt för att beskriva förloppet, utan litar till uppdelningen subjektivt/objektivt, men det går i det nordiska sammanhanget mer eller mindre på ett ut.[148] Här möter vi också *pendelmetaforen*, genrens antagligen mest populära bild.[149] Som Stang berättar historien, nådde vi alltså ett ytterläge år 1878.

Man förstår att Stang tänkte sig att pendeln efter det att ytterläget nåtts hade rört sig bort från subjektivismen. Men hur har den rört sig sedan dess? Jag vill för egen del ha det till att den frågan är lite märklig. Det är nu över etthundra år sedan Stang gjorde sin iakttagelse, och jag kan tänka mig att rättsvetare som levde då, mitt under, eller strax efter, uppgörelsen med den äldre tyska teorin, hade en mycket konkret känsla av att man rörde sig bort från någonting. Men måste inte läget förändras alltefter som decennium läggs till decennium och den avgörande brytpunkten försvinner ur de levandes och verksammas minne? Metaforen blir liksom mer abstrakt ju längre den rymd som pendeln skall genomkorsa sträcks ut. Hur vet vi, om vi tror det, att vår civilrätt är mer objektiv än gårdagens, som i sin tur skall ha varit mer objektiv än ... och så vidare? Vad jag här far efter är att vi möjligtvis har att göra med traderad

---

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte s iv och 6 ff; Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 18 ff och 27; Kennedy, From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy s 115 ff; Madsen, Aftalefunktioner s 9 ff; Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 421 f. "Viljeteorin" är någonting som man tar avstånd från och den tenderar därför att konstrueras som antitesen till den egna uppfattningen.

147 Stang, Viljesdogmet s 290.

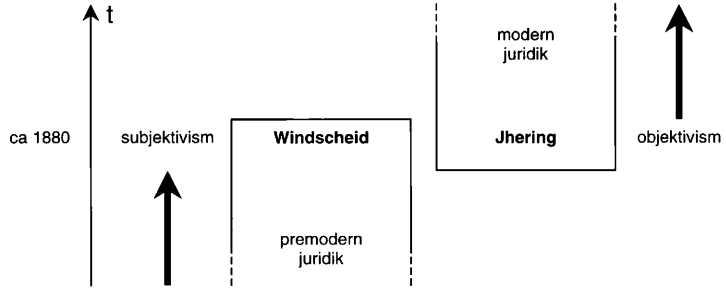
148 Se vidare nedan n 324.

149 Hos Stang är pendelns rörelsemönster naturligt, i bokstavlig mening – Stang, a a s 282: "Udviklingen gaar paa Aandslivets Omraader ofte i Pendelbevægelse. Den begynder i et yderlig liggende Punkt og svinger over til den modsatte Yderlighed, for saa efterhaanden gjennem stadig kortere Udslag at nærme sig Midtpunktet og omsider finde Hvile der." Man får väl anmärka att den historieuppfattning som låter sig behärskas av denna bild riskerar att bli både evolutionistisk och utslätande. Med tiden övervinns spänningarna och harmoni uppnås, på område efter område. Jfr det förhållandet att Stang, a st, tänker sig "en praktisk, empirisk Retsforskning" som viloläget mellan ytterligheterna "Naturrett" och "den mest yderliggaaende historiske Opfatning" (som en urartad Hegelianism).

retorik, snarare än faktisk utveckling. Hursomhelst. Det är kännetecknande för den juridik som i denna text kallas "modern nordisk avtalsrätt" att den tar den här objektiviseringstanken på allvar. Och det är i denna kontext som 36 § avtalslagen får sitt symbolvärde.

2.2.3.2 Ett tidens tecken

Hos Grönfors finner vi tankegången fullt utvecklad. Hans avtalsrätt är ju utpräglat modern, i allt inriktad på att vända den äldre juridiken upp och ned, och historiskt konstruerar han det gamla avtalsrättsliga tänkandet som en "pandekträttslig" produkt – tysk, romanistisk, subjektivistisk och så vidare.[150] Precis som Stang räknar han Windscheid till företrädarna för detta premoderna paradigm,[151] och han ser början på den utveckling som, så som han själv skriver historien, leder fram till hans egen funktionalistiska metodsyn i Rudolph von Jherings "Der Zweck im Recht",[152] vars första band utkom i sin förstaupplaga år 1877.



Stang och Grönfors tycks alltså vara ense om att pendeln slår tillbaka vid 1870-talets slut.[153] Det är naturligtvis ingen slump. Mer eller mindre

[150] Se tex Grönfors, Avtal och omförhandling s 21.

[151] Grönfors, a st.

[152] Grönfors, Ändamål och funktion s 527.

[153] Stang, Viljesdogmet s 282, vars pendelmetafor alltså skiljer sig från den vi är vana vid, låter *för den tyska rättens* del Jherings motto "Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts" (som inleder framställningen i "Der Zweck im Recht", och som för övrigt även Grönfors, a st, åberopar) beteckna det viloläge som pendeln oundvikligen måste närma sig efter de romanistiska överdrifterna. För dansk och norsk rätts del tänkte sig Stang, a a s 282 och 296, att man nådde fram redan i och med Ørsted och Schweigaard (som man kunde göra på den tiden – se tex Björne, Den konstruktiva riktningen s 245; jfr Blandhol,

ända sedan det begav sig har realister av allehanda slag definierat sig själva genom att sätta likhetstecken mellan Jherings personliga utveckling och rättens.[154] Jhering vände sig bort från formalism och begreppsjurisprudens ... och på den vägen är det, får vi tänka oss.[155]

I svensk och nordisk avtalsrätt enligt Grönfors har vi således en progressiv objektivisering. Den moderna avtalsrätten är per definition verklighetstillvänd, vilket ger en strävan efter att anpassa rätten till de sociala realiteterna, men därtill kommer att dessa realiteter ständigt förändras, vilket i sig skapar ett förändringstryck för rättens del.[156] Det är egentligen detta som gör tanken på just en *progressiv* förändring av rätten möjlig. Det är alltså inte så enkelt – om vi håller oss till Grönfors idévärld – att rättsvetenskapen, när den en gång väl slagits av insikten att juridiken måste vara realistisk,[157] kunde ta itu med uppgiften att demontera de

---

Nordisk rettspragmatisme) – och han får följdenligt behandla samtida norska viljeteoretiker (Platou, Hagerup och Gjelsvik) som anomalier och offer för tyska irrläror. Enligt Stang, a a s 297, hävdades viljeteorin för första gången i norsk rätt av Platou år 1879. Platou, Forelæsninger over udvalgte Emner af Privaterettens almindelige Del s 140 ff, gjorde å sin sida gällande att både Ørsted och Schweigaard var viljeteoretiker. Skall vi gissa att ordet "viljeteori" vid tiden för förrförra sekelskiftet hade fått en innebörd som inte utan anakronismer kunde överföras på Ørsteds och Schweigaards skrivande? Platou, a a s 141, anmärker att "Ørsted har udtalt sig uklart, og ikke overensstemmende paa de forskjellige Steder".

[154] Jfr Schütz, Structural Terror s 82: "...the eminent Rudolf von Jhering, the promethean cornerstone of German legal thought, whose name has marked the study of private law doctrine for more than a century, and whose *Jurisprudence of Interests* has given its paradigmatic mould to the entire class of movements of the realist vein in Europe..." Se härtill Dalberg-Larsen, Retsvidenskaben som samfundsvidenskab s 286 ff; Ross, Realismen i retsvidenskaben og samfundsnyttekimæren s 324 ff; jfr Kennedy, The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, som i ett bredare perspektiv räknar Jhering som en av "det socialas" konstruktörer, samman med Gierke, Weber, Pound m fl.

[155] Jfr Ross, a a s 325: "Saaledes gaar Sagnet om Jhering. Kun faa ved, at det er et Sagn. Kun faa ved, at Jherings 'Formaal' saa langt fra at være et realistisk Princip, er Udtryk for et i *Hegels* och *Schopenhauers* Aand tænkt metafysisk Princip, en kosmisk Lov eller Guds Vilje, der gennemstrømmer Verden som dens inderste, oversanselige Væsen og bestemmer Udviklingen med indre Nødvendighed uafhængig af, om Mennesker vil det eller ej."

[156] Jfr Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 87 ff. Fitzpatrick, a a s 87: "[M]odern law [...] comes into being in a process of change and progression. It is not (just) a command coming from above nor is it tied fixedly to any order; rather, it responds in its constitution to change in 'society'".

[157] Hur det konkret skulle ha gått till är knappast möjligt att föreställa sig (vilket hänger samman med att det inte har hänt): "Oj, vår juridik är ju *verklighetsfrämmande* – en ren begreppsexercis! Det går inte! Det här måste vi ordna på något sätt."

gamla strukturerna och i steg ersätta dessa med nya. Vore det så kunde man förvänta sig att arbetet inledningsvis skulle vara intensivt för att sedan trappas ned. Till slut skulle omstöpningen vara avslutad.[158] Men hos Grönfors är övergången från det subjektiva till det objektiva inte blott ett skifte i rättsuppfattning (vilket i princip skulle göra den momentan – det skulle vara möjligt att peka ut det ögonblick vid vilket fjällen föll från ögonen, och allt som hände därefter skulle vara rena följder av denna händelse), utan också en förändring av "den rättsliga verkligheten" (hans eget uttryck) som sådan. Och denna förändring är pågående, en kontinuerlig process. Det skall således ha funnits en tid då regler och modeller som nu vanemässigt fördöms som överdrivet subjektivistiska faktiskt varit *realistiska*.[159] Till exempel tänker sig Grönfors att de i avtalsrättsliga sammanhang berömda grosshandlarna, som vid tiden för förrförra sekelskiftet skall ha ingått sina avtal om köp av stora partier kol, spannmål och andra bulkvaror genom utväxling av brev eller telegram (just så brukar den sociala realitet, som man tänker sig att avtalslagen inrättats efter, beskrivas),[160] *de facto* utbytte viljeförklaringar.[161]

[158] Det var ju som vi har sett (ovan i n 149 och 153) lite så som Stang tänkte sig saken.

[159] Med detta antagande kan man hålla den moderna nordiska avtalsrättens corpus samman. När t ex Stang, Nogen fremskridtslinjer s 293, hävdar att avtalslagens förtjänster kan sammanfattas "i et enkelt slagord: realismen, *virkelighetsnærheten*", kan vi ge honom rätt – lagen *var* realistisk. Jfr t ex Woxholth, Avtalerett s 127.

[160] Se Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 52; dens, Avtalslagen s 27 och 57 f; se också Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 34 f; Bernitz, Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I s 401 f; Jørgensen, Fire obligationsretlige afhandlinger s 82 f; Rodhe, Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt s 181; Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s 4 f; Vahlén, Avtal och tolkning s 122 f; dens, Om slutande av avtal s 357; Woxholth, Avtalerett s 126; jfr NJA II 1915 s 161. Denna bild är konstruerad för att belägga tesen att avtalslagen är ett direkt uttryck för sin tid. Grönfors, a a s 27, upprättar denna korrelation med stor precision: "Genom att köplagsförslaget 1894 togs som modell till 1 kap AvtL kan man i själva verket precisera de för lagen relevanta tidsförhållandena till strax före sekelskiftet." Vill man vara besvärlig här, kan man framhålla att – som Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet s 756, påpekar – den modell för avtals ingående som 1 kap AvtL bygger på "återfinns i de flesta moderna västerländska rättssystem" och "finns fullt utbildad redan i Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten från 1794."

[161] Se t ex Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 123 ff.

Hos Grönfors figurerar viljeförklaringen som rättslig tankemodell *och* som realitet.[162] Man kan tycka att det är märkligt. Vanligen tänker vi oss ju inte att de rättsliga begreppen äger några direkta motsvarigheter i den fysiska yttervärlden,[163] utan kanske snarare att det föreligger en klyfta mellan den "rättsliga verkligheten" och den "reala verkligheten" som i varje enskilt fall måste överbryggas, och att det är just detta som gör juridiken som faktisk praktik (som konst) nödvändig.[164] För Grönfors finns det emellertid ingenting nödvändigt över denna klyfta mellan rätten och verkligheten. Den hör, så att säga, inte till tingens ordning, utan är istället någonting att beklaga sig över. När det kan konstateras att det finns ett avstånd mellan rätt och verklighet så är det illa, och det utgör en anledning att skrida till (rättsvetenskaplig) handling – avståndet skall elimineras.[165] Grönfors inställning till de juridiska begreppen och till det rättsvetenskapliga arbetet kanske kan beskrivas som sociologisk, i ungefärlig mening. "Tankemodellerna" tänker han sig som *beskrivningar* av den praktiska verkligheten. Felet med "den klassiska modellen" är helt enkelt att den är en misslyckad beskrivning.[166]

Viljeförklaringsmodellen är följaktligen acceptabel endast i den utsträckning som avtal *faktiskt* ingås genom utbyte av viljeförklaringar.

[162] Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 53, betraktar viljeförklaringen som "ett instrument för åstadkommande av avtalsrättslig bundenhet", och frågar sig, i dens, Avtalslagen s 59, huruvida lagmodellen i alla fall "verkligen ger en träffande beskrivning av vad som har skett".

[163] Och nu säger jag inte att jag tror att det nödvändigtvis är meningsfullt att laborera med en kategori som "den fysiska yttervärlden". Jfr Putnam, Ethics without Ontology s 84 f: "[O]nce we assume that there is, somehow fixed in advance, a single 'real', a single 'literal' sense of 'exist' [...] we are already wandering in Cloud Cuckoo Land."

[164] Termerna från H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 183 ff.

[165] Givet en mer traditionell förståelse av förhållandet mellan rätten och verkligheten måste denna attityd te sig märklig. Jfr Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 94: "Der Sachverhalt als Aussage, wie er in den Untersatz des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung und auch in dem des Subsumtionsschlusses erscheint, muß unterschieden werden von dem Sachverhalt als dem Lebensvorgang, auf den sich diese Aussage bezieht."

[166] Gällande avtalslagens modell för avtalsslut skriver Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 50 t ex: "Utgångspunkten är uppenbarligen, att själva avtalsbundenheten uppkommer vid samma tidpunkt som samtliga villkor blir slutligt bestämda i samförstånd. *Men så går det faktiskt inte till* [min kurs]." Som om "avtalsbundenhetens uppkomst" vore en händelse i någon form av fysisk verklighet...

Och verkliga viljeförklaringar är enligt Grönfors i princip endast formenliga skriftliga rättshandlingar – typiskt sett anbud och accepter. En handling som enligt hävdvunnen avtalsrättslig terminologi skulle vara att beteckna som en form av realhandlande är däremot inte en viljeförklaring, inte egentligen,[167] och det är inte heller massavtal, avtal som ingåtts efter muntliga förhandlingar eller efter utväxling av offert, order och orderbekräftelse (trestegsmodellen), eller någonting annat som avviker från det schema som ställs upp i 1 kap AvtL[168] – eller snarare: det schema som man kan se i detta kapitel *om* man tänker sig detsamma som en primitiv redogörelse för avtalsslutandets sociala praktik. Verkligheten skiljer sig då uppenbarligen från lagens beskrivning och den traditionella tankemodellen. Viljeförklaringen blir blott ett "avtalsgrundande rättsfaktum" bland andra.[169] Som Grönfors ser saken återspeglar avtalslagen – som ju i nordisk rättstradition är den text som framför andra symboliserar det gamla tänkandet[170] – i dagsläget en *överspelad verklighet*, inte blott ett överspelat tänkande.[171]

Får vi tro Grönfors ligger den klassiska avtalsrätten i spillror. Och förfallet skall alltså ha inträtt gradvis – "[i] och med samhällets utveckling i dynamisk riktning".[172] Utvecklingen skall ha tvingat fram en objektivisering. Vi har rört oss bort från de subjektiva utgångspunkterna.

Fint, men låt oss fundera över vad detta egentligen betyder. Hur får dikotomin objektiv/subjektiv här sitt innehåll? Vad står den för materiellt? Användningen ger innebörden, och användningen är, primärt, historiografisk. Vi får se till detaljerna i historieskrivningen. Grönfors anknyter till andra författare som slagits för objektivismen. Så betraktar

[167] Se t ex Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 52 f.

[168] Detta är det övergripande argumentet i Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, och grunden för framställningen i dens, Avtalslagen s 45 ff.

[169] Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 126.

[170] Vilket på sitt sätt är märkligt med tanke på att avtalslagen manifesterar brottet med den tyska juridiken, men inom ramen för vår tradition är den också därmed den första och äldsta avtalsrättsliga texten – såtillvida är det naturligt att ett "modernt" avtalsrättsligt tänkande tar avstånd från den.

[171] Jfr J Ramberg, Standardavtal och avtalsinnehåll s 447: "Man förutsätter [i den klassiska modellen] att parterna på något sätt givit uttryck inte bara för viljan att bli bundna till avtalet som sådant utan också alla dess enskilda bestämmelser. Detta kan säkerligen ha varit en realistisk förutsättning vid tidpunkten för avtalslagens tillkomst 1915."

[172] Grönfors, Avtal och omförhandling s 21. I HD:s praxis finner dens, Avtalslagen s 28, "intressanta belägg för en ändring av grundläggande avtalsrättsliga attityder i syfte att möta våra dagars krav på avtalsmaskineriet och dess roll i samhället."

han lanserandet av den objektiva förutsättningsläran[173] som ett steg på vägen.[174] "Men mera krävs efter hand."[175] Med sikte just på frågan om avtalsbundenheten skriver Grönfors:

> När avtalslagens upphovsmän införde tillitsteorin och löftesprincipen, speglade detta det ökade behovet att ingripa korrigerande i redan ingångna avtal. Den hårda bindningen vid parternas vilja som bestämmande avtalets innehåll löstes upp ett litet stycke. En balans från samhällelig synpunkt blev då lättare att uppnå. Den ledande tanken har blivit, att avtalet skall genomföras och avvecklas på ett ur allmän synpunkt rimligt sätt. Den stora generalklausulen i 36 § AvtL pekar i samma riktning. Så gör även den ökade tyngd som numera tilldelas dispositiva rättsregler med deras av lagstiftaren genomtänkta normallösningar.[176]

Detta är den moderna utvecklingen – "från ett subjektiverande till ett objektiverande betraktelsesätt".[177] Bland de rättsliga fenomen som får konstituera detta mönster har generalklausulen i 36 § AvtL den största positivrättsliga substansen. Den är inte blott en teori, en lära, en allmän princip eller en tendens, utan en lagfäst rättsregel, och den har som sådan en påtaglighet som överträffar varje rättsvetenskaplig konstruktions. Det är, vidare, inte vilken lagregel som helst. Det vida tillämpningsområdet, det faktum att det rör sig om den enda substantiella förändringen i avtalslagen sedan införandet, regelns karaktär av korrektiv relativt lagens innehåll i övrigt, inriktningen på ojämbördiga partsförhållanden, den föreskrivna rättsföljdens elasticitet, den tydliga kopplingen till sjuttiotalets tidsanda, förekomsten av motsvarande lagstiftningsåtgärder i andra länder vid samma tid och – i Sverige – till och med det förhållandet att det var den uppburne Jan Hellner som stod för den ursprungliga utredningen[178] – allt detta bidrar till känslan av att generalklausulen gjorde någonting med avtalsrätten, någonting synnerligen betydelsefullt.

Lägg emellertid märke till att denna känsla är tämligen diffus. Den är diffus i den bemärkelsen att den är svår att översätta i *konkreta* termer, det vill säga, om vi inte får använda begreppspar som traditionell/modern, subjektiv/objektiv och formell/materiell. Det är klart att 36 § AvtL gör skillnad, men vilken? Vill man verkligen i generalklausulen för-

[173] Varom mera nedan i avsnitt 9.3.

[174] Grönfors, Avtal och omförhandling s 22.

[175] Grönfors, a st.

[176] Grönfors, a st. Se också dens, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 318 f.

[177] Grönfors, Avtal och omförhandling s 22.

[178] Den "uppburne"? Ja, det är i sammanhanget en rent deskriptiv term.

ankra en tes om avtalsrättens utveckling av det slag som Grönfors förfäktar, måste man tillsynes på något sätt knyta de abstrakta historiografiska kategorier, som varje sådan tes är beroende av för sin formulering, till paragrafens själva lydelse.

I svensk version lyder den kritiska skrivningen på generalklausulens rättsfaktumsida som bekant: "...om villkoret är oskäligt...". Bedömningen avser avtalsinnehållet – *själva* avtalsinnehållet, vill vi förtydliga, för vi är vana vid att lägga parternas agerande in contrahendo till grund för våra omdömen i avtalsrättsliga frågor. Denna enkla kontrast, mellan lydelse och vana, kan vi lägga till grund för en åtskillnad mellan form och materia. *Formen* blir då, alltså, sättet för avtalets ingående, som skall skiljas från *materian*, som är avtalets innehåll. Den resulterande begreppsbestämningen är emellertid i sig tämligen teknisk.[179] Huruvida man finner något sprängstoff i densamma, beror väsentligen på om man *vill* finna det eller inte.[180] Insatsen är ideologisk. Det var antagligen enklare att se generalklausulens omstörtande potential när den var ny, och det verkar som om möjligheterna att betrakta den med en något kyligare blick ökar med avståndet till tiden för regelns införande (vi når förr eller senare en punkt vid vilken regeln inte längre är ny, utan blott ännu en historisk avlagring).[181] 36 § AvtL kan läsas reaktionärt såväl som revolutionärt.

[179] Jfr det ofta upprepade påståendet att striden mellan vilje- och tillitsteorierna egentligen endast gällde en viss teknisk detalj, nämligen hur förklaringsmisstagsfallen skulle regleras. Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s 100, konstaterar för sin del: "Skillnaden [mellan ogiltighetsreglerna och 36 § AvtL] ligger närmast på det rättstekniska planet."

[180] Jfr den försiktighet som iakttas av Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 450; dens, Social civilrätt s 129 ff; dens, Standardavtal s 164 ff. Se Votinius, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen; dens, Varandra som vänner och fiender s 59 och 237 ff, för ett exempel på offensivt bruk av 36 §.

[181] Sentida tecken: Norlén baserar sin avhandling "Oskälighet och 36 § avtalslagen" på *värdeetiska* överväganden, tar avstånd från "konjunkturkänsliga" omtolkningar av avtalsrätten och framhåller att jämkningsbedömningen också kräver att hänsyn tas till subjektiva faktorer. Lindskog, Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen, och Runesson, Tolkning, omtydning, jämkning, har båda förespråkat en restriktiv tillämpning av 36 § under åberopande närmast av *rättsekonomiska* skäl; jfr Sandgren, En social avtalsrätt? I–II. Ulfbeck, Fortolkning af ansvarsfraskrivelser, menar att 36 § AvtL i dagsläget används

2.2.3.3 En traditionalistisk tolkning av 36 § AvtL

Spänningen mellan form och materia – om begreppen tas i nu angiven bemärkelse – kan således i hög grad neutraliseras, förutsatt att vi lojalt tillämpar den traditionella avtalsrättens logik. Då skall vi fastställa avtalets innehåll genom att följa de vanliga reglerna för avtalstolkning,[182] i enlighet med vilka avtalsinnehållet bestäms utifrån en rimlig bedömning av alla de omständigheter i det enskilda fallet som kan vara av relevans för förståelsen av parternas överenskommelse – texten, orden, parternas beteende, deras gemensamma historia och så vidare. Här blir uppdelningen i "form" och "materia", enligt ovan, något konstlad – i kravet att tolkningen skall vara rimlig, ligger att också resultatet beaktas[183] – men accepterar vi den kan vi säga att formen *ger* materian, under förutsättning att inga formfel kan konstateras. Vi frågar således om allting har gått rätt till – "rätt", så att det låter sig hävdas att parterna i juridiskt hänseende verkligen har ett avtal. I förhållande till denna mekanism erbjuder regeln i 36 § AvtL en möjlighet att, efter en något friare bedömning, justera de eventuella manifesta orättvisor som inte legitimt kunnat undanröjas tolkningsvägen, och som inte heller fångats upp av bestämmelserna i ogiltighetskatalogen. Vid tillämpningen av generalklausulen kan generella normer av olika slag beaktas – vilket ger en typiserad, och i den meningen objektiv, bedömning – men den givna utgångspunkten är alltjämt de individuella omständigheterna i fallet. Det är det enskilda

---

också för att upprätthålla avtalsfriheten och kommenterar (a a s 496 f): "Det er nærliggende at se interessen for fastholdelsen af kontakten som en tendens, der afspejler den mere grundlæggende markedsorientering, der præger tiden."

[182] En parentes: Detta uttryck – "de vanliga reglerna för avtalstolkning" – utpekar inte en bestämd och tydlig regelstruktur, utan snarare en metod, eller strategi, för lösandet av vissa typer av rättsliga problem. Typexempel ger a) frågan om tredjemansavtal, som ju enligt fast praxis skall lösas tolkningsvägen – i enlighet med "vanliga tolkningsregler" (HD i NJA 2005 s 142); b) frågan om den rättsliga betydelsen av s k letters of intent, som bedöms efter "vanliga principer för avtalstolkning" (NJA 1995 s 586); c) frågan om utfästelse lämnats, som även den hänger på "vanliga principer för avtalstolkning" (NJA 1997 s 382).

[183] Se t ex Vahlén, Avtal och tolkning s 191 f. Kopplingen mellan rimlighetsargumentet och tolkningsresultatet är tydlig i t ex NJA 1978 s 223; NJA 1990 s 24; NJA 1991 s 319; NJA 2001 s 750. I NJA 1979 s 483 och NJA 1983 s 808 går form och materia i nu relevant hänseende till synes helt upp i varandra – i den ungefärliga formeln "förklaringens innebörd = den tolkning som, m h t konsekvenserna, för mottagaren framstått som rimlig".

villkoret som prövas, och prövningen sker "med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt", det vill säga under beaktande av den individuella kontexten. Efter dessa linjer kan generalklausulen, givet en traditionell[184] förståelse av avtalsrätten, framställas som ett komplement, som en del av systemet (och i detta system är förhållandet mellan form och materia, skulle man kunna säga, dialektiskt).[185]

2.2.3.4 En progressiv tolkning av 36 § AvtL

Spänningen mellan det formella och det materiella i avtalsrätten accentueras, däremot, om vi i analysen tar fasta på och utnyttjar den möjlighet, att tillmäta *annat* än det specifika förlopp som konstituerar parternas individuella överenskommelse avtalsrättslig relevans, som 36 § AvtL erbjuder.[186] Här får man fokusera på själva oskälighetsrekvisitet som sådant, det vill säga inte på underlaget för bedömningen utan på *normen*, den som anges av ordet "oskäligt" (även vid jämkning är ju bedömningsunderlaget faktiskt). Tillämpningen av detta rekvisit kräver uppenbarligen en värdering – en *rättslig* värdering, kan vi tillägga, för att på så sätt markera att det inte är den individuella situationen i fallet som är normerande. Det är inte parterna som avgör saken, utan rättstillämparen. Men, är det inte så att *samtliga* avtalsrättsliga frågor, tolkningsfrågorna inräknade, avgörs av rättstillämparen? För att få till en skarp motsättning här, tvingas man framställa de *andra* avtalsrättsliga frågorna – de som inte gäller jämkning, de som är äldre, hänförliga till traditionen och till tillämpningen av avtalslagen i sin ursprungliga lydelse – som inte fullt lika normativa, inte fullt lika rättsliga. Tekniskt åstadkommer man detta genom att framställa utrönandet av partsviljan som en faktafråga. Partsviljan är faktisk. Det subjektiva är det individuella som är det faktiska. Tänker vi oss sedan att de äldre reglerna är inrättade för att rättsligt förverkliga denna faktiska partsvilja kan vi kalla dem formella (de anvisar procedurer). Mot detta äldre paradigm står nu generalklausulen, som gör

[184] Här uppträder "det traditionella" som utjämnare, och traditionen som någonting i vilket motsättningar kan lösas upp. "Traditionen" har ju, likt en gammal gudom, såväl positiva som negativa aspekter. Den kan vara stelnad, men också rik. Den kan vara det som måste störtas, men också det som inte kan övervinnas.

[185] I denna riktning t ex Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 204 ff, särskilt s 228 f.

[186] Jfr Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 510: "I enlighet med den metod som jag funnit användbar [...] söker jag först efter brottställena i det rådande paradigmet."

det möjligt att *direkt* normera avtalsinnehållet efter en objektiv – i bemärkelsen generell, typiserad – rättslig bedömning.[187] Manövern förutsätter, och leder till, polarisering. Det nya och annorlunda kontrasteras mot det gamla och bekanta (båda polerna måste beskrivas, vilket paradoxalt nog kräver att också det gamla, det som vi skall ha tagit för givet, konstrueras på nytt).[188]

Genom att framhäva 36 § AvtL som sådan, genom att betona regelns särart och det faktum att den är ny(are), och genom att också tillskriva den vittgående systematisk betydelse – allt det som Grönfors gör när han hävdar att:

> den relativt nytillkomna stora generalklausulen i 36 § har fått central betydelse för hela förmögenhetsrätten[...][189]

... genom att göra detta kan kontrasten med den äldre rätten skärpas så pass, att det tycks nödvändigt att tala om ett reellt brott i rättsutvecklingen. Vi får ett skifte, som separerar den gamla avtalsrätten från den nya. Vid just denna punkt uppnår man en förståelse av avtalsrätten som låter sig beskrivas som "modern", det vill säga en förståelse som byggs upp kring antagandet att den avtalsrätt som vi nu har är resultatet av en omvälvning – en avtalsrätt som är motsatsen till "den traditionella". Det nya sätts istället för det gamla. "De modernas" tes är följaktligen, rätt besedd, att avtalsrätten genomgått en mer eller mindre fullständig trans-

[187] Lägg märke till att de som med anlitande av detta resonemang önskar betona generalklausulens särart, tillämpar just den logik som kommer till uttryck i distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

[188] Efter Wittgenstein: De egentliga betingelserna för vårt levnadssätt har vi inte artikulerat för oss själva, och vi skulle heller inte kunna artikulera dem. Innan "the rise of contract theory" (se nedan vid n 299) hade avtalsrätten i viss mening ingen teori. När Charles Fried i "Contract as Promise" försvarar avtalsrätten mot de progressiva teoretikernas angrepp, gör han det genom att ställa upp en motteori – dvs genom att konstruera en explicit teoretisk struktur där ingen tidigare fanns. I förordet anmärker han, att utan de progressivas angrepp "on premises I took for granted, I doubt I would have thought it necessary to write this book and I am sure I would not have seen as clearly what the central issues are." Sandgren, En social avtalsrätt? II s 644, säger om "traditionalistens" värderingar: "Dessa är emellertid som regel outsagda; referensramen för analysen är bara vagt artikulerad, om ens det." Se härtill ovan n 1379.

[189] Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 31. Året var 1995. Och det är klart, i förhållande till tidpunkten för avtalslagens införande är väl generalklausulen alltjämt "relativt nytillkommen". Jfr: Håstads lärobok i köprätt heter fortfarande "Den nya köprätten". Är jordabalken fortfarande ny?

formation.[190] I svensk och nordisk doktrin har 36 § AvtL tillmätts avgörande betydelse vid artikulerandet av denna tes, enligt ovan.[191]

2.2.3.5 Avslutning

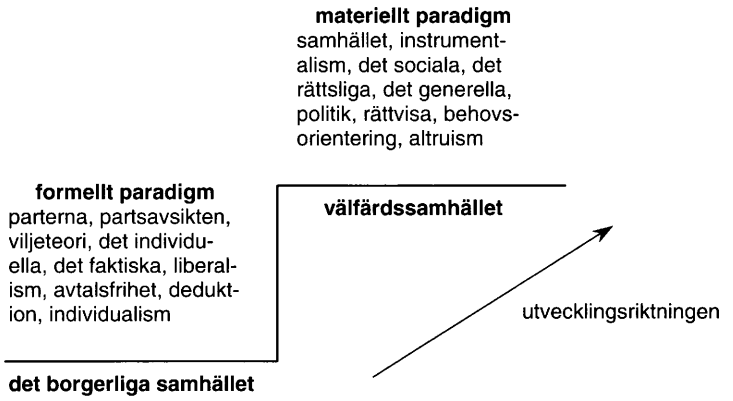
För att sammanfatta: Enligt traditionen – kan vi säga, om vi ansluter till den moderna synen på avtalsrätten – bestämmer parterna avtalsinnehållet. Det kan betraktas som ett utslag av viljeteori, eller liberalism – ett formellt avtalsparadigm.[192] Under den regim som generalklausulen i 36 § avtalslagen symboliserar fastställs däremot innehållet efter en rättslig värdering. Makten över avtalet vilar hos rättstillämparen, lagstiftaren eller rentav hos folket, samhället. Den avgörande frågan är ytterst sett

[190] Efter Hugh Collins uttryck "the transformation thesis". Collins, The Law of Contract s 20, definierar sin tes: "The claim advanced [in this book] suggests that the modern law of contract differs from the classical tradition in its motivating ideals, in its methods of legal reasoning, and in its sources of law. When these differences are considered together, these developments amounts to a transformation of the law of contract."

[191] Jfr Grönfors ovan vid n 189 anförda uttalande.

[192] På ett allmänt plan kan man kanske som Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten s 437, säga att "avtalsfriheten [i vårt system är] ett uttryck för den liberala marknadsideologin." Vad som närmare bestämt menas med detta tål emellertid att fundera över. Se härtill t ex Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 112 ff; Friedman, Contract Law in America s 20 ff; Gilmore, The Death of Contract s 103 f; Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine s 214 ff; Grönfors, Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten s 204 f; Horwitz, The Transformation of American Law 1780–1860 s 173 ff; Stang, Innledning til formueretten s 242 ff; Weinrib, The Idea of Private Law s 42 och 208 ff. Det torde t ex vara vanskligt att göra starka kopplingar mellan det konkreta historiska rättsläget och bestämda filosofiska skolbildningar. Det gör väsentlig skillnad för förståelsen om man som Votinius, Varandra som vänner och fiender s 129 ff, återför avtalsrättens individualism på Hobbes och Lockes samhällsfilosofi, eller om man, som t ex Madsen, Aftalefunktioner s 8 f, hänvisar till Hegels idealism. Allen W Wood skriver i sin inledning till Hegel, Elements of the Philosophy of Right s xiii: "Liberals are usually proud of the fact that they mean by freedom what most people mean by it, not what Hegel means." Om Hegels uppfattning om den fria viljan se Benson, Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract s 1153 ff. Skall då den individualism vi ser i avtalsrätten historiskt sett förstås liberalistiskt eller Hegelianskt? Kanske varken eller – Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s 413: "Mit der historischen Schule teilte sich in die Herrschaft allein die mächtige Staats- und Rechtsphilosophie Hegels. [...] Aber gerade in der Zivilrechtstheorie hat sie nicht Fuß gefaßt, und die originellen und unabhängigen Köpfe, die ihr anhingen, sahen sich durch die Übermacht der historischen Schule in Außenseiterrollen gedrängt." Se angående förhållandet mellan BGB och liberalismen, Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 2 Rn 37 ff; Schwab, Einführung in das Zivilrecht s 28 ff; Wieacker, a a s 478 ff.

politisk (Vilket innehåll är önskvärt?), snarare än faktisk (Vad ville parterna med sitt avtal?). Vi får ett materiellt avtalsparadigm.[193] Och den som är lagd åt det hållet kan i traditionen efter Hegel tala om en utveckling, där skiftet i ideologi svarar mot ett skifte i den samhälleliga organisationsstrukturen.[194] Som vi har sett kan denna Hegelianska historicism spåras till och med hos den öppet teorifientlige Grönfors.[195] Materialiteten, eller objektiviteten, sätts som det utmärkande för det moderna i avtalsrätten. Modernt är därmed detsamma som icke-formellt. Resultatet blir en eller annan variant av följande bild:



[193] Jfr, för att ta ett av otaliga exempel, Wilhelmsson, Questions for a Critical Contract Law s 17 f: "[T]he obvious critique against the traditional models of contract focuses on the fact that the content of the contract has almost no relevance for the decision of whether the contract should have a binding effect or not. The problem, whether the contract is to be considered binding, is solved on the basis of the events at the time the contract was made – the statements and conduct of the parties – with no regard to the actual content of the contract. In this sense, the traditional models are sometimes called formal as opposed to paradigms also paying attention to the material content of the contract."

[194] När det gäller de här aktuella formerna för samtalet (från formell till materiell rationalitet) är det brukligt att hänvisa tillbaka till Weber. H Gustafsson, Rättens polyvalens s 170 ff, ger en överskådlig framställning av "[d]en samtida debatten om rättens utveckling i det moderna samhället". Under ytlagren lurar också Henry Maine – öppet åberopad i det nordiska avtalsrättsliga sammanhanget så sent som av Jørgensen, Kontraktsret 1 bind s 9 (se också Jørgensen, Aftalen som form s 400); se vidare nedan avsnitt 9.2.3.

[195] Om Grönfors förhållande till teorin se nedan avsnitt 2.2.4.4.

Denna abstrakta bild förenar företrädarna för den moderna avtalsrätten. Eller: förena*de* – jag söker ju här göra gällande att den moderna uppfattningen kan placeras i det förflutna.

Härnäst pekar jag på det förhållandet att den moderna avtalsrättens försvarare – jag håller mig till Grönfors och Wilhelmsson, som vi nu bekantat oss med – målat upp visioner av det nya som, även om det finns beröringspunkter, strängt taget är oförenliga. På så sätt kan antagandet att "det håller på att växa fram en ny avtalsrätt"[196] – för att ta en av Grönfors formuleringar – misstänkliggöras, ty detta förutsätter enhetlighet. Utan enhetlighet kan inte kontrasten mellan gammalt och nytt göras effektiv, och utan enhetlighet blir det svårt att identifiera den omtalade *rörelsen* mot det nya, det materiella och det objektiva (ingen rörelse utan riktning). Denna rörelse har alltid i första hand varit akademisk[197] – en normativt kritisk akademisk rörelse – och varje tendens till splittring skadar saken. För vilken norm är det egentligen som skall läggas till grund för kritiken av den så kallade klassiska avtalsrätten? Det är endast de inblandade begreppens och dikotomiernas höggradigt abstrakta karaktär som gör historieskrivningen möjlig. Den moderna tesen tål illa att brytas ned i de författarskap som framställt den. Den pekar mot framtiden och vill att man skall rikta blicken ditåt.

2.2.4 En spricka i paradigmet

> The main contradictions within contract law, in traditional critical thought, are often localized in the conflict between the "traditional" paradigm and a new one. This view, however, is misleading, as it tends to picture the opposite models as conflict-free wholes. The "modern" approach is seen as something homogenous, representing e g welfarist ideals in contract law. This is, however, not the case.
>
> *Thomas Wilhelmsson*

2.2.4.1 Kurt Grönfors – avtalsrätten förkroppsligad

Wilhelmssons bidrag till Grönfors festskrift syftar till att etablera en gemenskap, en nära idémässig relation, mellan författare och festföremål.[198] Vilka vidare syften man än vill läsa in i just denna Wilhelmssonska

[196] Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 28.
[197] Se härtill nedan n 1250.
[198] Se ovan avsnitt 2.2.2.

text tycks detta grundläggande. Grönfors författarskap är Wilhelmssons utgångspunkt och första exempel. Wilhelmsson finner bekräftelse hos Grönfors, och han ger honom bekräftelse. Det är, som vi har sett, inte en fråga om artighet så mycket som om ett sätt att bedriva rättsvetenskap – strategi och verklighetsbeskrivning i ett.

Söker vi överblicka utvecklingen kan det också verka, så här i efterhand, som om Wilhelmsson hade rätt i sitt antagande, att avtalsrätten var på väg att förändras, och att den rörde sig i riktning mot ett "materiellt paradigm" – *om* vi fokuserar just på Grönfors. Och varför skulle vi inte göra det? Även om den svenska avtalsrättens utveckling i modern tid självfallet inte i allt löper parallellt med Grönfors egen utveckling, som avtalsrättslig författare, kan det ena förloppet inte strängt skiljas från det andra – påstår jag, och för att belägga ett sådant påstående skulle man, som en första åtgärd, kunna peka på det förhållandet att det var Grönfors som stod för den moderna kommentaren till avtalslagen, när den väl kom.[199] Den moderna kommentaren, som ersatte den klassiska. Symbolvärdet kan knappast överskattas. Grönfors tog Alméns plats. Inget namn är så starkt förknippat med den svenska avtalsrättens plötsliga uppblomstring, för ungefär ett sekel sedan, som Alméns,[200] och inget namn är så starkt förknippat med avståndstagandet från denna tradition som Grönfors.

[199] Första upplagan av Grönfors kommentar kom 1984. När Almén dog i spanska sjukan 1919 förelåg hans kommentar blott i sin förstaupplaga. I den nionde och sista upplagan från 1968, ombesörjd av Torkel Nordström, var brödtexten väsentligen oförändrad.

[200] Jfr Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet s 755: "Om man med hjälp av den juridiska litteraturen försöker bilda sig en uppfattning om utvecklingen av avtals- och köprätten i Sverige från tillkomsten av 1734 års lag fram till våra dagar, kan man få en ganska egendomlig bild. Ända fram till början av 1890-talet tycks vi ha haft ett ganska primitivt system, som inte mycket skiljer sig från vad vi finner i 1 kap handelsbalken av 1734 års lag. Men redan i Tore Alméns köplagskommentar, vars första upplaga kom 1906–08, finner vi ett raffinerat regelsystem, anpassat efter de krav som ställs av en modern världshandel. Metamorfosen förefaller mirakulös. Det system som Almén skildrade fortlever, i vad avser lagregler och rättspraxis om kommersiell köprätt, väsentligen oförändrat ännu idag. Sammanfattningen skulle då bli att det har inträffat en enda stor förändring sedan 1734, men den var desto plötsligare och grundligare." Jfr Gilmore, The Death of Contract s 9 f, som gör en poäng av att den kommersiella rätten, som vi upplever den, utbildades häpnadsväckande plötsligt, och som finner förklaringen i de genomgripande samhällsförändringar som den industriella revolutionen förde med sig.

Avtalslagen *var* den svenska avtalsrätten, och motsvarande gällde i Danmark och Norge;[201] den förkroppsligade de nordiska civilrättstraditionernas strävan efter självständighet – i viss mening var den resultatet av dessa traditioners själva födelse. Enligt den implicita historieskrivning vi alltjämt håller oss med tog avtalsrätten sin början med Almén, Lassen och Stang; vi hänvisar tillbaka dit, men inte längre. Avtalslagen är fortfarande den centrala avtalsrättsliga texten – inte därför att den är den enda (nåja) formellt bindande rättskällan på området, utan i kraft av den ställning den intar och den vördnad vi visar den, till exempel i den akademiska undervisningen, eller, för den delen, när vi med uppriktigt engagemang kräver dess avskaffande.[202] Avtalslagens ideologiska betydelse är fortsatt stor, även om betydelsen har förändrats – som nutida jurister kan vi till exempel inte längre se lagen som ett steg på vägen mot brödrafolkens enande.[203] Almén var avtalslagens svenska fader, Grönfors önskade uppträda som lagens dödgrävare: Den förres lagkommentar gav en inblick i upphovsmännens tankevärld, den senares kommentar syftade, enligt uppgift, till att påvisa behovet av en "totalreform" av den avtalsrättsliga lagstiftningen.[204] Och kontentan av sin analys, av själva sin livs-

[201] I Finland var situationen annorlunda. Avtalslagen träder där i kraft först 1929, och inte, som i Danmark, som ett resultat av mångårig kamp mot tyskeriet i juridiken, utan snarare som en signal av innebörd att kampen kunde börja. Två år senare utkommer af Hällströms avhandling "Om villfarelse" – ett försök att i teoretiskt hänseende dra konsekvenserna av den nya lagen för finsk rätts del. I förordet förklarar af Hällström: "[M]edan tillitsteorien i övriga nordiska länders litteratur varit den härskande, ha våra rättslärde mangrant fylkat sig kring viljeteorien, varav följden åter varit, att vår generations juridiska tänkande i dessa frågor rört sig i den tyska pandekträttens invanda fåror. Då nu Avtalslagen bryter med både pandekträtten och Bürgerliches Gesetzbuch, har det synts oss vara en lämplig uppgift att för vår juristkår söka utreda de vittgående konsekvenser tillitsgrundsatsens genombrott i själva verket medför".

[202] Jfr Grönfors i NJM 1990, del II s 279, som antar att de nordiska ländernas beslut att reservera sig mot bestämmelserna i del II i CISG togs "i vördnad för den lagstiftning, som Tore Almén och hans kamrater lyckats så väl med och som blivit en central del av tänkandet hos nordiska jurister."; se också dens, Löftesprincipen, tillitsteorin och avtalslagen s 267, samt jfr C Ramberg, The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law s 253.

[203] Jfr Stang, Det nordiske fællesarbeide for ensartet lovgivning, som bl a gör parallellen mellan det nordiska samarbetet och Tysklands enande.

[204] S O Johansson-C Ramberg, Kurt Grönfors in memoriam s 1122. Grönfors sade sig inte vilja skada texten (se förordet till kommentarens första upplaga), men samtidigt propagerade han för att den skulle ersättas med en ny. En intressant företeelse: Den illojala lagkommentaren.

gärning på avtalsrättens område, uttryckte Grönfors i sitt sista kända bidrag till den avtalsrättsliga diskursen – det redan klassiska uttalandet "Avtalslagen är en ruin!".[205]

På ett symboliskt plan är den svenska avtalsrättens öde sammanlänkat med Grönfors. Hur man ställer sig till den ständigt aktuella frågan om avtalslagens vara eller icke vara beror nu bland annat på hur man vill värdera Grönfors analyser.[206]

Detta samband – mellan Grönfors författarskap och den svenska avtalsrättens öde – låter sig utnyttjas för att bekräfta tesen om det materiella avtalsparadigmets oundvikliga seger (men det sker förstås på bekostnad av att innehållet i det materiellas begrepp knyts till Grönfors texter). Vad vi får göra är då, först, att sätta ett ungefärligt likhetstecken mellan "det formella paradigmet" och den tankestruktur som kommer till uttryck i avtalslagen, i dess ursprungliga lydelse – det som Grönfors kallat "AvtL:s föreställningsvärld".[207] Motsatsen, "det materiella paradigmet", blir då det alternativ till den gamla, till avtalslagen knutna, avtalsrätten, som Grönfors själv utvecklat – eller, om man skall vara lojal mot Grönfors: den nya avtalsrätt vars framväxt Grönfors uppmärksammat och redogjort för.[208] Sedan kan vi beskriva rörelsen från form till materia

[205] Se S O Johansson-C Ramberg, a st; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 23.

[206] När Woxholth, Avtaleloven må revideres! s 461, kräver en ny avtalslag tar han giltigheten av Grönfors verklighetsbeskrivning för given; jfr t ex S O Johansson-C Ramberg, a a s 1122; C Ramberg, Avtal om abort – Pactum turpe? s 314 f; dens, The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law s 251 och 254; J Ramberg, Standardavtal och avtalsinnehåll s 447 och 451 f.

[207] Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 22.

[208] Grönfors analys är deskriptiv. Vi får tänka oss att den nya avtalsrätten redan är här. Varför skall vi då engagera oss i frågan – om det alltså inte handlar om att förändra någonting? Svaret måste bli: För att anpassa formaliteterna (lagstiftningen t ex) till realiteterna. Hos Grönfors är det, ytterst sett, inte rättskällorna som ger rätten dess innehåll – jfr ovan n 255. Inom ramen för Grönfors teoribildning är ett uttalande som det följande (Avtalsgrundande rättsfakta s 131) alltså inte självmotsägande: "Självfallet vore det *omöjligt* [min kurs] att frysa den allmänna avtalsrättens innehåll på exempelvis 1950 års nivå och sedan låta den bli en tvångströja för all nytillkommande rättsbildning. För en fortsatt utveckling *måste beredas utrymme* [min kurs]." En motsvarande formulering finner man hos Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 12. Jfr också Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 327: "Det åligger juristerna att vaksamt följa med [förändringarna i samhällsstrukturen och samhällsbehoven] och på så sätt undvika att komma i otakt med utvecklingen."

i avtalsrätten genom att följa det gradvisa artikulerandet av Grönfors ståndpunkt (och receptionen av densamma).

2.2.4.2 Fullmaktsgrundande rättsfakta och frågan om avtalsrättens beskaffenhet

I sin festskriftsartikel knyter Wilhelmsson, vid sidan av lagkommentaren, främst an till "Tolkning av fraktavtal", från 1989 – en skrift som är nog så radikal i sin omkastning av etablerade tankemönster på tolkningslärans område. Nu har vi emellertid möjligheten att betrakta denna som en punkt på en utvecklingskurva, vars början får placeras i 40-talets övergång i 50-tal, till tiden för Grönfors debut som rättsvetenskaplig författare, och som har sin ände i slutsatsen att avtalslagen helt och slutgiltigt förfallit. Vissa element i den äldre Grönfors rättsuppfattning kan spåras hos, till exempel, den samhällstillvände, konjunkturkänslige och till doktrinära dogmer antipatiskt inställde författaren till "Om trafikskadeansvar" – doktorsavhandlingen från 1952. Men när det gäller de tidiga avtalsrättsliga skrifterna tänker man i sammanhanget kanske särskilt på "Ställningsfullmakt och bulvanskap" från 1961, som ju är Grönfors mellanmansrättsliga huvudarbete. Här finner man redan de grundläggande metodologiska principer, som Grönfors senare skulle tillämpa på avtalsrätten i stort, i väsentligen färdigt skick.[209] Steget från "fullmaktsgrundande" rättsfakta[210] till "avtalsgrundande" dito är kort.[211] I bakgrunden – det vill säga i noterna – skymtar vad som förefaller vara den närmaste idémässiga förlagan,[212] den, särskilt på 50-talet populära, tyska läran om "faktische Vertragsverhältnisse",[213] en lära som i den senare historieskriv-

[209] I sammanhanget kan även hänvisas till Grönfors uppsats "Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet" från 1960.

[210] Termen introduceras i Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 26.

[211] Se härtill Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 55 och 126.

[212] Se också Grönfors, a a s 52 ff. Det kanske inte minst är den terminologiska likheten som gör att det ligger nära till hands att koppla samman "faktische Vertragsverhältnisse" och "avtalsgrundande rättsfakta" – det och avståndstagandet från avtalsfrihetens princip. I realiteten är det dock naturligtvis vanskligt att peka ut en "närmaste förlaga". Det är ju t ex ofrånkomligen så att Ussings fullmaktslära, och särskilt dennes attityd till "teorier" i förmögenhetsrätten, haft stor inverkan på Grönfors. Se särskilt Grönfors, Ussings fullmaktslära.

[213] Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, har skrivit lärans historia. Lambrecht, a a s 2: "Heute ist die Diskussion um das faktische Vertragsverhältnis [...] weitgehend abgeklungen. Von der seinerzeit als ‚Atombombe' bezeichneten Erscheinung ist ‚nicht einmal ein dünner Rauch zurückgeblieben'". Lambrechts kanske i överkant

ningen betraktats som ett uttryck för, bland annat, rättspositivismens och liberalismens kris, samt dåtidens strävan efter att begränsa avtalsfriheten.[214] Och Grönfors avtalsrättsliga analyser gick ju konsekvent ut på att ersätta den "monistiska" viljeförklaringsmodellen med en "bredare och mera nyanserad matris" eller, som det också heter, att bereda plats för "sanktionselementet" på "viljeelementets" bekostnad. Tanken här är klassiskt realistisk: Vi måste syna språket, se igenom de traditionella juridiska begreppen, närmare bestämt viljeförklaringsbegreppet, för att kunna uppfatta de rättspolitiska sakskäl som *egentligen* fäller avgörandet. Ett illustrativt exempel ger avslutningsmeningarna i "Ställningsfullmakt och bulvanskap":

> Undersökningen synes alltså ge vid handen, att man knappast utan att pressa materialet kan hävda en monistisk syn på fullmaktsrätten. Genombrytandet av principen om avtalsverkningarnas begränsning till de avtalande parterna själva måste "förklaras" och förstås såsom föranledda av olika reala hänsyn i olika fall. Det rättspolitiska motivläget uppvisar skiftande mönster för olika fullmaktstyper. [...] Slutsatsen härav för fullmaktslärans del måste bli, att det krävs en differentiering. Ett strängt upprätthållande av "viljedogmen" inom avtalsrätten gör, att man förbiser viktiga rättsliga problem.[215]

Enligt den bild som här konstrueras *finns* det vissa rättsliga problem som man med ett klassiskt avtalsrättsligt synsätt måste vara blind för. Som utomstående betraktare skulle man kanske snarare säga, att Grönfors

---

polemiska framställning kan balanseras mot t ex Bucher, Zum Thema "faktische Vertragsverhältnisse" (recension av Lambrechts bok). Se vidare Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 30 Rn 21 ff, med litteraturhänvisningar. Anmärkas kan att Grönfors, Avtalslagen s 64, åberopar Lambrechts historieskrivning *till stöd* för sin egen objektiviseringstes.

[214] Tidsandan fångas väl av Nial i uppsatsen "Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel" från 1957, i vilken han skildrar "hur parallellt med det senaste halvseklets utveckling från en individualistisk till en mer kollektivistisk samhällsuppfattning och samhällsordning avtalsrätten förändrats genom en anpassning efter kollektivistiska idéer, vilket särskilt tagit sig uttryck i en fortgående beskärning av de enskildas avtalsfrihet" (Nial, a a s 193). Grönfors lyfter vid flera tillfällen fram Nials uppsats. Vi kan koppla kollektivism till objektivism och relatera denna idémässiga sammanlänkning till den utsiktspunkt över avtalsrätten som rättsvetenskapen hade under förra seklets mitt – den "moderna avtalsrättens" vagga (i den form vi känner den moderna avtalsrätten, så som den förmedlats till oss via t ex Grönfors skrifter). Se också Malmström, Privaträtt och samhällsutveckling, som ett drygt decennium senare kan ansluta till och bekräfta Nials analys.

[215] Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 353.

helt enkelt gör sig *andra* problem än de klassiska. Det må vara att de klassiska problemen kan beskrivas som i viss mening begreppsliga: De faller liksom ut av den klassiska avtalsrättens begreppsliga mekanik. Men när man säger detta låter det som om dessa problem egentligen vore skenproblem – och så kanske man tänker på, till exempel, den famösa frågan om den rättsliga relevansen av reservatio mentalis.[216] Objektivt sett är emellertid de problem Grönfors gör sig naturligtvis exakt lika begreppsliga, låt vara att han rör sig med andra begrepp och i andra turer. Vi kan säga att Grönfors *vill* ställa en avtalsrätt i en annans ställe.

Hur är den Grönforska avtalsrätten då beskaffad? Det ligger i sakens natur att den inte kan beskrivas i en enkel formel. I detta avseende är Grönfors projekt verkligen antiformalistiskt. Ur rättssystematisk synvinkel sett är hans resultat nästintill uteslutande negativa – frågan är vad han river ned, snarare än vad han bygger upp. Likt så många andra moderna avtalsrättare trampar han målmedvetet omkring i den klassiska avtalsrättens rabatter, utan att egentligen anlägga några nya.[217] Grönfors avhåller sig också från att överhuvudtaget skissera nya anläggningar, i bemärkelsen teoretiska konstruktioner – jämför hans påstående att en "fortsatt rörelse mot objektivering och förenkling kan iakttas i modern nordisk rättslitteratur".[218] "Objektivering och förenkling" betyder här det successiva eliminerandet av "bärande principer" och "dogmatiska överbyggnader" till "förmån för praktiska värderingar" och de "praktiska legislativa hänsyn som måste tillgodoses i dagens affärsliv".[219]

I "Ställningsfullmakt och bulvanskap" eliminerade han fullmaktsförklaringen som teoretisk princip och förklaringsmodell ur fullmaktsläran.

[216] Jfr Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 129, och notera *tonen* i detta uttalande: "Den ensidiga bindningen vid partsviljan lockar till ett långtgående bruk av diffusa rättsfigurer av typen tyst viljeförklaring, konkludent handling, hypotetisk viljeförklaring och mycket annat mer eller mindre mystiskt." Detta är en uppräkning av döda termer – stumma, men så är de också främmande i Grönfors avtalsrättsliga universum.

[217] Man kan göra uppror mot den traditionella konsten genom att skära ett par tre snitt i duken istället för att måla, men man kan inte grunda en ny tradition på det sättet, ty *all* innebörd ligger i upproret. Det är ju delvis av detta skäl som lekmannen har så svårt att förstå den moderna konsten: "Måla en duk helt svart!? Det skulle jag också kunna göra!" *Kontexten* är allt. Kubismen, som Grönfors låtit sig inspireras av (se nedan avsnitt 2.2.4.4 in fine), hade en livslängd på under ett decennium. Se härtill nedan vid n 389; jfr Teubners i n 403 återgivna anmärkning.

[218] Grönfors, a a s 24 f. De exempel på "modern nordisk rättslitteratur" han ger (Grönfors, a a s 25 n 26) är den egna lagkommentaren och Rambergs lärobok ("Allmän avtalsrätt").

[219] Grönfors, a a s 24.

Fri från "viljedogmen" stod det Grönfors fritt att beakta fullmaktsreglernas ändamål, på det för tiden karakteristiska samhällsingenjörsmässiga sättet. Han fann det "naturligt, att även avtalsrättsliga regler med hänsyn till ändamålsenligheten måste utformas på ett sådant sätt, att man *framtvingar önskvärda handlingsmönster* hos samhällsmedlemmarna."[220] I detta skede lät han dock inte analysen breda ut sig över hela avtalsrätten, annat än i antydningar. Just som han i sin egen förklaringsmodell – för det rör sig om en förklaringsmodell, en teori, även om han för stringensens skull måste skyla över detta faktum[221] – balanserar sanktionselementet mot viljeelementet, villkorar han tillämpningen av sitt teleologiska imperativ av hänsyn till avtalsfriheten. Grönfors medger att det låter sig sägas att "parternas handlingssätt inom avtalsfrihetens ram bör framstå som indifferent ur samhällelig synpunkt",[222] och betraktar den funktionalistiska analysen som ett komplement, som "i viss utsträckning" bör få genomslag vid reglernas utformning.[223] I sina senare skrifter var han mindre återhållsam.

[220] Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 352. Det heter t ex också att det praktiska behovet att handla genom representanter "har i och med den moderna utvecklingen av samhällets produktions- och distributionsapparat snarare förstärkts än försvagats. Fullmakten fyller i våra dagar [...] en viktig funktion som medel att åstadkomma ändamålsenlig arbetsfördelning och därmed rationell organisation i både nationellt och internationellt ekonomiskt liv" (dens, a a s 103). Personligen kan jag inte låta bli att förundras över formuleringar som dessa. Det är för mig svårt att förstå, att man verkligen trodde sig kunna säga någonting om rätten genom slik makrosociologisk spekulation – en motsvarighet till det sena artonhundratalets försök att grunda de rättsliga utläggningarna i amatörantropologiska uttalanden om hur människan betedde sig i "primitiva samhällen" (någonting som fortfarande förekommer). Jag vill skylla på min bristande förståelse för det "sociologiska" perspektivet för det fall att någon läsare, trots mina ansträngningar och mitt deskriptivistiska ideal, skulle finna en ironisk ton i min redogörelse för Grönfors ståndpunkt. Jag avser inte att vara respektlös, utan är bara häpen. Alienerad.

[221] När Grönfors i förordet till "Avtalsgrundande rättsfakta" förklarar att boken "motiveras av min personliga önskan att redovisa den 'teoretiska' bakgrund[en] till min kommentar Avtalslagen", sätter han ordet "teoretiska" inom citationstecken. Ett litet tecken, men tydligt – Grönfors kan omöjligen framställa sig själv som teoretiker, inte utan att ändra på åtskilligt av det som är absolut väsentligt *för hans teori.* Jfr Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 132, där Grönfors noterar att han i sin kommentar till avtalslagen urskilt olika avtalsslutsmodeller "utan att göra något stort rättsteoretiskt nummer av detta".

[222] Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 352.

[223] Jfr Nial, Från individualism till kollektivism s 193, som några år tidigare påstått att "objektiva synpunkter" kommit att "spela in" vid avtalstolkningen, men som tillade: "Då emellertid den allmänna avtalsrättens primära princip fortfarande är de enskildas avtals-

2.2.4.3 Omkastning av de klassiska utgångspunkterna

Med nyttjande av vad man med ett av hans egna uttryck skulle kunna kalla en "rättsgenetisk förklaringsmodell"[224] öppnar Grönfors för en mer genomgripande omtolkning av avtalsrätten. Som vi har sett verkade det för Grönfors, som om utrymmet för den nya funktionalistiska analysen var avhängigt hur pass stor vikt man nödvändigtvis måste fästa vid *avtalsfriheten*, och denna hållning är ju också mycket logisk. När han efterhand utvecklar sitt avtalsrättsliga tänkande gör han det, följdenligt, genom att försöka visa, att det har blivit möjligt och nödvändigt att förstå *begreppet* avtalsfrihet på ett sätt som ger detta en mycket blygsam roll i det avtalsrättsliga systemet, jämfört med den som detta begrepp tilldelas i traditionell uppfattning. Tesen är alltså att förståelsen, begreppets innebörd, har förändrats (och det som ett resultat av samhällsutvecklingen).

Det första steget i denna riktning tar Grönfors, mig veterligen, 1966, genom sitt bidrag till festskriften till Håkan Nial – en uppsats med titeln "Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten".[225] Här beskriver han en enkel och elegant omkastning av avtalsfrihetsbegreppets innebörd, från en dåtida, klassisk, till en nutida, modern. Den *dåtida* innebörden knyts till "1800-talets förhärskande kantianska rättsfilosofi" och härleds från viljebegreppet som sådant – dialektiken mellan (avtals)frihet och tvång inryms i detta grundbegrepp.[226]

> En viljeyttring, vilket dess innehåll än måtte vara, ansågs överensstämma med rättsordningen blott under förutsättning att den icke inkräktade på andra individers frihet. Friheten hos den ene individen förutsatte inskränkningar i andra individers frihet, och dessa kunde icke drivas längre än den allmänna frihetsideologin medgav. "Viljan sätter en skranka för sig själv", för att uttrycka sig i en på den tiden omhuldad terminologi.[227]

---

frihet, är det här fråga mer om nyanser än om klara motsättningar, mer om tendenser än om definitiva resultat."

[224] Se Grönfors, Avtal och association s 26.

[225] Se Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 318 n 1, där författaren själv, innan han utvecklar tankegången vidare, hänvisar tillbaka till "Några synpunkter...".

[226] Grönfors, Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten s 204 f.

[227] Grönfors, a a s 205. Uttalandet återspeglar den tanke som Kant, Grundläggning av sedernas metafysik s 59, uttryckte när han uppställde begreppet om "ett ändamålens rike", och ansluter direkt till Kants definition av rättsbegreppet; se Kant, Die Metaphysik der Sitten s 66 f: "Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann."

Avtalsfrihetsbegreppets *nutida* innebörd deduceras inte på detta sätt från den "allmänna frihetsideologin", om vi får tro Grönfors, utan definieras som motsatsen till tvång *från rättsordningens sida* (i form av tvingande rättsregler).[228] Där det tidigare blott fanns fria individer har vi nu en dikotomi som ställer individerna (vilja) mot staten (sanktion). Och detta är enligt Grönfors en effekt av att rättsordningen tvingades ingripa för att förhindra missbruk av det äldre systemet – där starkare parter under åberopande av avtalsfriheten kunde tilltvinga sig fördelar på svagare parters bekostnad.[229] Detta är en förenklad men, tror jag, i allt väsentligt korrekt beskrivning av avtalsfrihetsbegreppets genealogi.

Den äldre innebörden har vi alldeles förträngt – man måste studera och anstränga sig för att alls förstå den ("Viljan sätter sina egna gränser"; det har blivit nonsens) – medan den nya innebörden ter sig självklar. Korrekt, men frågan är vilka slutsatser detta förhållande egentligen berättigar. Grönfors slutsats blir att "avtalsfriheten numera [...] får nöja sig med att utgöra utgångspunkten för ett system, där man å ena sidan tillåter samhällsmedlemmarna att själva utforma sina åtaganden men å andra sidan begränsas utrymmet för denna fria avtalsbildning genom tvingande rättsregler."[230] Prima facie framstår denna hållning måhända som balanserad, jämförd med den äldre uppfattningen, såtillvida som avtalsfriheten ges en motpol i de tvingande rättsreglerna, men vid närmare påseende blir det tydligt att den Kantianska utgångspunkten här helt enkelt förbytts i sin motsats. Viljan, som tidigare var systemets grund, ersätts med *rättsordningen* – det "man" som "tillåter" samhällets medlemmar att ingå avtal, och som bestämmer avtalsfrihetens gränser genom att ange innehållet i de tvingande reglerna. Avtalsfriheten är här reellt sett underordnad och relativ, istället för absolut och okränkbar.

När Grönfors i sitt skrivande småningom finner tillbaka till den allmänna avtalsrätten – på åttiotalet, efter att i knappa två decennier väsentligen ha ägnat sig åt sjö- och transporträtt[231] – tar han upp den

[228] Grönfors, a st.

[229] Grönfors, a st.

[230] Grönfors, a a s 206.

[231] Som tidigare nämnts kommer första upplagan av lagkommentaren 1984. Ungefär vid samma tid kommer en anmälan, ett debattinlägg och en redogörelse för fullmaktsläran på tyska. Och sedan i snabb följd, en rad viktiga artiklar – "Ussings fullmaktslära" (1987), "Fraktavtalet och den allmänna avtalsrätten" (1988) och "Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler" (1988). Där är vi framme vid "Tolkning av fraktavtal" och andra upplagan av kommentaren (båda 1989).

gamla tråden. I "Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler", en uppsats i JFT 1988 som kan betraktas som grundläggande för den äldre Grönfors hållning till avtalsrätten, bygger han vidare på sin rättsgenetiska förklaringsmodell. Som framgår av titeln ligger nu fokus på de dispositiva rättsreglerna. I dessa finner Grönfors ytterligare en nivå i den rättsliga realitet som han faller tillbaka på i sin strävan att eliminera viljetänkandet ur avtalsrätten. Inte nog med att avtalsfriheten är kringskuren, genom den tvingande rätten – inom det område, som på så sätt lämnats den, är avtalsfriheten också villkorad av de dispositiva rättsreglerna och i materiellt hänseende i stor utsträckning efterställd dessa.

Utgångspunkten för argumentationen är fortfarande tesen om en förskjutning i avtalsfrihetsbegreppets innebörd. Modellen rymmer nu tre utvecklingsstadier.[232] Mellan "då" – det gamla, tyska tänkandet – och "nu" har Grönfors skjutit in ett mellanläge, som skall svara mot den inställning som kommer till uttryck i avtalslagen med motiv (tillitsteori/förklaringsteori). Men som Grönfors ser det är alltså detta stadium passerat: "Själv uppställer jag hypotesen att vi idag redan befinner oss i det tredje stadiet, utan att detta egentligen klart utsägs eller ens alltid uppfattas"[233] – en realitet bakom formerna – den realistiska myten par excellence. I detta tredje stadium är avtalsfriheten "rudimentär och övervakad", och när Grönfors skall föra sin tes i bevis utnyttjar han alltså de dispositiva rättsreglerna.[234]

Resonemanget är väsentligen begreppsligt. Om avtalsfriheten blott är rudimentär måste den dispositiva rätten få större betydelse än tidigare, någonting som, så att säga, antyds av den numera *stora mängden* av dispositiva rättsregler, och som har underlättats i och med införandet av generalklausulen i 36 § avtalslagen.[235] Generalklausulen gör det, som Grönfors ser det, möjligt att "i efterhand" omvandla dispositiv rätt till tvingande.[236] Det är vidare visserligen så, tillstår han, att de individuella

[232] Se Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 318 f.

[233] Grönfors, a a s 319.

[234] Med hjälp av en fotnot – Grönfors, a a s 319 n 2 – relaterar han sin modell till den diskussion kring "de allmänna lärornas utvecklingsnivåer" som återfinns hos Wilhelmsson, Social civilrätt s 30 f. Jfr Nybergh, Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället s 61 f.

[235] Grönfors, a a s 320.

[236] Jfr Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 254 f.

omständigheterna i fallet, "*förklaringen* eller motsvarande avtalsgrundande rättsfaktum", står i fokus i den bemärkelsen att dessa "är gnistan som utlöser avtalet"[237] – men när det gäller avtalets innehåll är det inte "samhällsmässigt särskilt rationellt" att genomdriva parternas vilja på bekostnad av de välavvägda normallösningar som lagstiftaren uppställt.[238] Följaktligen föreslår Grönfors en omkastning av tillvägagångssätt och rättsläge i tolkningsfallen. Presumtionen skall vara att den dispositiva rättens typiserade lösningar gäller – "*vid oklarhet bygger man på den dispositiva rätten och inte på det individuella avtalet.*"[239] Helst skulle Grönfors vilja eliminera själva tolkningsbegreppet, om det bara var möjligt (det är missvisande – som om avtalsinnehållet hade någonting med de rättshandlandes (vilje)förklaringar att göra).[240] Det är denna uppfattning som Grönfors närmare utför i "Tolkning av fraktavtal".[241]

Därmed är vi framme vid den punkt som Wilhelmsson knyter an till 1991. Här skall vi alltså befinna oss mitt i den postulerade irreversibla rörelsen från form till materia i avtalsrätten – en rörelse som vi nu rekonstruerar genom att återföra den på Grönfors författarskap. Och vi kan säga att detta konstgrepp är lyckat, såtillvida som det kan konstateras att den Grönforska avtalsrätten fortsatte att utvecklas förbi denna punkt.[242] Grönfors avtalsrättsliga vision når sin fullbordan i "Avtalsgrundade rättsfakta" (1993), "Avtal och omförhandling" (1995) och "Avtal och association" (1997) – tre skrifter som enligt författaren själv bildar "en trilogi, där varje del syftar till att uppmärksamma nya tendenser inom avtalsrätten och samtidigt inordna dem i ett meningsfullt helhetsmönster."[243] I

[237] Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 321.

[238] Grönfors, a a s 324.

[239] Grönfors, a a s 323.

[240] Grönfors, a a s 320 f.

[241] Analysen i "Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler" bekräftas i Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 15 ff, särskilt s 24 f.

[242] Anmärkas bör dock att den Grönfors som skrev "Avtalsgrundande rättsfakta" i vissa avseenden är mer försiktig än den Grönfors som några år tidigare hade förklarat att avtalsrätten inträtt i den rudimentära avtalsfrihetens epok. Den senare Grönfors föredrar t ex att tala om den "förminskade" avtalsfriheten. I Grönfors, a a s 28 n 36 förklaras: "När jag i *Tolkning* [av fraktavtal] i stället för den neutralt beskrivande termen 'förminskade' använder 'rudimentära', var detta onekligen att ta i och locka till känsloladdade motargumenteringar."

[243] Grönfors, Avtal och association s 7; se vidare dens, Avtalsgrundande rättsfakta s 14 f.

tur och ordning sätter delarna i denna trilogi följande klassiska avtalsrättsliga föreställningar ifråga:

i. Avtal kommer till stånd genom ett utbyte av överensstämmande viljeförklaringar.
ii. Avtalsinnehållet låses vid tidpunkten för avtalsslutet (också vid långtidsavtal).
iii. I systematiskt hänseende skiljer vi fysiska personer från juridiska – avtalsrätt är inte associationsrätt.

Det är det resulterande *helhetsmönstret* som vi har lämnats med, efter Grönfors bortgång, och det är ett mönster som har satt sig. Särskilt "Avtalsgrundande rättsfakta" har fått betydelse. Boken kan betraktas som ett anti-formalistiskt manifest, och utgör i svensk och nordisk debatt en självklar referens i diskussionerna om avtalsrättens utveckling. Grönfors uppfattning är numera rentav mindre rebellisk än vedertagen.[244] Exempelvis kommer den till uttryck i Jan och Christina Rambergs grundläggande lärobok i avtalsrätt,[245] ett av få verk i genren. Och värdet av Grönfors kommentar till avtalslagen, materiellt och symboliskt, är obestridligt.

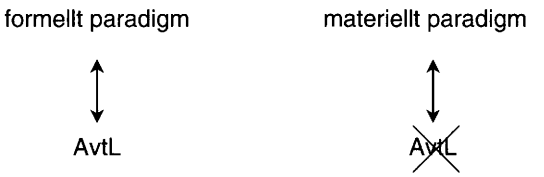
[244] Rättare sagt: Man kan få det intrycket, vilket har att göra med att den svenska avtalsrättsliga debatten är så pass lågintensiv. Det saknas helt enkelt inlägg med motsvarande ambitionsnivå, och man har typiskt sett valt att inte gå i polemik med Grönfors. Enligt S O Johansson-C Ramberg, Kurt Grönfors in memoriam s 1120, har "många rättsvetenskapsmän [...] anslutit sig till [Grönfors] synsätt". Woxholth, Avtalerett s 132, kallar Grönfors "toneangivande" (se vidare dens, a a s 55 ff; jfr dock Hov, Trenger vi nye begreper og "nye modeller" i avtaleretten?). Udsen, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum s 135, anmärker att Grönfors "fremstår som faderen til den nordiske adfærdsfuldmagtslære". Endast i Bert Lehrberg har vi en konsekvent och explicit kritiker av Grönfors uppfattning. Se särskilt Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta; jfr Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 446 n 8. Den för Torgny Håstad karakteristiska avtalsrättsliga analysen är inte direkt förenlig med Grönfors synsätt – jfr t ex det förhållandet att Grönfors i NJM 1990, del II s 279, fann Håstads juristmötesavhandling, om reformbehovet på avtalsrättens område, "provokativ": "Flera gånger under läsningen kände jag oppositionslustan växa och alla taggar åka ut." Se också t ex Håstad, Om underlåtenhet av Yngve Skarin... s 242 f, där Håstad försvarar bruket av dubbla subjektiva rekvisit (någonting som han driver även som justitieråd – se det särskilda tillägget i NJA 2006 s 638).

[245] Eller tvärtom – Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 29: "En likartad grundsyn som i denna kommentar till AvtL kommer till synes i *Rambergs* lärobok Allmän avtalsrätt".

2.2.4.4 Den Grönforska avtalsrättens materialitet

> [T]here can be no practice without theory, and [...] the pragmatist who says theory just does not matter is himself acting on an implicit theory of his own.
>
> *P S Atiyah*

Låt säga att vi nu nått fram, så att det antagna "formella paradigmet" – det vill säga "den tankestruktur som kommer till uttryck i avtalslagen, i dess ursprungliga lydelse" – kan sägas ha bytts i sin motsats i Grönfors slutligen fullt artikulerade avtalsrätt. Vilken bestämning av "det materiella paradigmet" har vi i så fall erhållit? Alltså schematiskt:



På vilket sätt är Grönfors avtalsrätt just *materiell*?

Den frågan är – lägg märke till det – inte alldeles enkel att besvara, vilket torde ha att göra med att Grönfors själv endast sällan använder termen "materiell" när han talar om sin, nya, avtalsrätt (han talar hellre om "objektivering" och "differentiering"). Följaktligen har denna term ingen naturlig plats i hans teoribygge. I förevarande sammanhang har vi med oss den från Wilhelmsson. Det är Wilhelmsson som har utsett Grönfors till företrädare för det "materiella avtalsparadigmet". I "Avtalsgrundande rättsfakta" förekommer detta specifika uttryck på två ställen,[246] och får då beteckna det förhållandet att det är "själva samspelet mellan viljeförklaringen och rättsordningen som ger upphov till avtalsverkan, inte partsviljan i sig".[247] Försiktigtvis anmärker Grönfors: "Med dagens terminologi skulle man [...] kunna tala om ett 'materiellt avtalsparadigm'", och bifogar en hänvisning till sin egen festskrift, till Wilhelmssons bidrag[248] – alltså just till det påstående hos Wilhelmsson som inordnar Grönfors i det materiella paradigmet och som denna diskussion tog

[246] Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 30 och 128.
[247] Grönfors, a a s 128. Jfr Woxholth, Avtalerett s 128.
[248] Grönfors, a a s 128 n 207; se även dens, a a s 30 n 38.

avstamp i. Oss hjälper Grönfors nu citerade anmärkning inte mycket. Jag tror inte att någon skulle vilja bestrida att det är, så att säga, i kraft av avtalsrätten som viljeförklaringen får sin verkan. Inte ens Windscheid.[249] De som hävdar motsatsen, och anklagar "viljeteoretikerna" för att *tro* att viljan på något mystiskt vis ger upphov till avtalet, förväxlar regelmässigt rättens innehåll med avtalsslutandets socialpsykologiska realiteter.

Nej, vill vi tolka Grönfors avtalsrätt som ett uttryck för det materiella avtalsparadigmet får vi göra det själva. Vad är det alltså för "helhetsmönster" som Grönfors ville frammana? Vi kan börja med att konstatera att det, på ett intressant sätt, är en paradoxal fråga. För även om Grönfors alldeles tydligt har en vision, så är det inte alldeles enkelt att säga vilken denna är.[250] Stundom brottas författaren själv med denna svårighet, under sina försök att artikulera det alternativ till den traditionella avtalsrätten som han vill erbjuda.[251] Det håller på att växa fram en ny avtalsrätt – men hur är den beskaffad?

Ett kännetecken som är utmärkande för Grönfors avtalsrättsliga författarskap i dess helhet är *metodologiskt* och har med syftningen att göra. Hans problem gäller, påstår jag, de juridiska abstraktionernas *legitimitet*. Inför "det traditionella juridiska systemet", "teorier", "dogmatiska påbyggnader", "hävdvunna lärosatser", "formler", "enhetliga modeller", "ideologier" och så vidare, reagerar Grönfors med motvilja: Hans analyser går mer eller mindre undantagslöst ut på att visa att dylika konstruktioner rimmar illa med "den juridiska verkligheten", "de snabbt ändrade förhållandena", "utvecklingen" och läget i "dagens samhälle", varför vi med tillämpning av ett "funktionsbaserat resonemang" måste dra slutsatsen att det finns ett behov av större "elasticitet", av "uttunning", "uppmjukning", "flexibilitet" och "glidande övergångar". Enskilda avgöranden får träffas efter en "helhetsbedömning" och regelsystemet får anpassas efter "vad de rättspolitiska synpunkterna kräver allteftersom".[252] Hel-

[249] Se t ex, mycket tydligt, Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 37.

[250] Jfr Sisula-Tulokas, Går vi mot en splittrad avtalsrätt? s 196: "Håller vi alltså på att slå sönder avtalsrätten [...]? Om svaret är jakande synes konsekvenserna dramatiska. Eller är de egentligen så dramatiska? Är det kanske så att varje juristgeneration på flera fronter upplever att just de lever i en brytningstid mellan gamla och nya idéer där någonting fungerande och beprövat ersätts med någonting nytt och obestämt."

[251] Se Grönfors, Avtal och association s 60 ff; dens, Avtalsgrundande rättsfakta s 129 och 131 f.

[252] Alla de uttryck som här används för att karakterisera Grönfors position är insamlade efter några snabba nedslag i hans senare produktion.

hetsbilden är alltså oskarp? Eller beskriver den ett tillstånd i vilket det inte får finnas någon helhetsbild?[253]

Det är lämpligt och riktigt att tala om bilder i detta sammanhang. Grönfors drog själv paralleller till bildkonsten och jämförde sin analytiska strävan med Cézannes, och senare kubisternas, försök att "göra rättvisa åt djupdimensionen på en plan yta genom att slå sönder bildens enhetlighet".[254] Såtillvida kan vi kalla Grönfors modernist i ytterligare ett avseende. Han underkänner det klassiska formspråket, därför att han finner det missvisande, och söker ett sannare, mer egentligt, uttryck. Resultatet är en bild som inte är en bild – i traditionell mening – utan snarare en gest, som pekar mot verkligheten själv.[255] De juridiska formerna får bereda plats för det praktiska rättslivets och rättspolitikens materia.[256] I den riktningen tror jag att man får söka sig om man vill kalla hans avtalsrätt "materiell". Formen blir då de traditionella avtalsrättsliga teorierna. Grönfors vill skaffa undan dessa, men han är inte intresserad av att sätta nya i de gamlas ställe – även om han naturligtvis gör det. Den som stipulerar att alla teorier är verklighetsfrämmande har därigenom gjort sig en egen teori, om än en tämligen okomplicerad sådan. Allt flyter (varför juridiken måste vara differentierad, nyanserad och elastisk). Det är också en teori.[257]

[253] Jfr Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 129: "En bredare och mera nyanserad matris förlorar naturligtvis i tydlighet."

[254] Grönfors, Avtal och association s 61 f. Tidigare – dens, Tolkning av fraktavtal s 9 – hade Grönfors liknat avtalstolkningsjuridiken vid "Picassos kubistiska etsningar" (för att på så sätt göra poängen att det är svårt att göra tolkningsunderlaget rättvisa); se nedan n 1390. Jfr också dens, Fraktavtalet och den allmänna avtalsrätten s 181 f, där det talas om två- och tredimensionella bilder av rättsläget.

[255] Jfr S O Johansson-C Ramberg, Kurt Grönfors in memoriam s 1120: "Kurt Grönfors gjorde inte det vanliga misstaget att kräva att verkligheten anpassade sig till juridiken. Han ansåg det i stället som sin livsuppgift att förklara när och hur det var dags för juridiken att anpassa sig till verkligheten." Kubismen är en av oräkneliga konstnärliga riktningar, som alla gör anspråk på äkthet, eller på att säga någonting sant. Kubismen är en stil. Är inte problemet med Grönforsianismen att den är så pass omedveten om att den också är en stil – dvs att den tror sig vara privilegierad och ha direkt åtkomst till verkligheten?

[256] Häremot möjligen Bengtsson, Om civilrättens splittring – en uppsats som ju publicerades i Grönfors festskrift; se särskilt Bengtsson, a a s 30 ff.

[257] Även ett funkishus har stil. "Even technology is a fable", skriver Vattimo, The End of Modernity s 29.

2.2.4.5 Det materiella paradigmet är inte enhetligt

Den bestämning av relationen mellan form och materia, som blir resultatet om man sätter likhetstecken mellan Grönfors avtalsrätt och "det materiella paradigmet", avviker, kan vi nu notera, från den som man finner hos till exempel Wilhelmsson. Juha Karhu har satt fingret på skillnaden:

> [Grönfors] ser problemet i hur den traditionella teorin analyserar verkligheten, vilka begrepp den använder, och motverkar detta med att avskaffa eller försvaga ställningen av vissa begrepp. Han tillåter andra former av avtalskriterier förutom viljan eller tilliten. På detta sätt undviker han att det blir en klyfta mellan teori och verklighet. Men samtidigt går en viss mängd kapacitet att organisera (systematisera) världen omkring oss förlorad, den mängd som härrör sig från det normativa i begreppssystemet. Ett annat sätt är att försöka ersätta den gamla normativiteten med en ny. Den vägen har man gått i Norden, och speciellt i Finland, inom den s k sociala civilrätten.[258]

Till skillnad från Grönfors, arbetar Wilhelmsson (och Karhu) öppet med avtalsrättens teori. Grönfors ser teorin som en slöja för verkligheten. Wilhelmsson ser däremot ingen anledning att, i den akademiska juridiken, strängt skilja teori från verklighet. Han betraktar rätten som ett sätt att framställa och bekräfta *bilder* ("Law is a method for producing images"[259]), vilket, givet hans normativa inriktning, ger frågan *vilka bilder som bör framställas*, eller, i nu aktuella termer, vilka teorier som bör konstrueras. I sin deskriptiva nit motsätter sig Grönfors konstruerandet av teorier överhuvud. Han är en god svensk realist,[260] av Alménpragmatiskt slag – tillsynes fast övertygad om att verkligheten är någonting omedelbart och enkelt konstaterbart, och stolt över sin anti-akademiska hållning.[261] Wil-

[258] Pöyhönen, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 664.

[259] Wilhelmsson, Private Law 2000 s 233.

[260] Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 314 anmärker: "Rättsvetenskapsteoretiska spörsmål upptar liten tankekraft hos de positivrättsliga disciplinernas företrädare. Det finns inom den juridiska akademin en misstro mot teoribildningens relevans för rättsvetenskapen."

[261] Någonting som visar sig t ex just i Grönfors hovsamma inställning till Almén. Almén, som likt ingen annan svensk rättsvetare hyllats för sitt praktiska sinnelag – se t ex Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet s 767 vid n 53 – har i ett sammanhang (Almén, Om köp och byte av lös egendom. Förra delen s 315) uttalat: "Juridiken är eller borde åtminstone vara en praktisk vetenskap". Passagen har citerats, med gillande, av Grönfors, Almén om handelsbruk s 125 (se även dens, Avtalslagen s 27; dens, Ändamål och funktion s 537), som i den ser det glimma till av "en viss animositet mot alltför omfattande lärda utläggningar". Själv markerar han gärna mot överdriven lärdom. Se t ex Grönfors,

helmsson är ingen realist.[262] Faktum är att den för svenska förmögenhetsrättare karakteristiska formen av realism från Wilhelmssons utgångspunkter sett måste te sig naiv – även om inte Wilhelmsson själv skulle uttrycka sig så. Omvänt måste Wilhelmssons civilrätt från den svenska realismens håll framstå som spekulativ och abstrakt. Här rör det sig om en rättskulturell skillnad, och om en regelrätt konflikt mellan paradigm. Grönfors hållning stammar direkt från det modernistiska upproret mot idealismen i juridiken, med sin upprinnelse i Tyskland och med dansk förmedling och omtolkning. Såtillvida låter det sig påstås att hans juridik hör det tidiga nittonhundratalet till, men det gör den inte mindre aktuell. Här och nu är ju Grönfors avtalsrätt högsta mode.[263] Wilhelmssons rötter går tillbaka till sjuttiotalet, till den progressiva finska, tyska och amerikanska rättskritiken. I bakgrunden skymtar Marx.[264] Det rör sig om en skillnad mellan generationer. Förhållandet mellan Grönfors och

---

Avtalslagen, 3 uppl s 62; dens, Avtalsgrundande rättsfakta s 24 f och 132; dens, Fallet med de vettskrämda silverrävarna s 56; dens, Tolkning av fraktavtal s 10 ff.

[262] Frågan om den finska rättsvetenskapens förhållande till "den skandinaviska realismen" är överhuvudtaget besvärlig, och för en utanförstående mer eller mindre hopplös. Vad vet vi egentligen om den finska rättsvetenskapen (jfr Wilhelmsson, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran s 181 ff)? Det handlar naturligtvis om språket, men det finns också djupgående rättskulturella skillnader – avseende t ex relationen till den tyska juridiken – som man inte skulle kunna överbrygga genom någon form av översättning. Att döma av de källor som finns tillgängliga för icke finskspråkiga råder det delade meningar om graden av realismens inverkan på den finska rättsvetenskapen. Se den engelska sammanfattningen av Markku Helins avhandling "Laionoppi ja metafysiikka"; Kangas, Om uppkomst och förmedling av lärdomstraditioner; Klami, Realister och rättskämpar; Malminen, The effects of Scandinavian Legal Realism on Finnish Legal Studies, 1929–1965; Pöyhönen, Procedural and Substantive Fairness in Finnish Contract Law s 189 f.

[263] Överhuvudtaget är det ett icke-argument att mot en tanke åberopa dennas ålder. Jfr fenomenet neoaristotelianism.

[264] Marxismen hos Wilhelmsson är förmedlad, och förvandlad – som ett eko (hos Wilhelmsson är Marx närvarande som spöke, i Derridas mening). Den kommer till synes inte minst i inflytandet från L D Eriksson (historieskrivningen, idéerna om "behovsorientering" och "det rättsligt möjliga"). Angående bakgrunden, se t ex Blume, Kritisk retsteori; Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s 96 ff; Tuori, Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? Källskriften framför andra är – så som man i "alternativa" kretsar skriver sin historia – L D Erikssons år 1979 i Retfærd publicerade artikel "Utkast till en marxistisk jurisprudens". Se t ex Glavå, a a s 96; H Gustafsson, Cyklopens öga s 5; dens, Rättens polyvalens s 99; Wilhelmsson, Om kritisk civilrättsdogmatik s 47 n 2.

Wilhelmsson kan liknas vid förhållandet mellan den amerikanska realismen och CLS.[265]

Ett av de tydligaste uttrycken för skillnaden mellan svensk realism och finsk nynormativism som vi äger tillgång till, är den debatt mellan Wilhelmsson och Claes Sandgren som publicerades i JT i början på nittiotalet. Debatten inleddes som bekant av Sandgren, som i en serie på två artiklar tog sig för att utvärdera den så kallade "sociala civilrätten", särskilt med sikte på avtalsrätten.[266] De synpunkter på detta fenomen som Sandgren redovisade i sina slutsatser var kritiska.[267]

Wilhelmsson fann sig, i egenskap av företrädare för den granskade riktningen, föranledd att svara. Och när han gjorde det avböjde han intressant nog att diskutera detaljerna i Sandgrens analys – argumenten i sig sade han sig rentav kunna godta.[268] Istället ville han göra gällande att meningsskiljaktigheten ifråga låg på ett djupare plan – *bakom* de uttalade argumenten: "Det är nämligen min uppfattning att åtminstone en del av åsiktsdifferenserna beror på olika *ontologiska grundantaganden* [min kurs]. Olikheten i vår grundläggande syn på vad rätten är, hur rätten verkar och i vilken relation rätten står till samhället betingar vårt sätt att resonera om rättens innehåll."[269] Så som Wilhelmsson beskriver skillnaden kokar denna ned till, att medan en av hans egna centrala utgångspunkter varit, att det är möjligt och önskvärt att skriva civilrätt "inom ramen för dialektiken mellan det verkliga och 'det möjliga'", antar Sandgren att det är möjligt att utgå från verkligheten som sådan.[270] Enligt

[265] Det senare är, skall man märka, hett omdebatterat i amerikansk rättsteori. Företrädarna för CLS ville gärna framställa sig som realisternas arvtagare och betonade följaktligen kontinuiteten mellan traditionerna – se härtill Livingston, 'Round and 'Round the Bramble Bush. Teoretiska motståndare till CLS har kunnat utnyttja de exegetiska svårigheter som denna strävan givit upphov – se t ex Leiter, Rethinking Legal Realism. Leiter, a a s 267: "Considering the enormous influence Legal Realism has exercised upon American law and legal education, over the last sixty years, and considering, too, as the cliché has it, that 'we are all realists know', it remains surprising how inadequate – indeed inaccurate – most descriptions of Realism turn out to be." Någonting motsvarande kan sägas för svensk juridiks del.

[266] Sandgren, En social avtalsrätt? I–II.

[267] Grunden för Sandgrens kritik – kritik som huvudsakligen framförs i den andra av de två artiklarna (s 643 ff) – är väsentligen att företrädarna för den sociala avtalsrätten blandar in sina politiska värderingar i den vetenskapliga analysen.

[268] Wilhelmsson, En social avtalsrätt? – Några kommentarer s 499.

[269] Wilhelmsson, a st.

[270] Wilhelmsson, a a s 501 f.

denna analys ser alltså inte Sandgren den möjlighet – dialektiken mellan fakticitet och normativitet – som Wilhelmssons alternativa rättsdogmatik bygger på. "Sandgren är i högre grad fångad i tron på det verkliga", skriver Wilhelmsson, och fogar till denna anmärkning en markering mot den skandinaviska realistiska traditionen och den retorik som odlas inom denna.[271]

Tro på det verkliga? För en realist är det nonsens: Verkligheten är helt enkelt förhanden, inte någonting som man kan välja att tro, eller inte tro, på – och här kan man knacka i bordet, eller så, för att demonstrera exakt hur okomplicerad hela saken är.[272] I denna anda svarade Sandgren på Wilhelmssons anklagelser:

> Han förebrår mig att jag diskuterar gällande svensk rätt i 'verklighetsanknutna termer'. Han har rätt i att det är det som jag gör.[273]

Som om Sandgrens hängivna realism inte krävde något rättfärdigande, medan Wilhelmssons uppfattning uppenbarligen vore förfelad. Och något rättfärdigande krävdes väl heller inte, *inte inom ramen för den svenska, av realism präglade, förmögenhetsrättsliga diskursen* (man kan gissa att många av JT:s läsare fann Sandgrens argumentation övertygande). Men nu var ju Wilhelmssons poäng att det föreligger en grundläggande skillnad mellan den alternativa rättsdogmatiken och den traditionella, mellan hans eget perspektiv och Sandgrens, som är hänförlig till de ontologiska premisserna – en skillnad av just det slag som Sandgrens reaktion illustrerar.[274] Det låter sig alltså sägas, att Sandgren bekräftar Wilhelmssons analys.[275]

Den skillnad i grundläggande perspektiv som Wilhelmsson sökte beskriva i sin polemik med Sandgren kan också iakttas i förhållandet mellan Wilhelmsson och Grönfors. Om de båda är företrädare för ett "materiellt avtalsparadigm" så är det inte samma paradigm som de företräder. I *Wilhelmssons* skrifter ges termen "materiell" en samhällsanalytisk

[271] Wilhelmsson, a a s 502.

[272] "I refute him thus!" sade dr Johnson och sparkade till en sten (i akt och mening att avfärda biskop Berkeleys immaterialistiska ontologi).

[273] Sandgren, En social avtalsrätt? – än en gång s 930.

[274] Ontologi är inte någonting som traditionella svenska förmögenhetsrättare gärna diskuterar – se härtill nedan vid n 413.

[275] Anmärkas kan att Wilhelmsson senare – Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 25 n 30 – kom att hänvisa sina svenska läsare till sitt inlägg i debatten med Sandgren för en sammanfattande beskrivning av sin metod.

och samhällspolitisk innebörd. Det nya, materiella paradigmet harmonierar med den välfärdsstatliga ideologin (eller dennas "post-version"). Att tänka materiellt i avtalsrätten är således att tänka fördelningspolitiskt, med inriktning mot resultatet, att tolka och konstruera reglerna på ett socialt ansvarsfullt sätt. Wilhelmsson idé om det materiella får därmed en tydlig moralisk (politisk) dimension.[276] Hos honom flyter med andra ord dikotomierna form/materia, gammal/ny (avtalsrätt) och liberal/social in i varandra.[277] Det i *Grönfors* avtalsrättsliga tänkande som har kallats "materiellt", torde uteslutande kunna hänföras till hans kritik av den föreställningsvärld – de teorier – som han antagit ligger bakom den gamla avtalsrätten, den som symboliseras av avtalslagen. Han vill på känt manér beskriva hur det *verkligen går till* när man sluter avtal, tolkar rättshandlingar och så vidare, och ställer sina resultat mot den klassiska juridikens dogmer. Grönfors "materia" – det som han sätter i stället för "formerna" – är den egentliga substansen, närmast de "fakta" som, så som han ser det, i realiteten är juridiskt avgörande (och det är, som ovan antytts, signifikativt att terminologin här blir lite märklig).

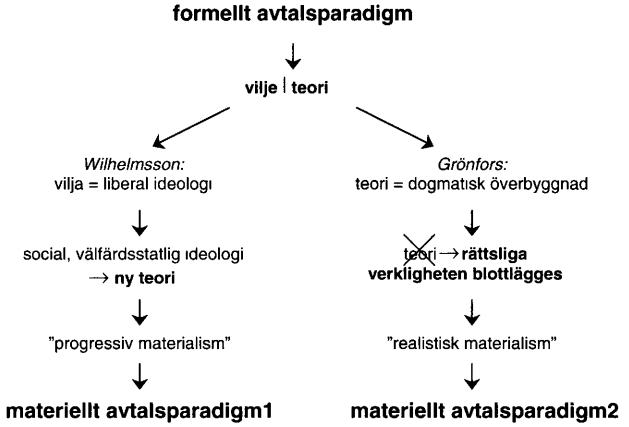
Förvisso innebär Grönfors destruktion av formerna att systemet öppnas för rättspolitiken, för det ändamålsenliga. Och en central komponent i den Grönforska utvecklingstanken är ju att det rättsliga – de av lagstiftaren övervägda normallösningarna – i steg har trängt undan det faktiska och individuella, det vill säga partsviljan. Detta gör det möjligt att i Grönfors avtalsrätt se en "materialitet" som påminner om Wilhelmssons. Men, och det är poängen här, denna normativa aspekt av

[276] Här förstår vi "materiellt" ungefär som "substance" i den mening termen ges i Duncan Kennedys inflytelserika "Form and Substance in Private Law Adjudication" – och det är en av poängerna i den artikeln att ifrågavarande schema är för enkelt *samtidigt som det är sant.* Poängen bekräftas av den liberala motelden – mycket explicit hos t ex Fried, Jurisprudential Responses to Legal Realism s 333, som kräver "a return to rules".

[277] Ett par fragment till exemplifiering – Wilhelmsson, Anm av Votinius, Varandra som vänner och fiender s 446: "modern kontraktsteoretisk debatt, där man oftast förknippat den *traditionella* [min kurs] kontraktsrätten med kommutativ rättvisa [...] medan man i en *ny* [min kurs] mer social kontraktsrätt snarare betonar förekomsten och behovet av distributiv rättvisa"; dens, Varieties of Welfarism in European Contract Law s 713: "the *new* [min kurs] approaches in contract law are to a large extent connected with the values of the welfare state." Det nya är mer eller mindre ("to a large extent") det materiella som är det sociala, välfärdsstatliga (se dock t ex dens, Questions for a Critical Contract Law s 45). Jfr Atiyah, Essays on Contract s 121: "The liberal theory of contract is close to, if not indeed wholly identical with what I have termed the classical theory of contract [...]"

läran har i princip ingen relevans för dess *syftning*. Grönfors ambitioner är "vetenskapliga" i traditionell positivistisk mening. Således har han inga synpunkter på *vilken* politik som avtalsrätten skall ge uttryck för. Ändamålen följer av "systemet", funktionerna av fakta på marken.[278] Genom den nya "flexibiliteten" bereds plats för den utveckling av avtalsrätten som är "rättspolitiskt önskvärd".[279]

Wilhelmsson vill ställa en annan, social, teori, i den gamla, liberalas ställe. Grönfors vill så långt det är möjligt befria avtalsrätten från teorierna, eller "överbyggnaderna", som han kallar dem. Schematiskt:



Det Wilhelmssonska perspektivet är endast tillgängligt för den som förmår slå sig fri från föreställningen, att civilrättsvetenskapen måste anpassa sig efter den praktiska verklighetens faktiska villkor – en föreställning som är axiomatisk i svensk civilrättsdogmatik och som också Grönfors texter

[278] För Grönfors något speciella syn på förhållandet mellan ändamål och funktioner, se Grönfors, Ändamål och funktion.

[279] Se Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 129. Å ena sidan skulle man i och för sig kunna göra gällande, att påståendet att viljeelementet trängts undan av sanktionselementet – och således avtalsfriheten av rättspolitiken – i sig är politiskt (antiliberalt). Å andra sidan menar Grönfors som vi har sett att de politiska, tekniska och socioekonomiska förhållandena nu *de facto* är sådana att viljeelementet har trängts undan. Vid nittonhundratalets början skall det ha varit annorlunda. Jfr beskrivningen hos Grönfors, a a s 123: "Ett harmoniskt viloläge rådde i hela systemet." Han menar inte att situationen då var ohållbar. För en marxistiskt orienterad tänkare måste denna likgiltighet te sig stötande.

ger uttryck för.[280] Den progressiva "materialismen" går utöver den realistiska, och visar på någonting som ligger bortom den senares horisont.[281] Omvänt måste den progressiva tolkningen av avtalsrätten från realistisk horisont sett innebära ett otillåtet sammanblandande av politik och juridik samt att materialet tänjs långt utöver vad detta tål.

Det "materiella avtalsparadigmet" är sprucket.[282]

2.2.5 Linjer i avtalsrättens sentida utveckling

Är det materiella avtalsparadigmet sprucket? "Sprucket" låter så drastiskt – som om det materiella paradigmet inte alls kunde tänkas som ett enhetligt helt. Kanske borde man hellre säga att det bär på inre motsättningar – och vilken vetenskaplig rörelse bär inte på sådana? *Alla* "paradigm" kan visas vara spruckna med tekniker av den typ som anlitats i föregående avsnitt, genom en tillräckligt närgången läsning. Följaktligen borde, kan man tycka, uppmärksammandet av sprickbildningen – detta trick, denna övning i språkkritik – sakna argumentationsvärde i det enskilda fallet. Men ... mitt syfte har inte varit att demonstrera att den moderna avtalsrätten föreligger i mer än en variant, också i Norden – det låter sig göras, enkelt nog – utan att misstänkliggöra den *självförståelse*, den verklighetsbeskrivning och historieskrivning, som förenar samtliga företrädare för "den moderna avtalsrätten", så som denna företeelse bestämts i föreliggande framställning.

[280] Se härtill Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s 102 f; Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal s 39 ff; Pöyhönen, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 662 ff; Sandgren, En social avtalsrätt? Del I s 461 f.

[281] Jfr Petersen, Fra retsrealisme til nynormativister. Pöyhönen, a a s 664, anmärker att den som i likhet med Grönfors arbetar med en anormativ modell av avtalsrätten riskerar, att okritiskt finna sig i förhandenvarande ekonomiska realiteter, och att tappa *rättvisan* ur sikte (jfr Blume, Kritisk retsteori s 70). I samma riktning en författare som Votinius, Varandra som vänner och fiender s 224. Jfr också Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, särskilt s 96 ff och 105 ff, som skapar sin egen position genom att jämka samman realism och "alternativ jurisprudens" – till den senare riktningen räknar han Wilhelmsson. Jfr också det förhållandet att Lehrberg, som, såvitt avtalsrätten angår, i Sverige tveklöst är den författare som ligger närmast den klassicistiska idealtypen, samtidigt, i ett avseende, förvaltar arvet från Hägerström – jag tänker på Lehrbergs teleologi. Se härtill särskilt Lehrberg, Förutsättningsläran s 64 ff.

[282] Se Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 507 f; dens, Questions for a Critical Contract Law s 45 f. Se även dens, Varieties of Welfarism in European Contract law – för en bedömning av nuläget (2004) för den europeiska, socialt inriktade avtalsrättens del. Jfr Collins, The Transformation Thesis and the Ascription of Contractual Responsibility.

Är det så att den gamla avtalsrätten har ersatts, eller är på väg att ersättas, av en ny? Att det länge – per definition under den moderna epoken – har varit populärt att *påstå* att så är fallet kan konstateras. För att vi skall kunna tro på dessa påståenden måste vi dock någonstans vara övertygade om att det inte blott rör sig om påståenden, utan att dessa också motsvaras av en realitet, av en reell omvandling av den avtalsrättsliga materian. Tesen om avtalsrättens transformation måste vara mer än en tes. Den måste rentav vara sann. Nu är det ofrånkomligen så: I ju fler versioner denna tes framkastas, desto svårare är den att hålla för sann – just som en vandringssägen, som man ser för vad den är, när man hör den ytterligare en gång, i ytterligare en variant. Det finns en risk för att åhöraren till slut säger sig: "Den gamla avtalsrätten kan inte ha varit allt detta. Vi kan inte vara på väg åt alla dessa håll samtidigt." Och kanske: "Vad är det som driver oss att gång på gång upprepa att vi har lämnat det gamla bakom oss? Varför anser vi det viktigt att intala oss det?" Berättelsen om den moderna avtalsrätten gör sig därför bäst när den är abstrakt, och vill man förmedla den övertygande gör man klokt i att släta över sprickorna och att framhäva projektets kollektiva och allmängiltiga natur.[283]

Så tillåter sig Wilhelmsson till exempel att hävda:

> Avtalsrätten förefaller generellt sett vara stadd i utveckling mot ett sådant mer materiellt synsätt, såväl hos oss som annorstädes.[284]

Och han kan tala om:

> dagens sociala civilrättsvetenskaps kritik mot det traditionella atomistiska civilrättsparadigmet [...][285]

Med små medel – i det senare citatet: epitet "dagens" ställs mot epitet "traditionella", "civilrätts*vetenskaps*" mot "civilrättsparadigmet" – för-

[283] Jfr Pöyhönen, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 664; Wilhelmsson, En social avtalsrätt? – Några kommentarer s 502, som båda framhåller att motsättningarna mellan anormativ realism och nynormativism inte är oöverstigliga. Till någon del kanske man här har att räkna med den akademiska etiketten – som gärna verkar överslätande och utjämnande. Även Sandgren, En social avtalsrätt? II s 657, formulerar sig diplomatiskt. Har inte det akademiska samtalet överlag en förmåga att bryta udden av saker och ting? Hur gifter sig t ex Wilhelmssons fragmentering med Tuoris koherens? I slutänden har man en teori som tar hänsyn till allt ... och ingenting.

[284] Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 446.

[285] Wilhelmsson, Anm av Votinius, Varandra som vänner och fiender s 445; jfr dens, Anm av Høgberg, Kontraktstolkning s 254 f.

medlas intrycket att vi, i största allmänhet, är på väg någonstans, att man kan tänka nytt eller gammalt, det vill säga vara med eller hamna på efterkälken.

En intressant sida av saken utgör den utsträckning av avtalsrätten till ett internationellt fenomen som följer med denna generaliserande, alltomfamnande teknik. Den bild som därigenom frammanas är betvingande. Känslan av obeveklighet ökar onekligen när vi får klart för oss att vår egen förmögenhetsrätts utveckling blott är en del i ett större skeende.[286] Som svenska jurister har vi väl en mer eller mindre vag uppfattning om, att det på den internationella scenen förs en vetenskaplig debatt om avtalsrättens grunder och utveckling, som är långt mer avancerad än någonting som vi kan visa upp – den förs över våra huvuden. Och i vår tids vetenskapssamhälle överskuggar intresset av internationalisering det mesta – ett aber för den till specifika nationella rättsordningar bundna rättsvetenskapen, särskilt för den av teori traditionellt sett ointresserade svenska rättsvetenskapen. Det är få nordiska civilrättsvetenskapare förunnat att framträda på den internationella arenan. Wilhelmsson är känd för att vara en av dem, antagligen den mest framgångsrike. När han uttalar sig om den internationella utvecklingen har det en särskild normativ tyngd – och han har möjligheten att framställa den om internationella vetenskapstrender mindre brydda svenska civilrätten som provinsiell (skulle han göra det vore det inte obefogat).[287] Vi är av flera skäl predisponerade att böja oss i den antydda vindriktningen.

Men man skall märka, att "det internationellas" närvaro i vår inhemska debatt alltid blott är anad, eller just: *antydd*, ett eko från de stora sammanhangen. Vi nöjer oss med antydningar, även när det som står på spel är absolut avgörande för hur avtalsrätten konstrueras och uppfattas.

[286] Även denna retorik har gamla anor. År 1908 kunde Stang, Handelskoutumer s 343, utlova: "Drømmens tid synes [...] snart at være tilende. Tilsynelatende uten historisk forbindelse med hinanden, høres nu fra forskjellige lande kraftigere tale, som forlanger, at man skal se paa læren om retskilderne med vaakne øine og behandle den realistisk." Samma år utkommer Hägerströms "Das Prinzip der Wissenschaft". Öppningsmeningen i Hedenius, Om rätt och moral, lyder: "Uppsalafilosofiens framträdande hör till de händelser, som med någon rätt kunna kallas tidstypiska."; se härtill Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 51.

[287] Jfr Wilhelmsson, Anm av Lehrberg, Förutsättningsläran s 454, som konstaterar att de rättsteoretiska frågornas förbigående i en svensk avhandling kan försvaras med hänvisning till många exempel i den svenska rättsdogmatiska forskningstraditionen; se även dens, Anm av Høgberg, Kontraktstolkning s 254 f.

Vår diskurs vill, som vi har sett, skriva avtalsrättens moderna historia som en berättelse om viljedogmens successiva övervinnande. Det passar då att antyda, att rättsvetenskapen på bred internationell front förkastat subjektivismen i avtalsrätten samt tagit avstånd från avtalsfriheten. För vi vill ha det till att förnuftet, det vill säga vetenskapen, här gjort ett framsteg. Så nöjer vi oss med att hävda – detta till exemplifiering av tekniken – sådant som att det finns en "tendens" bort från de traditionella avtalsrättsliga utgångspunkterna, att de numera "finns anledning att sätta i fråga om [dessa utgångspunkter] verkligen är befoga[de]", att det står "klart i vilken riktning utvecklingen gått", emedan en ny modell "håller på att växa fram i vår tid", och så vidare – varefter vi gärna hänvisar till *ett* specifikt verk, nämligen P S Atiyahs "kända" och "monumentala" "The Rise and Fall of Freedom of Contract" från år 1979.[288] Titeln på Atiyahs arbete (specifika hänvisningar till bokens argument eller resultat är påfallande sällsynta) fungerar i vår debatt som *tecken* för den internationella utvecklingen.[289] Så snart tecknet givits är den bild

[288] Se Bernitz, Kontraktsrätten, särskilt frågan om användning av standardavtal s 300; J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 501; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 28 och 30; Wilhelmsson, Anm av Lehrberg, Förutsättningsläran s 454. För övrigt kan jag rekommendera den intresserade att ställa texten i det avsnitt i J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl, som bär rubriken "Avtalsrättens teorier och huvudprinciper" (avsnitt 1.4, s 28 ff) mot motsvarande text i tidigare upplagor. Man skall då märka en subtil vridning bort från den modernistiska historieskrivningen. En skrivning i den senaste upplagan klingar rentav Nietzcheanskt – på s 28 heter det: "Oavsett motiveringarna för principen [om avtalsfrihet] fann och finner man det naturligt att upprätthålla den genom rättsliga sanktioner. Sedan fasta principer väl etablerats minskar vår benägenhet att söka efter skälen varför de finns och ifrågasätta deras generella ändamålsenlighet." Jfr ovan n 59; nedan avsnitt 5.3.5.

[289] Bernitz, a st: "Man kan erinra om titeln på P S Atiyahs kända arbete 'The Rise and Fall of Freedom of Contract'." Jfr Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 18: "Oavsett att de olika rättssystemen följer olika traditioner och metoder är det tydligt, att utvecklingen med avseende på realiteterna *varit likartad överallt* [min kurs – notera hur traditionerna, dvs de rättsliga språken, i en Kötziansk manöver separeras från "realiteterna", på det att den rättskulturella mångfalden skall kunna reduceras till enhetlighet]. Förklaringen är rimligen, att den samhälleliga utvecklingen varit likartad: liberalismen, industrisamhällets framväxt, den ekonomiska utvecklingen, förändringar i styrelseskick, den intellektuella diskussionen över nationsgränserna, framväxten av det postindustriella informationssamhället. Det är väldiga sociala krafter som har varit i rörelse och påverkat avtalsläran. Hur detta har skett har många sökt skildra detaljerat i djupgående undersökningar. Särskilt finns det skäl att hänvisa till det redan citerade arbetet av Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract (1979)."

som skall förmedlas färdig: Avtalsfrihetens uppgång och fall.[290]

Det finns ingenting att invända mot sakförhållandet att bilden av "den internationella utvecklingen" (en företeelse som i sig alltid är en konstruktion) i den svenskspråkiga debatten om avtalsrätten är missvisande, *såtillvida* som den är alltför grov: Så måste det förhålla sig.[291] Hur skulle det kunna vara annorlunda? Men anta att man gjorde försöket att gå i motsatt riktning, och betonade splittringen och nyanserna i den internationella avtalsrättsliga debatten, istället för att anlita densamma i syfte att befästa den på hemmaplan gängse uppfattningen. I det följande vill jag göra ett sådant försök, och komma med några egna antydningar – tillräckliga för att väcka frågan, om inte själva föreställningen om en "irreversibel rörelse från ett formellt mot ett materiellt avtalsparadigm" är förfelad. Och här gör jag alla de förbehåll, som är vanliga och lämpliga när det gäller redogörelser för händelseförlopp som man står mitt uppe i. Notera följande:

a) "The Rise and Fall of Freedom of Contract" är onekligen ett betydelsefullt verk, som har en given plats i avtalsrättens idéhistoria. Arbetet är emellertid tidstypiskt, det vill säga typiskt för *sin* tid. Vi kan inte undgå att se det så – som ett i raden av de kraftfulla angrepp på den traditionella avtalsrättens ideologi som utmärkte debatten på sjuttiotalet.[292]

[290] Denna bild bekräftas i stort, och på ett försiktigt vis, i sentida arbeten som Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten; Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt; Nybergh, Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället. Se dock vad Nybergh, a a s 59 f, har att säga om Mononens (2001) och Siltalas (2003) analyser – (finskspråkiga) analyser som riktats mot Pöyhönens modelltänkande och som, särskilt i Mononens fall, verkar framhäva viljan och avtalsfriheten. Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden, är ett nyutkommet svenskt arbete som det finns skäl att kalla neoklassicistiskt. Den senaste upplagan av J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt (den sjunde, utgiven 2007) förefaller mig vara avgjort mindre pregnant i sin modernism jämfört med tidigare upplagor – t ex har inställningen till s k "dold kontroll" av avtalsvillkor blivit mindre fientlig (7 uppl s 168 f). I sammanhanget bör även den förändrade attityd till 36 § AvtL som uppmärksammas ovan i n 181 nämnas. Se också, naturligtvis, Lehrbergs skrifter – tydligast och senast Lehrberg, Avtalsrättens grundelement.

[291] Se även t ex Woxholth, Avtalerett s 56. Och ett annat exempel: Se Grönfors, Avtal och omförhandling s 22 n 1, där en hänvisning till Farnsworths ofta åberopade "textbook" i amerikansk avtalsrätt – "Contracts" – får belägga påståendet att vi rör oss mot "ett objektiverande betraktelsesätt". Men vilka är "vi"? En närläsning av Farnsworth, Contracts s 19 ff och 114 ff, visar att jämförelsen haltar.

[292] Jfr t ex Knapp, An Offer You Can't Revoke s 318; Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 430; Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law s 1. Här bör man först

Liberalerna hämtade sig snart nog. Ett av de svar på den progressiva utmaningen som fått mest uppmärksamhet är Charles Frieds "Contract as Promise" (1981)[293] – ett försök att kort och koncist visa hur avtalsrätten, trots den kritik ämnet utsatts för, kan framställas som ett koherent rättsligt och moraliskt system, baserat på avtalsfriheten, viljeteorin och löftesprincipen.[294] Debatten mellan Fried och Atiyah, som alltså konstituerade en av flera konflikter över samma frontlinje, bidrog till att forma det tidiga åttiotalets avtalsrättsliga problematik.[295] Åtminstone ur angloamerikansk synvinkel sett, såg det ut som om den teoretiska striden i huvudsak nu stod mellan två läger, mellan kollektivism och individualism (beteckningarna varierar, och med dem innebörden[296]). Dialog, eller kanske snarare brist på dialog, mellan dessa båda läger definierade

---

nämna Grant Gilmores kända/famösa "The Death of Contract" från 1974. Lawrence Friedman, vars "Contract Law in America" gavs ut 1965, kan betraktas som en föregångare. Atiyah och Gilmore citerar båda med gillande Friedmans beskrivning av den socialt blinda klassiska avtalsrätten – se Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 405; Gilmore, a a s 6 ff. Morton J Horwitz "The Transformation of American Law 1780–1860", från 1977, bör också nämnas i detta sammanhang. Efter dessa celebriteter kommer hela CLS-rörelsen – jfr strax nedan n 294.

[293] I inledningen till Benson (ed), The Theory of Contract, sätter Peter Benson (s 5) Frieds arbete framför bl a Atiyahs, och kallar detta sin tids "[a]rguably [...] most important, and certainly [...] most discussed single work" (kampen om historien: Benson och Fried kan båda kallas Kantianer, båda är t ex positivt inställda till Rawls – i detta är Atiyah deras gemensamma motståndare).

[294] I förordet till "Contract as Promise" skriver Fried: "I owe a debt [...] to those scholars and colleagues with whom I am in disagreement. [...] I count among those who [...] provoked me Patrick Atiyah, Grant Gilmore, Morton Horwitz, and Anthony Kronman, but most particularly my colleagues Duncan Kennedy and Roberto Unger." De namn som här räknas upp är de stora namnen i den dåtida progressiva angloamerikanska avtalsrätten.

[295] Polariseringen är tydlig i den recension av Frieds bok som Atiyah skrev för Harvard Law Review (året innan hade Fried recenserat "The Rise and Fall" i samma tidskrift), och som nu återfinns (något omarbetad) i Atiyah, Essays on Contract s 121 ff.

[296] Mest historiskt korrekt vore kanske att tala om en skiljelinje mellan de som försvarar och utvecklar Lon Fullers tanke att avtalsrätten först och främst skall skydda "the reliance interest" (Fuller-Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages (1936–37)), å ena sidan, och de som tar avstånd från denna tanke, å den andra – jfr t ex Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 1 n 1; dens, Essays on Contract s 73. Se härtill Benson, The Expectation and Reliance Interest in Contract Theory; Smith, Contract Theory s 56 ff och 78 ff.

för en tid debatten.[297] Här kan anmärkas att Frieds reaktion på den progressiva rörelsen i angloamerikansk avtalsrätt företer vissa strukturella likheter med Sandgrens reaktion på den "sociala civilrätten" ett drygt decennium senare[298] – och skillnaderna, på många sätt avgörande, säger åtskilligt om förhållandet mellan angloamerikansk och nordisk debatt.

b) Där någonstans, vid sjuttiotalets övergång i åttiotal, har man i historieskrivningen placerat upptakten till en renässans för det teoretiska avtalsrättsliga tänkandet i common law-sfären. Det talas om "the rise of contract theory".[299] Vad vi nu, tre decennier senare, har, är en överväldigande *mångfald* av teoretiska perspektiv – någonting som gör det svårt att hävda att utvecklingen entydigt går i någon viss riktning.[300] Strax efter millennieskiftet beskriver Peter Benson läget med orden:

> [T]here is at present no generally accepted theory or even family of theories of contract. To the contrary, there exist only a multiplicity of competing theoretical approaches, each of which, by its very terms, purports to provide a comprehensive yet distinctive understanding of contract but which, precisely for this reason, is incompatible with the others.[301]

c) Till exemplifiering av föregående punkt: Berättelsen om CLS splittring och död är väl känd och ofta återberättad (vilket inte vill säga att den nödvändigtvis är sann).[302] Ett centralt tema i denna berättelse är vad man har kallat "the politics of identity", en politisk praktik som kan

[297] Ett uppmärksammat syntetiskt verk, som framstår som en närmast logisk följd av utvecklingen, är Trebilcocks år 1993 publicerade "The Limits of Freedom of Contract". I sin uppsats "Reconstructing Contracts", från samma år, utgår Alan Brudner från antagandet att argumenten från respektive håll tömts ut. Ännu år 2005 kan situationen beskrivas i termer av samexistens – se Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract s 16 ff.

[298] Sandgren, En social avtalsrätt? Del I och II.

[299] Se t ex Farnsworth, Contracts s 29.

[300] Se härtill Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine s 230; Hillman, The Crisis in Modern Contract Theory; dens, The Richness of Contract Law; Smith, Contract Theory. Jfr Lucy, The Crises of Private Law.

[301] Benson, The Unity of Contract Law s 118. Uttalandet bekräftas av Mark Movsesian i det nedan i n 423 återgivna yttrandet (från 2005). Jfr H Andersson, Anm av Schultz, Kausalitet s 474; dens, Diversity and Unity; dens, Kritisk pluralism- utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet, som i det uppkomna sakläget förordar öppenhet och pluralism som rättsvetenskaplig strategi.

[302] Duncan Kennedy själv har kunnat konstatera att rörelsen "is pretty much dead in the water" – citatet hos Goodrich, Duncan Kennedy as I Imagine Him s 974. Se också ovan n 24.

sägas utgå från frågan: "*Vem* är kritikern?" Har man väl ställt denna fråga visar det sig att den progressive kritikern är en väletablerad, vit man.[303] Denna insikt verkade alienerande, så går berättelsen, på kritiskt syftande akademiker som föll utanför normen, och kraften i rörelsen spreds i ett antal olika riktningar. Här brukar man nämna den feministiska jurisprudensen, Critical Race Theory och queer and lesbian legal studies.[304] Med denna utveckling berövades de *universella* anspråk, som den vänsterorienterade analysen av avtalsrätten hade rest, de facto sin giltighet. Annorlunda uttryckt: Dikotomin liberal/social visade sig vara otillräcklig, betraktad som verktyg för en global analys av avtalsrätten.

d) Det är lockande att dra en parallell mellan CLS öde och den traditionella vänsterns kris i Europa.[305] För att mana fram bilden av att vänstern befinner sig i kris kan man rabbla glosor och uttryck som New Left, New Right, New Labour, New Economy, det postindustriella samhället, globalisering, hotet mot den svenska modellen, privatisering, välfärdsstatens kris etc, osv – men man kan också peka på specifika händelser i vår moderna historia. Thatcher kommer till makten 1979 och Reagan 1981.[306] Muren faller och Sovjetstaten går under[307] – en utveckling som fick

[303] Goodrich, a a s 990: "Identity politics operate in the main according to a logic of shared genealogy, be it a geography of origin, a politics of place, a bodily map of desire, or some combination of all three. Cls, by contrast, has had no obvious constituency, no immediate identity conferred by roots or place. The critics were masculine and Caucasian, and they worked with an Anglo-American tradition of law."

[304] Jfr Petersen, Fra retsrealisme til nynormativister s 80: "Man kan måske sige at den alternative dogmatik er kvinderettens maskuline pendant og følgesvend (dens bærere er først og fremmest retsvidenskabs*mænd*)." Se också H Gustafsson, Cyklopens öga, särskilt s 5.

[305] Den parallellen är ett av elementen i Peter Goodrichs omdiskuterade kritik av CLS – se särskilt Goodrich, Sleeping with the Enemy.

[306] Atiyah, Essays on Contract s 356: "English lawyers may be forgiven for placing the beginnings of this new movement of the pendulum with the election of Mrs Thatchers Government in May 1979, but the same signs of the swinging pendulum are to be observed almost all over the western world. Once again, we find a strong ideological current, basing itself on the need for political and economic freedom." Jfr Hillman, The Triumph of Gilmore's *The Death of Contract* s 39 "[I]ndividualism has resurfaced, energized by a general disillusionment with unsuccessful social policies and by the wave of deregulation implemented by President Reagan in the 1980s. This new environment has resuscitated contract theory."

[307] Bara ett exempel: 1976 kunde Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten s 436, skriva: "En blick på de österuropeiska länderna visar oss [...] med all önskvärd tydlighet att avtalsfriheten ingalunda behöver vara en hörnsten i ett civilrättsligt

Francis Fukuyama att, i en av vår tids mest uppmärksammade artiklar *tout court*, proklamera liberalismens slutgiltiga seger och historiens slut.[308] Och närmare, i tid och rum: I den sentida svenska debatten sägs socialdemokratin sakna visioner, ordet "kommunism" beläggs med tabu och moderaterna är "nya".

e) Historien ställer den intellektuella vänstern inför en teoretisk utmaning.[309] Det gäller även på avtalsrättens område. De frågetecken som den politiska utvecklingen under åttiotalet reste kring de normativa aspekterna av analysen i "The Rise and Fall of Freedom of Contract" behandlade Atiyah i sin Casselföreläsning i Stockholm 1988.[310] Situationen hade blivit svår att överblicka.[311] Och 1995 skriver Atiyah (på tal om irreversibla rörelser):

> All this suggests that the decline of freedom of contract has been halted, and the pendulum is swinging in its favour yet again. Moreover, this renewed swing of the pendulum looks set to last for some while yet, whatever the outcome of the next few elections. All political parties now accept the virtues (within varying limits) of the free market, or free contract, and even those opposed to current trends appear now to have accepted many of the recent changes as fundamentally irreversible.[312]

Den progressiva europeiska avtalsrätten har fått lära sig att bygga på ett bräckligare ideologiskt underlag. Diskussionerna har, naturligt nog, i mycket kommit att handla om konsekvenserna av välfärdsstatens andliga

---

system." Jfr en artikel som Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History (se särskilt s 1537 ff), där författaren har att bedöma den progressiva, amerikanska rättsvetenskapens framtid strax efter murens fall.

[308] Fukuyama, The End of History?

[309] Vattimo, Nihilism and Emancipation s 100: "[T]he left has seen its marxist metanarrative evaporate...". Se härtill Vattimo, a a s 102 ff; dens, Utöver tolkningen s 97 ff.

[310] "Freedom of Contract and the New Right" – publicerad i JT 1989/90 s 601 ff och i Atiyah, Essays on Contract s 355 ff. Se också Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 27 ff.

[311] Atiyah, Essays on Contract s 357: "All this means that it is very difficult to pore over the current scene and try to detect the influence of massive shifts of ideology, in the same way I tried to do in my book ["The Rise and Fall of Freedom of Contract"] for 200 years of history." Jfr nedan n 383.

[312] Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 27. Jfr den syntetiska analys som ersatt den nu citerade i Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract s 16 ff (2005).

försvagning,[313] och man har inriktat sig på att försvara den välfärdsstatliga rationaliteten[314] och de välfärdsstatliga värderingarna – till exempel i debatten om den eventuella kodifieringen av den europeiska avtalsrätten.[315] Det närmaste exemplet på denna, av omständigheterna framtvingade, omläggning av strategin finner vi, som svenska jurister, i Thomas Wilhelmssons skrivande (från "social civilrätt" till "små goda berättelser").[316]

f) Tvivelsutan var *rättsekonomin* en av de starkaste intellektuella rörelserna i det sena nittonhundratalets juridik.[317] Rättsekonomi betyder ofta ekonomism, i en eller annan form, och ekonomism och liberalism (gärna

[313] Se t ex antologierna Teubner (ed), Dilemmas of Law in the Welfare State (1986), i vilken den välfärdsstatliga rationalitetens begränsningar och villkor diskuteras; Brownsword-Howells-Wilhelmsson (ed), Welfarism in Contract Law (1994), som väsentligen är reifierande, men som ger visst utrymme för skeptiska tolkningar; Wilhelmsson-Hurri (ed), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law (1999), som söker nya sätt att formulera det välfärdsliga budskapet "efter privatiseringen".

[314] Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract s 19, gör gällande att "the enthusiasm, in England at least, for large-scale protective legislation and doctrines has largely subsided. For instance, the movement towards introducing a general defense of 'inequality of bargaining power' or towards introducing a general duty to act in good faith has stalled."

[315] Se inte minst det dokument som, med en skara uppburna akademiker som avsändare, publicerats under titeln "Social Justice in European Contract Law: a Manifesto" i European Law Journal 2004 s 653 ff.

[316] Här är det mer fråga om en glidning än om en omkastning. Den sociala civilrätten i Wilhelmssons tappning var t ex aldrig i sig en regelrätt Stor Berättelse, så som beskrivningen "från social civilrätt till små goda berättelser" på sitt sätt antyder (jfr Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law s 9 n 20; dens, Questions for a Critical Contract Law s 47). Den lilla berättelsens idé framstår som i allt väsentligt kongruent med Wilhelmsson ursprungliga projekt. Men visst märker man hos Wilhelmsson över åren en förändring av tonfall och inriktning, som kanske kan karakteriseras som en övergång från optimism till pessimism – se särskilt den dystopiska epilogen till "Senmodern ansvarsrätt", men också t ex Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 522 f; dens, En social avtalsrätt? s 503 n 9 och s 507; dens, The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern Scandinavian Contract Law s 87 ff; dens, Senmodern ansvarsrätt s 16 ff; dens, Varieties of Welfarism in European Contract Law s 715; dens, Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law.

[317] Det har hävdats att rörelsen har mattats av i sitt ursprungsland – se t ex Epstein, Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, och, med avseende på avtalsrätten, Knapp, An Offer You Can't Revoke s 316 f; Movsesian, Rediscovering Williston s 211 f; E Posner, Economic Analysis of Contract after Three Decades: Success or Failure? I

radikal sådan) tenderar att gå i varandra.[318] Följdriktigt finner vi i amerikansk rättsvetenskaplig debatt ett marknadsliberalt läger som försvarar avtalsfriheten med konsekventialistiska, ekonomiska argument. Det i förevarande sammanhang mest talande uttrycket för denna företeelse är måhända den antologi som, under titeln "The Fall and Rise of Freedom of Contract", gavs ut 1999 i redaktion av Francis Buckley. Denna antologis idé är, som framgår av titeln, att det 20 år efter "The Rise and Fall" blivit möjligt att ställa Atiyahs tes på huvudet.[319]

g) En nyare företeelse, som innebär ett radikalt avståndstagande från "det materiella avtalsparadigmet", är den så kallade *nyformalismen* i förmögenhetsrätten.[320] Mot och över "materian" sätter man "formen" som det för den traditionella, centrala, civilrätten utmärkande.[321] Man betonar

---

Sverige sägs den vara på uppgående – jfr Christian Dahlmans förord till den nyligen utkomna festskriften till Ingemar Ståhl ("den första nordiska antologin i rättsekonomi", ett ämne som "är på frammarsch i de nordiska länderna"). Notera dock att författare som Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 109 ff; Schultz, Kausalitet s 101 ff; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 196 ff, tar avstånd från rättsekonomin, med hänvisning till att den inte förmår göra civilrättens *moraliska* dimension rättvisa.

[318] Ett känt undantag utgör Anthony Kronman, som inom ramen för den liberalt inriktade rättsekonomiska diskussionen betonat de sociala värdena. Oftast åberopad är antagligen hans "Contract Law and Distributive Justice" (1980), där Kronman utmanar föreställningen att fördelningspolitiska mål endast kan realiseras genom offentligrättslig reglering.

[319] Boken innehåller uppsatser av några av disciplinens stora namn, främst kanske Epstein, E Posner och Trebilcock. Särskilt Buckley har en tendens att i sin retorik skamlöst utnyttja det historiskt givna läget. I inledningen heter det bl a: "'Ah,' said the enemies of free bargaining, 'We can relax the rules of contract law, and it will not matter very much.' These attacks on free contracting profoundly influenced a generation of law students and lawyers. In the thoroughly modern curriculum of the 1970s law school, the growth courses were in regulatory law, such as consumer protection, while private law courses such as contract shrank. And in the contract class, the palm went to the clever student who could explain why a bargain should *not* be enforced. Unequal bargaining power, exemption clauses, and fundamental breach – these were the modernist banners around which we rallied. It was a simpler time. How long ago that now seems." Märk att det moderna (nya) här är det som är passé – jfr ovan n 277.

[320] Nyare, men inte direkt ny. Såvitt man förstår nyformalismen som en reaktionär rörelse (det har talats om en "anti-antiformalism"), torde man kunna räkna Frieds "Contract as Promise" som ett av de tidigaste nyformalistiska verken – se särskilt Fried, a a s 74 ff.

[321] En utveckling som, om man vill, Grant Gilmore förutspådde i de satser som avslutar "The Death of Contract": "It may be that [...] some new Langdell [Christopher Columbus Langdell 1826–1906 – en ledande företrädare för klassisk avtalsrätt i angloamerikansk

systemet, koherensen och därmed ämnets egna, interna rationalitet.[322] Det talas om civilrättens "autonomi", och under den parollen vänder sig de mest radikala nyformalisterna mot alla försök att göra reda för de rättsliga problemen i termer av "externa" faktorer. Denna form av nyformalism tar avstånd också från rättsekonomin.[323] I amerikansk debatt tycks nyformalismens ställning ännu vara stark. Mark Movsesian har relativt nyligen erbjudit följande karakteristik av den amerikanska avtalsrätten:

> American contract law tends to fluctuate between formalist and nonformalist periods, and we live in something of a formalist moment. In contrast to the scholarship of a generation or two ago, today's cutting-edge work in contracts values bright-line rules, objective interpretation, and freedom of contract.[324]

Märk att Bert Lehrbergs avtalsrätt, trots den teleologiska utgångspunkten, kan kategoriseras som nyformalistisk, i synnerhet i den gestalt denna

---

rättskultur. Patterson, Langdell's Legacy s 196: "Labelled variously as a 'formalist' or a purveyor of 'mechanical jurisprudence,' Langdell survives only as a figure to be pilloried."] is already waiting in the wings to summon us back to the paths of righteousness, discipline, order, and well-articulated theory. Contract is dead – but who knows what unlikely resurrection the Easter-tide may bring?"

[322] Det enskilt mest kända verket i genren torde vara Ernest Weinribs "The Idea of Private Law". Fried och Weinrib, men vill man här räkna ihop namn till en rörelse skulle man också kunna nämna t ex Peter Benson, Arthur Ripstein och Martin Stone. Se härtill t ex van Alstyne, The autonomy of legal norms, särskilt uppräkningen s 340 n 7; Habermas, Faktizität und Geltung s 78 f; Hillman, The Richness of Contract Law s 160 ff; Kreitner, Fear of Contract s 430 ff; Movsesian, Rediscovering Williston s 217 ff; Murray, Contract Theories and the Rise of Neoformalism; Patterson, Law and Truth s 22 ff.

[323] Pragmatiskt motiverad formalism (förutsebarhet, omsättningstrygghet) låter sig naturligtvis enkelt kombineras med rättsekonomiska metoder; jfr Unger, The Critical Legal Studies Movement s 573 ff. Under senare år tycks en sådan teleologisk-formalistisk analys ha etablerat sig som genre i amerikansk debatt.

[324] Movsesian, Rediscovering Williston s 211. I sammanhanget torde uttrycket "objective interpretation" sticka i ögonen på en svensk jurist. Vi är ju vana att associera formalism med "subjektivism", medan självbekännande pragmatiker förespråkar en "objektiv" avtalstolkning. Notera alltså att dikotomin objektiv/subjektiv kan ha olika innebörder även med avseende på tolkningsfrågorna. Se härtill Gilmore, The Death of Contract s 39 ff; Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960 s 35 ff; Mitchell, Interpretation of Contracts; Mooney, The New Conceptualism in Contract Law s 1146 ff; Perillo, The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation; Unger, The Critical Legal Studies Movement s 564 ff.

ges i "Avtalsrättens grundelement".[325] Vore det inte för den konsekventa brist på teoretiska referenser som utmärker hans skrifter, skulle Lehrberg mycket väl kunna betraktas som företrädare för den internationella motrörelse, som provocerats fram av den förhärskande antiformalismen i den moderna rättsvetenskapen.[326]

h) Många nyformalister åberopar den klassiska *moralfilosofiska* litteraturen i sina försök att förklara privaträttens interna logik.[327] Nyformalismen överlappar därmed en annan trend i senare decenniers rättsvetenskap: Juristerna har återupptagit bekantskapen med filosofin och etiken (ett av många tecken på att den dogmatiska scientismens grepp lossnat).[328] Man knöt

[325] Se särskilt, i detta arbete, den inledande positioneringen gentemot den verklighetsfixerade samtida rättsvetenskapen. Se också t ex Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 478; dens, Förutsättningsläran s 64 ff; dens, Rättsvetenskap i praktikens tjänst?

[326] Jfr Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 17 och 203. Helt ensam i det nyformalistiska lägret är Lehrberg nu inte – se t ex Kihlman, Fel, särskilt s 19 ff och 32 ff; Schultz, Kausalitet s 38 ff, 74 ff, 88 och 116 ff; jfr även Göransson, Traditionsprincipen s 419 ff. I övriga Norden förefaller antiformalismen vara något mindre förhärdad. Således kan t ex uppluckringen av den norska Eckhoffismen (varom mera strax nedan) sägas resultera i en sorts nyformalistisk rörelse – se särskilt prognosen hos Askeland, Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning s 23; jfr Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 24, som om sitt projekt skriver: "Kall det gjerne ny-positivisme eller ny-formalisme, navnene plager meg ikke." Här skulle man också kunna nämna t ex *a)* den av Graver, I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper, uppmärksammade renässansen för de rättsliga principerna – jfr Graver, a a s 200 f; *b)* det sätt på vilket Høgberg, Kontraktstolkning, närmar sig avtalstolkningsfrågorna; *c)* det faktum att Blume, Rettens veje og vildveje, framhåller *cirkulariteten* i sin redogörelse för rätten; *d)* Tuoris apologetiska hållning visavi begreppsjurisprudensen.

[327] Paradoxalt nog. Se härtill t ex Lucy, The Crises of Private Law s 210 ff.

[328] Nedslag: Man har, i åtskilliga decennier, talat om en ny naturrätt – naturrätt efter den logiska positivismen. Jørgensen, Naturret i nutiden, ger en kort översikt över naturrättens ställning vid sjuttiotalets slut. För en helt modern framställning se t ex George, In Defense of Natural Law – som skriver i traditionen efter Germain Grisez och John Finnis – och avseende nordiska förhållanden Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 110 ff. I anglosaxisk, analytisk tradition tas ett avgörande steg i riktning mot etiken av Dworkin, ett annat av Rawls. I Tyskland kastades juridiken, av naturliga skäl, in i etiken i ett tidigare skede – se härtill t ex Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 89 ff; Olivecrona, Rättsordningen s 71 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s 586 ff. Det har antagits att rättens omvandlingar i senmodern tid slutligen har gjort juridikens konfrontation med frågan om rättvisan oundviklig. Se och jfr t ex Derrida, Lagens kraft s 7 ff; Douzinas-Goodrich-Hachamovitch i inledningen (s 16 ff) till "Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies"; Hurri, From Dissonance to Sense; Jareborg, Rättsdogmatik

tidigt an till Kant och den så kallade tyska idealismen – vilket historiskt sett är logiskt – och, kanske något senare, till Aristoteles, för att nämna de två namn som diskursen i första hand kommit att struktureras kring.[329]

Det nyfunna intresset för *Kants* praktiska filosofi spåras ofta tillbaka till John Rawls välkända arbete "A Theory of Justice" från 1971.[330] Frieds liberala avtalsrätt är omisskännligen Kantiansk. Peter Benson skriver avtalsrätt i traditionen efter Kant och Hegel, och han anknyter explicit till Rawls.[331] Ernest Weinrib bygger på Kants frihets- och rättsbegrepp,[332] och under de senaste åren har Sharon Byrd och Joachim Hruschka i en serie närgångna studier analyserat de civilrättsliga och särskilt avtalsrättsliga aspekterna av Kants rättslära.[333] Dessa exempel nämns här bara för att skissa en bild av en företeelse som inte ägnats någon större uppmärksamhet i den svenskspråkiga avtalsrättsliga debatten.

Aristoteles har alltid varit närvarande i avtalsrätten, mer eller mindre synlig. I senare tiders internationella diskurs är den givna referensen James Gordleys år 1991 utgivna "Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine",[334] men det finns fog för att betrakta Gordleys arbete som ett uttryck för en bredare strömning i den akademiska juridi-

---

som rättsvetenskap s 8; Vattimo, Nihilism and Emancipation s 3 ff; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 37 ff; Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 103 ff.

329 För en koncentrerad och aktuell (2006) översikt se Gordley, Foundations of Private Law s 16 ff (märkas skall att Gordley är partisk (Aristoteliker)).

330 Se härtill Habermas, Faktizität und Geltung s 78 f. Habermas eget teoretiserande över rätten börjar också det hos Kant.

331 Se särskilt Benson, The Idea of a Public Basis of Justification for Contracts, och den vidareutveckling av idén som presenteras i dens, The Unity of Contract Law.

332 Weinrib, The Idea of Private Law s 84 ff; dens, Law as a Kantian Idea of Reason. Weinrib bygger också på Aristoteles, särskilt idén om korrektiv (kommutativ) rättvisa, men anses av rättrogna aristoteliker vara något av en kättare – se t ex Gordley, Contract Law in the Aristotelian Tradition s 309; Smith, Restitution: The Heart of Corrective Justice s 2129 f; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 64 ff. Jfr Pöyhönen, Contracts – Just Social Practice, där Aristoteles samsas med Rawls (Kant).

333 Se särskilt Byrd-Hruschka, Kant on "Why Must I Keep My Promise?"; Byrd, Kant's Theory of Contract. Ett urval av uppsatser i Kantiansk rättsteori har publicerats i antologin Byrd-Hruschka (ed), Kant and Law.

334 Se också Gordley, Contract Law in the Aristotelian Tradition; dens, Mistake in Contract Formation; dens, The Moral Foundations of Private Law.

ken.[335] Juristerna återvänder ... också till Aristoteles. För några år sedan begåvades den svenska avtalsrättsliga litteraturen med inte mindre än tre avhandlingar som på olika sätt anknyter till Aristoteles: Anders Holms "Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip", Andreas Norléns "Oskälighet och 36 § avtalslagen" och Sacharias Votinius "Varandra som vänner och fiender".[336] Som dessa arbeten visar resulterar den moralfilosofiska utgångspunkten i en förskjutning, eller omtolkning, av det som vi upplever vara de traditionella avtalsrättsliga problemställningarna. Den politiska grundfrågan (Social eller liberal avtalsrätt, kollektivet eller individen?) och de härmed sammanhängande juridiskt-tekniska frågeställningarna (Regel eller skön? Form eller materia? Vilja eller tillit? Objektivt eller subjektivt?) länkas till dikotomier som pliktetik/dygdeetik, voluntas/aequitas och distributiv rättvisa/kommutativ rättvisa.[337]

Här kan noteras, att på det praktiska planet är en av förutsättningarna för att den avtalsrättsliga diskursen generellt skall kunna orientera sig i denna riktning, att de som ägnar sig åt det vetenskapliga studiet av avtalsrätten i någon utsträckning är förtrogna med den klassiska etiska litteraturen.[338] Åtminstone för svensk rätts del torde därmed krävas en radikal omvärdering av de rådande rättsvetenskapliga idealen.[339] Vi som en gång raserade den klassiska bildningens strukturer för att bereda mark

[335] Se härtill Brooks-Murphy (ed), Aristotle and Modern Law, som, utöver en samling uppsatser från spridda fält, innehåller en välskriven inledning om fenomenet samtida Aristoteliskt rättstänkande.

[336] Alla år 2004, vilket kan tyckas vara en märklig slump. Sett till antalet monografier är Aristotelianismen det dominerande perspektivet i den sentida svenska avtalsrätten. Se också Votinius, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen. Lägg härtill att den moralfilosofiska utgångspunkten för Mårten Schultz nyligen utgivna avhandling "Kausalitet" är Aristotelisk.

[337] Den uppspaltning som den här redovisade historieskrivningen bygger på är konstlad – emedan den bygger på en uppspaltning. Således har t ex Juha Karhu (då Pöyhönen) presenterat en tolkning av de grundläggande principerna i de skandinaviska välfärdsstaternas avtalsrätt som tar avstamp i ett Aristoteliskt rättvisebegrepp; se Pöyhönen, Contracts – Just Social Practice. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 730 f, markerar mot Rawls – det är inte en slump, dvs, debatten om Kantianismens eventuella förtjänster kan inte skiljas från debatten om den postklassiska avtalsrättens öde.

[338] Jfr Schultz, Kausalitet s 159 f.

[339] Jfr t ex Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip s 5 f; Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 15, 40, 47 ff, 88 ff, 154 och 159; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 17 f, 51 f, 53 f och 269 ff.

för vår förmögenhetsrätt.[340] Vi ser inte bakåt, vi sysslar inte med teori och vi ödslar ingen tid på moraliska frågor – eller, det är i alla fall vad våra mest spridda fördomar om innebörden av det realistiska arvet säger oss.[341]

i) Men realismen är ifrågasatt, som juridisk ideologi – det följer redan av vad som sagts under föregående punkt. När det gäller moralen och rättvisan har vi, i det nordiska sammanhanget, det kanske tydligaste avståndstagandet från de realistiska utgångspunkterna i den danska rättsvetenskapens utdragna uppgörelse med Ross.[342] Men det finns gott om andra tecken på att den realistiska övertygelsen vacklar ... på sina håll. Följderna för den svenska avtalsrätten blir, finns det anledning att anta, djupgående, om än svåra att överblicka (förevarande studie kan betraktas som ett försök att åstadkomma en postrealistisk rekonstruktion av det avtalsrättsliga tolkningsbegreppet). Vilka grunder har antagandet om realismens försvagande? Här kan det räcka med antydningar.

Inom nyare rättsvetenskap finner man en överväldigande metodologisk pluralism och ett tilltagande teoretiskt,[343] och ofta också historiskt,[344] intresse. Sakta, men tillsynes obevekligen, infiltreras också den svenska juridiken av rättighetsdiskursen – en naturlig följd av våra inter-

[340] Även Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine s 232, tillstår: "I know that we could not resurrect these [Aristotelian] concepts without major changes in the way we understand the world."

[341] Se härtill Votinius, a a s 46 ff. Jfr Lindskog, Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen, vars reaktioner på Norléns avhandling slår åtminstone mig som typiska för den i Sverige härskande formen av rättsvetenskaplig rationalitet. År 2007 skriver Schultz, Kausalitet s 101: "Skadeståndsrätt handlar om rättvisa" bl a i direkt opposition mot Lundstedt – se Schultz, a a s 185 ff.

[342] Se t ex Lauridsen, Studier i retspolitisk argumentation; Jørgensen, On Justice and Law; Zahle, Omsorg for retfærdighed. Se härtill Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 85 ff.

[343] Jfr å ena sidan Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, och å den andra H Gustafsson, Cyklopens öga s 19 f.

[344] I någon mån har väl detta med europeiseringen att göra. Betänk att vår tradition kan betraktas som resultatet av en uppgörelse med "den historiska skolan" och "romanismen". Enligt Lassen, Vilje og Erklæring s 76, var tillitsprincipen "en *skandinavisk* [min kurs] Retstanke af vidtrækkende Betydning [...] et principielt Brud med det romanistiske Viljesdogme." Vi bröt med Tyskland (kontinenten)/historien/den romerska rätten, och har antagligen i dagsläget ett behov av att återuppta kontakten. Jfr t ex Santos, Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law, som signalerar en förändring i de europeiska juristernas syn på den romerska rätten under de senaste

nationella åtaganden, men kanske också av annat.[345] Internationaliseringen kräver en i traditionell bemärkelse *mer vetenskaplig* akademisk juridik.[346] En historieskrivning i två punkter:

1) År 1941 skriver Strahl:

> Praktikerns känsla av främlingskap inför juridisk teori gör sig nog också i allmänhet mera kännbar, då det gäller något äldre litteratur än den senaste. Detta torde sammanhänga med att de teoretiska framställningarna nu mera än förr sträva efter realism.[347]

2) Nyligen kunde Sandgren konstatera:

> Till skillnad från andra discipliner har rättsvetenskapen i ringa mån satt i fråga sina utgångspunkter och metoder, något som möjligen hänger samman med rättsvetenskapens nära förbindelse med det praktiska rättslivet, en förbindelse som ger rättsvetenskapen ett tryggt hemvist men också understödjer en instrumentell självbild och hämmar självrannsakan och omprövning.[348]

---

decennierna. Ställ en framställning som Santos mot t ex Wieacker, The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought, från tidigt åttiotal. De urspungliga realisterna ägnade sig åt rättshistorien för att kunna definiera sig själva – när segern var vunnen försvann det behovet. Jfr Lundstedt, Romersk rätt s 6: "[Rättsskolastiken] måste fastmer utrensas med sina rötter. Till dessa höra bl a just den romerska rättens doktriner. Så är då en kritik av dessa en livsbetingelse för rättsvetenskapens förnuftiga utveckling." Och det är inte, för att ta ett annat exempel, en slump att det historiska avsnittet i Stangs "Innledning til formueretten" är så långt – i förordet till förstaupplagan förklarar han detta förhållande med hänvisning till att han funnit det nödvändigt att peka på den tyska rättsvetenskapens brister (emedan "[d]en har fjernet retslæren fra livet"). I modern tid griper nyrealister av olika slag tillbaka på historien i ett försök att skydda den realistiska traditionen från falsk ideologi, internationaliseringen och osunda postmoderna influenser – se Andreasson, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation; dens, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants"; Blandhol; Hva er pragmatisme?; dens, Nordisk rettspragmatisme; Glavå-Petrusson, Illusionen om rätten!

[345] Dworkins slogan "Taking Rights Seriously" torde vara en av de mest parafraserade i modern rättsvetenskaplig litteratur. Tex har Håkan Gustafsson, i sentida svensk debatt, krävt att vi skall ta de sociala rättigheterna på allvar – se H Gustafsson, Rättens polyvalens (parafrasen explicit på s 24 vid n 22); dens, Taking *Social* Rights Seriously (I och II).

[346] Och följer vi det amerikanska exemplet tycks en sådan utveckling oundviklig; se och jfr R Posner, Overcoming Law s 81 ff.

[347] Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 303.

[348] Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 527. Motsvarande omdöme för norsk juridiks del finner man hos Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 295.

Internationaliseringen får också konsekvenser för begreppsbildningen – i praktiskt hänseende kan "internationalisering" inte rimligen betyda något annat än rättskulturell anpassning, det vill säga *språklig* anpassning.[349] I längden kan vi antagligen inte fly från äganderättsbegreppet i sakrätten eller viljebegreppet i avtalsrätten.[350] Den traditionella realismens metodologiska implikationer kan inte längre tas för självklara.[351] Den ökande mängden lagstiftning, som inte minst kan skyllas på europeiseringen, väcker frågor om rättsvetenskapens roll, och i det sammanhanget talas om systematik, allmänna läror och rättsprinciper (jämför vad som ovan sagts om den så kallade nyformalismen). Hermeneutiken har sett något av en renässans,[352] och tolkningsbegreppet har, följaktligen, uppvärderats – hos oss, på kontinenten och i den angloamerikanska sfären.[353]

[349] Jfr Andreasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants", som manar till motstånd mot internationaliseringen – till skydd för den inhemska funktionalismen.

[350] Dessa båda begrepp ägnas särskild uppmärksamhet i det följande. Viljebegreppet är ett centralt tema för framställningen. Äganderättsbegreppet ges visst utrymme i framställningen i kap 7.

[351] Se särskilt hur arvet efter Eckhoff värderats i det senaste decenniets norska debatt, t ex hos Askeland, Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning; Bergo, Høyesteretts forarbeidsbruk; dens, Tekst og virkelighet i rettskildelæren; Graver, Keiserens garderobe; Høgberg, Kontraktstolkning s 43 ff; dens, Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket "reelle hensyn"; Kinander, The view from within; dens, Trenger man egentlig 'reelle hensyn'?

[352] Se t ex H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 216 ff; Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten s 296 ff; Dalberg-Larsen, Retsvidenskaben som samfundsvidenskab s 91 ff; Doublet, Hermeneutikken og Rettsvitenskapen; Høgberg, Kontraktstolkning s 58 ff; Jørgensen, Erkendelse, tolkning og beskrivelse; dens, Hermeneutik og fortolkning; Tontti, Right and Prejudice. Se också strax nedan vid n 368.

[353] Några nyckelord (eller "catch phrases"): semiotik, narratologi, law and literature, grammatologi. Patterson, Law and Truth s 71: "Without a doubt, ours is the age of interpretation. From the natural sciences to the social sciences, the human sciences, to the arts, overwhelming evidence exists that interpretation is a central organizing theme of the late twentieth century. In law, the importance of the 'interpretive turn' can hardly be overestimated." I den analytiska traditionen sägs ibland H L A Harts skrivande ha medfört en "hermeneutic turn" (se härtill nedan n 1508), och i samband med Dworkin talas om just en "interpretive turn" – se om tolkningens roll i denna tradition t ex Marmor, Interpretation and Legal Theory. Se härtill t ex Vattimo, Nihilism and Emancipation s 90 ff.

j) Den nu skisserade utvecklingen, bort från den realistiska ideologin, harmonierar väl med andra idéhistoriska företeelser i tiden sedan nittonhundratalets början. En sådan företeelse är det undflyende fenomen som givits beteckningen "postmodernism". Undflyende? Reglerna säger, att den som nämner postmodernismen också måste anmärka att fenomenet är svårbestämbart.[354]

Ibland antas att postmodernismen var en väl avgränsad händelse, någonting som inträffade på åttiotalet, ungefär, för juridikens del företrädesvis i den amerikanska akademiska debatten,[355] och det finns förvisso underlag för en sådan historieskrivning,[356] men den är bekväm, och bör betraktas med misstänksamhet. Försöken att på olika sätt peka ut, identifiera, avgränsa och begränsa "postmodernismen", i syfte att relegera den till det irrelevanta förflutna, utgör en egen liten genre i den sentida vetenskapliga debatten – och det har sina skäl.[357] Vill man emeller-

[354] När begreppet postmodernism skall göras konkret kopplas det ofta till den idétradition som man sökt avgränsa med termerna "strukturalism" och "poststrukturalism", vilket gör postmodernismen till en väsentligen *fransk* företeelse. Det är först och främst i denna franska inkarnation som vi möter postmodernismen hos Håkan Andersson, den författare som framför andra svarat för att ge det postmoderna tänkandet ett uttryck i svensk civilrätt. Typiskt sett tar hans alster i denna genre formen av *tillämpningar,* i vilka ett utvalt teoretiskt idékomplex konfronteras med en konkret materiellrättslig materia. För juristen kan dessa texter t ex fungera som ingångar till några av de författarskap som givit begreppet postmodernism dess innebörd. Se således a) H Andersson, Constructive Deconstruction, för *Derrida*; b) dens, Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum?, för *Baudrillard*; c) dens, Barthesianska meditationer, för *Barthes*; d) dens, Rätt och fel ... och "fel" på "rätt" sätt, för *Foucault.* Från enskilda författarskap fristående diskursteoretiska teman behandlas i t ex H Andersson, Likhetsargumentation – analogi och metamorfos; dens, Rättens narratologiska dimensioner; dens, Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början.

[355] För ett typexempel se Askeland, Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning s 12. Askeland gör gällande att postmodernisterna i rättsteorin först trädde fram på 70-talet, och han associerar "postmodernism" med CLS; jfr H Andersson, Constructive Deconstruction s 370 f. Se också Schultz, Kausalitet s 42 ff. Om *avståndet* mellan CLS och Derrida se Goodrich, Europe in America: Grammatology, Legal Studies and the Politics of Transmission. Goodrich, Satirical Legal Studies s 474, talar om "the second wave of critical legal studies, influenced by European theory – specifically by deconstruction, or a dubious interpretation of it, and the postmodern turn".

[356] Se härtill t ex Hunt, The Big Fear: Law Confronts Postmodernism.

[357] Just som jag har mina skäl att, i detta kapitel, historisera "den moderna avtalsrätten", "det materiella paradigmet" samt "realismen" (jag gör mitt bästa för att inte dölja dem).

tid se klart här, börjar man förslagsvis med att lämpa den terminologiska frågan överbord (och på denna punkt finns det skäl att lägga ut texten en smula – jag får be läsaren om tålamod).

Vilka ord man än använder går det inte att komma ifrån, att det finns en kulturkritisk strömning i tänkandet, som har följt den moderna rationaliteten åt, allt under det att denna har artikulerats. Och på vetenskapens område betyder "kulturkritik" vetenskapskritik, i bemärkelsen kritik av de härskande formerna av vetenskapligt förnuft.[358] Vid varje steg framåt, som vetenskapen tagit, vid varje trumpetstöt, har det stått en företrädare för denna motrörelse någonstans, litet åt sidan, och leende skakat på huvudet. Det kanske låter drygt, förmätet rentav, men faktum är, att vetenskapen inbjuder till satir.[359] Gång på gång förklaras att *nu*, nu har grunden lagts för en sant vetenskaplig behandling av en eller annan fråga, och lättat, i masspsykotisk hänförelse, produceras hyllkilometer i den nya vetenskapens anda, under ett decennium, eller en generation, tills den nya vetenskapen blivit gammal, och det konstateras att den trots allt inte var vetenskaplig – och rörelsen kan upprepas.[360] Tänk på artonhundratalets Hegelianism, eller naturalism, på "the linguistic turn", Chomskys biologiska grammatik, den historiska materialismen i historieforskningen, avtalsrättens viljeteori, rättsekonomins utveckling, Ekelöfs teleologi, eller på läran om "faktische Vertragsverhältnisse". Tänk på CLS. Vetenskapen är, bland annat, ett pompöst spektakel.[361] Bland akademiker som gärna gör en poäng av detta hålls vissa tänkare särskilt högt i ära, och bland dessa står Nietzsche, Heidegger och Wittgen-

[358] Argumentet i det närmast följande är en variant på Kants diagnos, i förordet till "Prolegomena", av den dogmatiska metafysiken – en diagnos som går igen i Wittgensteins sätt att förhålla sig till filosofin.

[359] Satirens funktion i rättsvetenskapen behandlas av Peter Goodrich i uppsatsen "Satirical Legal Studies".

[360] *En* originell insats kan generera obegränsade mängder av fullkomligt ointressant, *professionell* akademisk litteratur. Jfr Rorty, Derrida and the Philosophical Tradition s 329 n 2: "I have yet to read a Derridean reading of anything, written by somebody other than Derrida himself, that was not contrived, wooden, and humorless."

[361] Tänk på vetenskapens faktiska praktik – i seminarierum, på sammanträden, vid tjänstetillsättningsärenden. Om du saknar egen erfarenhet, läs t ex Palle Lykkes intervjubok "Et galt spektakel. Professor, dr jur Stig Jørgensens erindringer og betragtninger efter et halvt århundrede ved Aarhus Universitet.", eller se nedan avsnitt 7.4.

stein, kanske ytterligare någon, främst.[362] Mycket av det som hänt i humanvetenskaperna sedan femtiotalet kan, på ett eller annat sätt, återföras på denna tradition.[363] Kan vi bara för ett ögonblick hålla den fördom som stigmatiserar så kallad *name dropping* i schack, kan vi låta utvecklingen antydas i en uppräkning av "stora" namn, sådana som Baudrillard, Ladeur, Fish, Rorty, Foucault, Lyotard, Derrida, Cavell, Gadamer, Vattimo, Patterson, Ricoeur, Kuhn, Feyerabend, Legrand, Apel, Deleuze, Agamben, Fitzpatrick och Goodrich.[364] Till och med

[362] Det är berättigat att tala om en tradition, låt vara en heterogen sådan, och det är naturligtvis, på sitt sätt, paradoxalt. Att läsa samman Heidegger och Wittgenstein (och därmed också Nietzsche) är en förhållandevis ny akademisk vana – merparten av litteraturen på området är från de senaste decennierna – som måste kännas avig t ex för den som en gång bildat sig sin uppfattning om Wittgenstein i enlighet med de linjer som drogs upp under receptionen på 50- och 60-talen (Wittgenstein ur vardagsspråksfilosofins synvinkel, för juristen främst genom H L A Hart) – jfr Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 124. År 1985 skriver Malcolm, Nothing Is Hidden s ix: "The dominant currents in today's academic philosophy has been scarcely touched by [Wittgensteins later philosophy]. The *Investigations* has been read but its message not digested. As has been aptly said, it has been assimilated without being understood." Se också Edwards, Ethics Without Philosophy s 1 ff; von Wright, Logik, filosofi och språk s 202 och 217. Tanesini, Wittgenstein. A Feminist Interpretation s 3 skriver år 2004: "There is now a burgeoning literature that draws attention to the parallells between Wittgensteins thought and the views of philosophers in the German language tradition." Gadamer och hans efterföljare Vattimo har båda pekat på beröringspunkterna mellan den Heideggerska hermeneutiken och Wittgensteins tänkande – se t ex Gadamer, Förnuftet i vetenskapens tidsålder s 110; Vattimo, The End of Modernity s 132 f och 140. När det gäller förhållandet mellan Heidegger och Wittgenstein är det tyska standardverket Rentsch, Heidegger und Wittgenstein (som innehåller en detaljerad översikt över den internationella litteraturen). En av de viktigare engelska texterna är Edwards, The Authority of Language. Heidegger, Wittgenstein, and the Threat of Philosophical Nihilism. Richard Rorty tar både Heidegger och Wittgenstein till förebild, och återkommer ofta till förhållandet dem emellan. Uppsalafilosofen Martin Gustafsson sysselsätter sig främst med Wittgensteins, men också med Heideggers, tänkande – se t ex M Gustafsson, Custom and Origin. Alexander Carnera Ljungstrøm utgår i sin avhandling "Rettens alkymi" från Wittgenstein och Heidegger – Knut Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 14, deklarerar: "Denne boken bygger på det jeg har fått ut av den hermeneutiske, konstruktivistiske og dekonstruktive filosofien, med Gadamer, Wittgenstein og Derrida som viktige navn." Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 19 f, räknar bl a Wittgenstein, Heidegger och Nietzsche som företrädare för "pragmatismen" – som är den form av tänkande han själv förespråkar.

[363] Och följaktligen har mycket av tankegodset blivit akademiskt allmängods.

[364] Förstå nu inte detta så, att jag skulle vilja göra gällande att alla dessa tänkare på något sätt *helt enkelt* har en och samma sak att säga – och vilka namn man nämner i detta sam-

Hart och Dworkin – dessa den analytiska rättsfilosofins centralgestalter, som tillsynes inte låter sig övervinnas[365] – hör, på sina respektive sätt, hemma i detta sammanhang. När Jørgen Dalberg-Larsen, i ett nyligen utkommet arbete,[366] skriver den danska rättsfilosofins historia, delar han framställningen i två perioder. Den första börjar med Ørsted och slutar med Ross. Den andra kallas "perioden efter Ross" och gränsen mellan perioderna dras vid 1960.[367] Bland de generella drag som utmärker den senare perioden nämner Dalberg-Larsen först att:

> udvikling4en fra 1960erne og til dels endnu tidligere [præges] af nogle generelle filosofiske og videnskabsteoretiske strømninger, der er stærkt kritiske over for positivismen og specielt den form for logiske positivisme, som Alf Ross stod for i 1950erne. Det drejer sig i første række om den nye Oxfordfilosofi, der udvikles med inspiration fra den sene Wittgenstein, som om hermeneutikken, der har fået nyt liv med tyskerens Hans-Georg Gadamers originale værker, især med hans Wahrheit und Methode fra 1960.[368]

---

manhang är väl lite en fråga om tycke och smak. Jfr Rorty, Truth and Progress s 337: "I suspect that all the twentieth-century philosophers I have mentioned – Dewey, Heidegger, Habermas, Foucault, Hacking, Latour, Davidsson, Wittgenstein, and Derrida – will look like unconscious participants in a single movement to the intellectual historians of the end of the twenty-first century." Se också t ex Ladeur, From the Deductive to the Argumentative Rationality of Law; Minda, Postmodern Legal Movements s 79 f och 224 ff; Patterson, Law and Truth s 151 ff; R Posner, Overcoming Law s 316; Rorty, Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language; Stone, Wittgenstein on Deconstruction; Tanesini, Wittgenstein. A Feminist Interpretation s 1 ff; Vattimo, Utöver tolkningen s 165 ff.

[365] Inte för att viljan att övervinna dem saknas. Se t ex Leiter, Beyond the Hart/Dworkin Debate. Leiter går mycket långt – i den nu nämnda texten och i andra – i sina försök att visa att Dworkin är irrelevant och bör glömmas bort, men kan i och för sig inte för egen del "envision a jurisprudential future without Hart's masterful work at its center"; Leiter, a a s 18 – jfr Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 183 f. Mycket underhållande. För en stilstudie se Goodrich, Satirical Legal Studies s 487 ff.

[366] Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi.

[367] Dalberg-Larsen, a a s 85: [F]ra omkring 1960 kan man tale om, at Ross' retsfilosofiske forfatterskab havde nået sit højdepunkt samtidig med, at nye strømninger i stigende grad gjorde sig gældende." Harts "The Concept of Law" utkom 1961. Se härtill Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 156 f. Wittgensteins betydelse för Hart framhävs av Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 184 ff.

[368] Dalberg-Larsen, a a s 87.

Realism och postrealism.[369] Det är inte alls orimligt att på detta sätt framställa de senaste hundra årens idéhistoriska utveckling i två steg – tes och antites, rörelse och motrörelse – även om det naturligtvis innebär en förenkling. Och det må vara tillåtligt att beskriva förloppet med hjälp av tecken och symboler (det kanske till och med är att rekommendera). Diskuterar vi dansk rättsfilosofi är det således naturligt att utgå från Ross. Antagligen förkroppsligar ingen, i det sammanhanget, det som var det nya seklets idéer bättre. Särskilt tydligt är detta, tycks det mig, i konflikten mellan Ross och Frederik Vinding Kruse. När Ross Kelsen-inspirerade doktorsavhandling underkänns i Köpenhamn, antagligen på grund av Vinding Kruses inblandning, väljer han att disputera i Uppsala.[370] Det betyder någonting.[371] Och det betyder någonting att Ross, när han knappt två decennier senare ges tillfälle att ge igen för, som det heter, gammal ost, väljer att kalla sin utskåpande recension av Vinding Kruses monstruösa verk "Retslæren I–II" för "En retslære fra det 19 aarhundrede".[372]

Ross är en utmärkt symbol, och med hjälp av sådana symboler kan, alltså, en redogörelse för den moderna idéhistoriens förlopp struktureras. Med sikte på danska förhållanden kan berättelsen ges formen: "1. Ross, och 2. Efter Ross." *Samma* förlopp kan med högre anspråk på generalitet skrivas så: "1. Den tidige Wittgenstein, och 2. Den sene Wittgenstein." (också denna variant nyttjar Dalberg-Larsen i det ovan citerade uttalandet

[369] Se motsvarande historieskrivning hos t ex Koskenniemi, Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism.

[370] Se Evald, Frederik Vinding Kruse (1880–1963) s 184 ff; Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 126.

[371] Det var ju, som Evald, a a s 190, uttrycker det: "Kelsens oppfattelse, at retsvidenskaben i det 19 og 20 århundrede fuldstændig kritikløst havde sammenblandet psykologi, biologi, etik og teologi, og opgaven var nu den at udrense disse elementer og skabe en ægte, ren åndsvidenskab, som opfyldte (natur)videnskabens krav om objektivitet og eksakthed." Jfr Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 261: "Hösten 1925 kom jag till Uppsala och skrev in mig i den filosofiska fakulteten. Jag började med historia för att sedan läsa teoretisk och praktisk filosofi. De senare var något av modeämnen i Uppsala på den tiden. Man menade att på tre ställen i Europa hände det något inom filosofien: Wien, Cambridge och Uppsala." Ross disputerade i Uppsala 1929. Enligt egen utsago räknade Ross, Om ret og retfærdighed s 4 f, Kelsen (Wien), Hägerström (Uppsala) och Bentzon (Köpenhamn) som sina främsta lärofäder.

[372] I TfR 1945 s 273 ff. Se härtill Blandhol, Juridisk ideologi s 109 ff.

– till en del explicit, till en annan implicit).[373] Och omvänt kan ifrågavarande idéhistoriska förståelse projiceras på en partikulär text, som till exempel Ekelöfs "En essay om tolkning och mening", i vilken Ekelöf söker påvisa det ohållbara i Gadamers så kallade nyhermeneutiska ståndpunkt – i detta fall blir resultatet: "1. Ekelöf, och 2. Gadamer." (Ekelöf tar då Ross plats i Dalberg-Larsens berättelse). Man kan till och med tillåta sig att uttrycka samma innebörd så: "1. Modernism, och 2. Postmodernism." – på det sättet har till exempel den amerikanske rättsvetaren Dennis Patterson använt termerna.[374] Med nu antydd synopsis kommer historien att handla om en förskjutning, eller omkastning, av uppfattningarna i vissa grundläggande filosofiska, vetenskapsteoretiska och estetiska frågor. Det tidigare paradigmet, det som man senare förkastar och gör uppror mot, kännetecknas således bland annat av:

i) en *antimetafysisk grundhållning* – tron att man kan övervinna metafysiken, och klart skilja tro från vetande,

ii) *scientism*, i bemärkelsen viljan att reducera all kunskap till (natur)vetenskap,

[373] Kausalt, om än inte materiellt, finns det starka förbindelser mellan de mest pregnanta uttrycken för det som här kallats "det nya seklets idéer" och den s k "tidige Wittgenstein", och det samma skulle kunna sägas om "det sena nittonhundratalets idéer" och den "sene Wittgenstein"; se t ex Lyotard, The Postmodern Condition s 9 f och 40 f. Jag gör mig alltså inte till tolk för den exegetiska ståndpunkten, att "Tractatus" och Wittgensteins sena produktion bör läsas isär. Tvärtom vill jag hålla med Rentsch, Heidegger und Wittgenstein s 340, om att varje uttolkare som talar om ett radikalt brott i Wittgensteins tänkande "müssen für die Tiefendimensionen dieser Philosophie verschlossen geblieben sein." Se vidare på detta tema t ex Crary-Read (ed), The New Wittgenstein; Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna.

[374] Se Pattersons ovan i n 364 anförda arbete och jfr dens, From Postmodernism to Law and Truth. Samma språkbruk återfinns hos Tanesini, Wittgenstein. A Feminist Interpretation. Jameson, Postmodernism and Consumer Society s 111 f, har föreslagit att en av anledningarna till att termen "postmodernism" är så svårbestämbar är, att det, över hela det kulturella spektrat, finns så många olika former av högmodernism att reagera mot. Vilken form av kultur blir resultatet när man söker frigöra sig från Joyce, från Stravinsky, från Pollock? Eller från den logiska positivismen? Den bestämning jag här ger termen, är uppenbarligen avledd från ett strikt teoretiskt sammanhang. Mot denna bakgrund skulle man med fullständig precision kunna beskriva den hållning som intas i föreliggande arbete så: *Den är "postmodern" i samma utsträckning som den rättskultur, som givit upphov till problematiken kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning, är "modern".*

iii) uppfattningen att det är möjligt och önskvärt att *skarpt skilja fakta från värderingar,*

iv) en *korrespondensteori för sanning,* enligt vilken ett påstående är sant om det överensstämmer med verkligheten, och

v) en *referentiell meningsteori,* som gör språklig mening till en relation mellan det språkliga uttrycket och världen.

Om detta är "modernism",[375] så står "postmodernismen", som reaktion betraktad, för skepticism gällande möjligheterna att entydigt och slutgiltigt ange ramarna och villkoren för den vetenskapliga verksamhetens bedrivande. Istället för att här söka efter grunderna – de första principerna, som vetenskapandet, när de väl upptäckts, skulle kunna utgå från – visar det postmoderna tänkandet, i nu diskuterad mening, en förkärlek för språkets och kunskapens *praxis.*[376] Man kan tala om ett (det vetenskapliga) livets primat. Efter dessa linjer kan man till exempel förstå uttryck som "språkspel" (Wittgenstein), "paradigm" (Kuhn), "diskurs" (Foucault), "spel" (Gadamer), "interpretive community" (Fish), "form of argument" (Patterson), "internal point of view" (Hart) och "interpretive practice" (Dworkin) – de betecknar alla, på sina respektive sätt, tanken att språket, eller livet, *i sin partikulära egenhet* sätter meningen/sanningen/världen.[377] Till det som man med sådana utgångspunkter är benägen att betrakta med misstänksamhet hör, bland annat, de *metafysiska* antaganden som ligger till grund för det modernistiska angreppet på metafysiken i civilrätten, såväl som den teoretiska *överbyggnad* som fått motivera kritiken av den "liberala", eller "formalistiska", avtalsrätts-

[375] Se härtill t ex Blandhol, Juridisk ideologi s 29 ff; Heidegren, Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi 1860–1915 s 12 ff; Lübcke (red), Vår tids filosofi. Del 2 s 502 ff.

[376] Jfr Rentsch, Heidegger und Wittgenstein s 15: "An die Stelle der klassischen Ontologie, Bewußtseins- und Transzendentalphilosophie wie auch Semantik tritt bei [Heidegger und Wittgenstein] der Rekurs auf die unhintergehbare *lebensweltliche Alltagspraxis* und das in ihr implementierte Hintergrundwissen."

[377] Och det är en tanke som blir fullkomligt vansinnig när den *i sin tur* tas som första princip: "Katten där på mattan är väl inte en effekt av *språket*?!" Nej, men nu var det inte riktigt det som var poängen... Jfr H Andersson, Barthesianska meditationer s 82 f. "Anything goes? Så nu är *allt* vetenskap?" Nej, men vetenskapens egen praktik – vetenskapens historia – säger oss, att om vi måste samlas under någon forskningsstrategisk-politisk paroll, så är endast denna försvarbar. Se också nedan s 150.

liga överbyggnaden. "Postmodernismen" – i den vida bemärkelse som termen nu givits – undergräver kort sagt trovärdigheten hos de analyser som tagit för givet att det är möjligt att ställa avtalsrätten till svars inför "verklighetens" domstol, och gör det överhuvudtaget svårt att vara radikalt skeptisk till ämnet.[378] Denna form av tänkande har mig veterligen ännu inte fått något inflytande på svensk avtalsrätt[379] – även om Hellner understundom kunde tyckas blinka försiktigt åt Wittgensteins håll.[380] Det finns goda skäl att karakterisera Grönfors – enligt många det stora namnet i svensk avtalsrätt – som modernist, och då naturligtvis inte bara givet hans vurm för kubismen, utan också i ett bredare idéhistoriskt perspektiv. Grönfors uppluckrande och utslätande analyser drivs ju av föreställningen att juridiken är en *dålig bild* – av en underliggande verklighet. Postmoderna influenser kan däremot, naturligtvis, förmärkas i den receptiva och teoretiskt orienterade finska avtalsrätten, såväl som i den

[378] Betecknar vi CLS som en postmodern rörelse får vi alltså, med denna begreppsbestämning, en contradictio in adjecto. Alternativt kan vi förklara rörelsens upplösning som en effekt av att den blev postmodern – se t ex Goodrich, Satirical Legal Studies s 486. En postmodern *och* progressiv kritik av avtalsrätten kan inte vara "stark" – den måste vara "svag", återhållsam, effekten av ett svagt tänkande (pensiero debole) i Vattimos mening. Tänk på Wilhelmssons "små berättelser" och jfr Minda, Postmodern Legal Movements s 126: "Postmodern critical legal studies scholars resist all tendencies to locate progressive legal criticism in some authoritarian practice, theory, or interpretation. Instead they argue for a more self-conscious and reflective attitude in accepting the limitations and pitfalls of theoretical perspectives." Se härtill Negri, Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project.

[379] Annorlunda i den svenska skadeståndsrätten – genom Håkan Anderssons vetenskapliga verksamhet, och nu också i och med Mårten Schultz avhandling "Kausalitet" (märk dock att Schultz, a a s 42 ff, använder termen "postmodern" på ett sätt som ger motsatt intryck). Metoden i Thomas Bulls avhandling "Mötes- och demonstrationsfriheten" är hermeneutisk, i traditionen efter Gadamer – se också Bull, Diskriminering och dekonstruktion. Modern svensk straffrätt bygger i mycket på Nils Jareborgs Wittgensteininspirerade uppgörelse med det logiskt-positivistiska/realistiska tänkandet och har därmed kommit att utvecklas efter andra linjer än den svenska civilrätten; se t ex Ulväng, Påföljdskonkurrens – problem och principer, ett sentida arbete som är systematiskt inriktat, begreppsligt, höggradigt abstrakt och väl förankrat i teorin. Hur hade det varit om det straffrättsliga uppsåtsbegreppet hanterats på samma sätt som avtalsrättens viljebegrepp? Det är svårt att föreställa sig, och anledningen till att det är svårt säger kanske någonting om förhållandet mellan straff och avtal. Straffrättens moraliska dimensioner ter sig omöjliga att tänka bort, men det har åtminstone lyckats oss att, för en tid, betrakta avtalet som "ett färglöst kopplingsbegrepp". Se härtill nedan kapitel 7.

[380] Jfr nedan n 499 in fine.

nyaste norska.[381] Och jag föreställer mig att reaktionen mot Ross har satt, och kommer att sätta, spår i dansk avtalsrättslig doktrin.

*

Efter dessa nedslag kan vi vända tillbaka till utgångspunkten. Befinner vi oss, således, i en mer eller mindre irreversibel rörelse, från ett formellt mot ett materiellt avtalsparadigm? Hellre än att svara på denna fråga borde man antagligen avvisa den. Pendelmetaforen är bedräglig.

Poängen är naturligtvis inte att man bör undvika dylika metaforer i historieskrivningen. I min egen redogörelse för avtalsrättens utveckling gör jag ju, som läsaren säkerligen lagt märke till, själv användning av ett antal enkla bilder och dikotomier. Det är så man skriver historia. Vad det kommer an på, är syftet och genomförandet. Den berättelse som byggts upp i det närmast föregående är en *motberättelse,* avsedd att underminera den okomplicerade och självrättfärdigande historieskrivning som den moderna nordiska avtalsrätten håller sig med. Och varje berättelse behöver, givet sitt syfte, blott vara *tillräckligt* komplex. Frågan för min del, här och nu, är alltså om jag varit tillräckligt konkret för att få läsaren att tvivla.[382] Är vår avtalsrätt verkligen ny, objektiv och materiell? Eller är det bara någonting som vi har lärt oss att påstå?

Den enda slutsats som kan dras i frågan om avtalsrättens utveckling är, tror jag för egen del, negativ: Det håller inte på att växa fram *en* ny avtalsrätt.[383] Avtalsrätten förändras uppenbarligen, men det innebär en oacceptabel förenkling att hävda, att den avtalsrätt vi nu har, eller är på

[381] Mitt exempel är återigen Høgberg, Kontraktstolkning.

[382] Till saken hör, att detta *också* måste bero på läsaren. För någon är det självklart att avtalsrätten håller sig med sin egen version av den modernistiska myten. En sådan person är redan övertygad – står redan på "min" sida – och behöver bara några enkla kodord för att vara med på noterna (för att se tillämpningen). Någon annan kommer aldrig att låta sig övertygas, oavsett hur konkret framställningen blir – helt enkelt därför att han eller hon måste tycka att själva ärendet förutsätter ett missförstånd. Han eller hon kanske har byggt upp sin egen avtalsrättsliga identitet kring det som här kallats berättelsen om den moderna avtalsrätten. För att se min poäng måste en sådan person övervinna sig själv (och vice versa). *Detta* är vad jag avsåg när jag i min inledande beskrivning av det språkkritiska perspektivet – ovan i avsnitt 1.2.3 – i Wittgensteins efterföljd hävdade att det kritiska arbetet är någonting personligt, ett arbete med den egna viljan.

[383] Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal s 38: "Bilden av avtalsrätten har blivit svår att överblicka." Jfr motsvarande formulering i Nybergh, Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället s 62. Knapp, An Offer You Can't Revoke s 317: "Contract law at present is hopelessly split, and in some cases splintered, over many different issues and it

väg mot, är "ny" i bemärkelsen antitetisk i förhållande till en "gammal" avtalsrätt, om "det gamla" entydigt skall stå för form, vilja, avtalsfrihet, liberalism och så vidare.[384] "Det gamla" kommer naturligtvis inte heller tillbaka.[385] Vi får nog acceptera, att om det för en tid tedde sig som om det här fanns två tydligt urskiljbara ytterlägen, mellan vilka vi – i en eller annan riktning – rörde oss, så berodde det på att vi lät vårt bildspråk ta överhanden.[386]

Som torde ha framgått vore det förmätet och oinformerat att försöka skriva företrädarna för den så kallade kritiska kontraktsrätten dessa slutsatser på näsan. Rörelsen är till sin natur teoretisk och reflekterande – upptagen inte bara av avtalsrättens öde, utan också av sitt eget. De frågor man ställer sig tenderar att vara existentiella – varianter på de grundläggande "Vilka är vi?" och "Vart är vi på väg?".[387]

Det *teoretiska* modernt avtalsrättsliga tänkandet har sitt ursprung i en strävan efter att artikulera det nya paradigmet – det som efter vad man tror sig veta redan föreligger. Atiyah's "The Rise and Fall of Freedom of Contract" avslutas, efter nära åttahundra sidors historieskrivning, med

---

shows no immediate sign of reconciliation." Wilhelmsson, Standardavtal s 32, gör läsaren uppmärksam på "att själva utgångspunkterna för kontraktsrätten inte längre kan betraktas som oomstridda. [...] Då man från kontraktsrättens utgångspunkter rör sig vidare mot dess allmänna läror rörande ingående, tolkning och jämkning av avtal, blir bilden i många fall ännu mer diffus."

[384] Jfr, för att ta ännu ett par exempel, Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 405: "One of the principal characteristics of classical contract theory was the tendency to attribute all the consequences of a contract to the will of those who made it."; Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication s 1731: "In private law, modern legal thought begins with the rejection of Classical individualism."

[385] Grönfors, Avtal och omförhandling s 95 f, anmärker: "Harmonin i helhetsmönstret kan numera, i avsaknad av en enda central utsiktspunkt motsvarande partsviljan, aldrig tänkas återställd." Jfr Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract s 20: "[I]t is clear that however much the principles of freedom of contract have been revitalized since 1980, there is no going back to the simplistic pre-1870 belief that all relations should ideally be governed by voluntary obligations." Anmärkning: Det innebär antagligen ett misstag att avfärda den pre-modernistiska avtalsrätten som "simplistic".

[386] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 115: "En *bild* höll oss fångna. Och vi kunde inte slippa ut, ty den var inbyggd i vårt språk och detta tycktes obönhörligt upprepa den för oss."

[387] Se t ex Collins, The Transformation Thesis and the Ascription of Contractual Responsibility; Teubner, After Privatisation?; Wilhelmsson, Varieties of Welfarism in European Contract Law.

ett avsnitt på en knapp sida, som bär överskriften "The Need for a New Theory". Öppningsmeningarna lyder:

> I may conclude by suggesting that the time is plainly ripe for a new theoretical structure for contract, which will place it more firmly in association with the rest of the law of obligations. The present conceptual apparatus of the law is, I suggest, still essentially that of the classical model, and for the reasons I have given no longer accords with the way the law is developing, nor with the value systems underlying present day ideas.[388]

Detta var den positiva uppgift man ställde sig, och den kritik man riktat mot den klassiska avtalsrätten tycktes visa att det var nödvändigt att ta sig an den. Som vanligt – jämför till exempel Uppsalaskolan – blev det emellertid inte så mycket av den nya modellen.[389] Vi har ansatser, programförklaringar, småskaliga tillämpningar – inte mer än så. Den nya matrisen förblir blott förväntad och förutspådd.[390] Med den ovan skisserade utvecklingen har undan för undan tvekan ersatt den ursprungliga övertygelsen. Tillåter den de facto fragmentiserade avtalsrättsliga traditionen verkligen en enhetlig progressiv omtolkning? Med Wilhelmssons ord:

> [O]ne may [...] wonder whether we seek in vain a new contract law of the radical Welfare State or its post-version.[391]

Men nu gällde det den svenska avtalsrätten och de föreställningar om ämnets historia och utveckling som vi umgås med – här, så att säga ute i provinsen. Premisserna för det vetenskapliga samtalet på området har förändrats, men det har vi ännu inte märkt så mycket av. Det tycks fin-

[388] Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 778 f.

[389] Atiyah, a a s 779, avslutar sin bok genom att förespegla läsaren att han själv, någon gång i framtiden, skulle återkomma med ett förslag ("The task is one to which I hope to return"). Så blev det inte. Jfr Foucault, Vetandets arkeologi s 243: "[A]lla vet att i det moderna teoretiska fältet är det inte bevisbara system man finner nöje i att uppfinna, utan discipliner vilkas möjligheter man öppnar, vilkas program man tecknar och vilkas framtid och öde man anförtror åt andra. Men så snart planritningens streckade linjer är avslutade, försvinner de med sina upphovsmän. Och det fält de borde ha organiserat ligger ofruktbart kvar för all framtid." Jfr H Andersson, 24 preludier utan fuga s 46.

[390] Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 522: "Vi kanske står på tröskeln till ett nytt kontraktsparadigm som är öppet för verklighetens förändring...". Kanske det.

[391] Wilhelmsson, Questions for a Critical Contract Law s 12. Själv föreslår Wilhelmsson, a a s 47, en postmodernt försiktig strategi: "[C]ontract law should not only be discussed as a product of the contradictions between traditional and modern contract models. The use of dichotomies like freedom versus solidarity or market-individualism versus consumer-welfarism is not necessarily the right way to present the real contradictions of

nas anledning att omvärdera den gängse, rätlinjiga, historieskrivningen. Och skäl föreligger att fundera över relationen mellan svensk avtalsrätt och den internationella teoretiska utvecklingen. Det finns förvisso ingen sträng logik som tvingar oss att "hänga med". Men det synes inte längre vara möjligt att rättfärdiga vår traditionella självförståelse genom att åberopa en bred och enhetlig internationell tendens. Någon sådan finns inte längre. Och tillbaka till Karlgrens och Vahléns avtalsrätt *kan* vi inte gå, ens om vi skulle vilja.

Vad är då svensk avtalsrätt, om den inte på något enkelt sätt är *modern* – det vill säga, med den förståelse av den avtalsrättsliga moderniteten som tagits till utgångspunkt för framställningen i detta avsnitt, om den svenska avtalsrätten inte kan förklaras som en effekt av en rörelse från form till materia? Och vad är svensk avtalsrätt under trycket från anglo-amerikanisering och europeisering? Varthän?[392]

2.2.6 Det språkkritiska alternativet

> All sanning är skriven med litet s, och all sanning skapar vi själva i våra försök att hantera tillvaron.
>
> *Nils Jareborg*

2.2.6.1 Är det möjligt att övervinna modernismen i avtalsrätten?

Anta att avtalsrätten inte är modern. Som nordisk avtalsrättare har man med ett sådant antagande berövats sin självförståelse – åtminstone för stunden. Och det kan tyckas naturligt att i det vakuum som därmed uppstått, om än ex hypothesi, ställa frågan: "Vad är avtalsrätt nu – i så

---

modern contract law; contract law may well be used as a social tool in a way not compatible with market-individualism, without representing any solidarity or welfarism. In modern contract discourse the focus should rather be on the contradictions within the modern models. [...] Perhaps the contradictions just show the impossibility of building one coherent contract model (Grand Contract Theory as The Grand Theory is dead). [...] This does not mean that critical theory should give up its modeling attempts. [...] [M]odels have a great ideological force which cannot be neglected. Traditional models can only be counterbalanced by other possible model-formulations."

[392] Jfr Negri, Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project s 37: "In the empty space that the crisis of legal realism has left us, we have nonetheless to continue to ask ourselves: in what way and in what direction are we to proceed in order to regain a theoretical perspective? In what manner could a material basis for law be brought within our grasp again?"

fall, det vill säga om den inte är modern?" Det är denna fråga som jag nu vill behandla, och mitt svar blir väsentligen, att frågan är dålig. I det följande kommer jag att utgå från, att resonemanget så långt varit framgångsrikt och att vi således här befinner oss i en situation, i vilken vi inte behöver tillgripa antaganden för att umgås med tanken, att avtalsrätten inte är modern – en situation i vilken det helt enkelt inte längre är möjligt att tro på avtalsrättens modernitet. Jag kommer att göra gällande, att vi i denna situation inte behöver en ny tro, att vi med andra ord inte behöver besvara frågan om avtalsrättens väsen. Varje svar som vi kan konstruera måste för övrigt vara missriktat, för myter och trosuppfattningar kan inte ersättas med skrivbordsprodukter – de lever i språket.[393] Vi kan låta frågan vara, så går argumentet, för det finns ett alternativ – "det språkkritiska alternativet". I förevarande avsnitt ägnar jag mig åt att få detta alternativ att verka attraktivt.

Betrakta det följande som en kommentar till den idéhistoriska skiss som presenterades i föregående avsnitt. Här gäller det konsekvenserna. Understrykas bör kanske att jag inte, annat än i ett mycket specifikt och begränsat avseende, gör gällande att "språkkritiken" representerar nästa steg i avtalsrättens eller avtalsrättsvetenskapens utveckling. Det skulle inte bara utgöra ett oacceptabelt och oförklarligt utslag av hybris, utan också vara gravt inkonsekvent. I det närmast föregående har jag ju ansträngt mig för att misskreditera bilden av en stegvis utveckling i avtalsrätten, och det hopp om en väg ut ur det modernistiska tänkandet, som jag klamrar mig fast vid, ligger i själva möjligheten att *avstå* från att komma med ännu en vision av avtalsrätten. Det saknas också varje anledning att anta, att de modernistiska föreställningarnas dragningskraft generellt kommer att upphöra. Vår tids moderna för – som vi har sett – en hundraårig tradition vidare. Skulle man plötsligt höra upp med att hävda sådant som att juridiken måste anpassas efter verkligheten, att privaträtten har en social dimension och att gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt har börjat luckras upp? Jag tror det inte.[394] År 1997 skriver Thomas Wilhelmsson:

[393] Den som tappar sin tro förkastar en livsform. Den som inte längre tror på den moderna avtalsrätten kommer t ex inte längre att föraktfullt fnysa åt "begreppsjurisprudens" och "naturrättsliga åskådningar".

[394] Jfr J Braucher, The Afterlife of Contract s 49: "Contracts can seem like a field where nothing ever happens, which indeed would make it a dead subject. We sometimes appear

Den basala traditionella indelningen i offentlig rätt och privaträtt håller som känt på att vittra bort.[395]

År 1968 fann Åke Malmström sig föranledd att göra iakttagelsen,

att kategorien privaträtt (civilrätt) visserligen alltjämt användes som redskap för den juridiska systematiken [...] men att det knappast kan vara lämpligt att strängt iakttaga några teoretiskt framdeducerade gränslinjer. Så sker icke heller hos oss. Tendensen är snarare att förfara pragmatiskt och låta funktionella överväganden leda till en integration av vissa mera offentligrättsliga element i framställningen av civilrätten [...][396]

År 1905 skriver Fredrik Stang:

I moderne Retsforfatninger er den skarpe Grænse mellem privat og offentlig Ret faldt. De er ikke længer adskilte Verdener. I den offentlige Ret tar man nu Hensyn til Individet, og i den private Ret tar man Hensyn til Samfundet.[397]

Såväl Malmström som Stang hänvisar tillbaka till Otto Gierkes "Die soziale Aufgabe des Privatrechts" från 1889 – ett föredrag, i vilket Gierke ifrågasätter den romerska rättens skarpa uppdelning i privat och offentlig rätt,[398] och pläderar för en privaträtt som är bred nog att omfamna också den senaste tidens socialpolitiska lagstiftning.[399] Här befinner vi oss slutligen vid tiden för den – synnerligen effektiva – modernistiska retorikens utkristalliserande i avtalsrätten.[400] Gierke proklamerar:

---

condemned to rehearse dualisms – classicism versus romanticism, independence versus interdependence – ad infinitum and ad nauseam." Se även DiMatteo, Contract Theory s 142; Gilmore, The Death of Contract s 111 f.

[395] Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet s 523. I en not anmärker Wilhelmsson, a st, att påståendet att gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt håller på att vittra bort är för generellt och oanalytiskt emedan distinktionen ifråga kan avse ett antal olika förhållanden.

[396] Malmström, Privaträtt och samhällsutveckling s 244.

[397] Stang, Viljesdogmet s 300.

[398] När man vänder sig mot distinktionen mellan privat och offentlig rätt, vänder man sig mot den romerska rätten, och, inom ramen för den rättstradition som bygger på den tyska artonhundratalsjuridiken (dit hör vi), också mot Savigny, som brukar utpekas som ansvarig för att ha överfört distinktionen på den tyska rätten. Den moderna rätten finner sig själv i sitt avståndstagande från Savigny; se t ex Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 133. Och den finner sig själv i sitt avståndstagande från den romerska rätten; jfr t ex Honsell, Römisches Recht s 21.

[399] Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts s 616 f.

[400] Jfr ovan n 154.

> Wir brauchen [...] ein *Privatrecht*, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt.[401]

Och vad gäller avtalsrätten uttalar han:

> Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird sie zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirtschaftlicher Übermacht. [...] Eine Privatrechtsordnung, die ihres sozialen Berufes eingedenk ist, wird zugleich auf einen materiellen Schutz der durch die Vertragsfreiheit gefährdeten Gesellschaftsschichten gegen den Druck wirtschaftlicher Übermacht hinarbeiten müssen.[402]

Den moderna avtalsrättens ideologi kommer säkerligen att bestå, i likhet med den grundläggande rättsliga grammatik som denna ideologi vill övervinna.[403] Vad språkkritiken anbelangar, drivs den av hoppet om, att det är möjligt att tänka annorlunda.

2.2.6.2 I kampen om det avtalsrättsliga språket

Det pågår en kamp om historieskrivningen – inom avtalsrätten som inom varje vetenskap. När man tänker på det, kan man inte undgå att slås av hur pass centralt det historiska temat har varit i den moderna avtalsrättsliga debatten. Den ursprungliga progressiva attacken på den traditionella avtalsrätten motiverades först och främst historiskt. Friedmans "Contract Law in America", Gilmores "The Death of Contract", Horwitz "The Transformation of American Law" och Atiyahs "The Rise and Fall of Freedom of Contract" är alla *historiska* arbeten.[404] Och där-

[401] Gierke, a a s 614. Fritt översatt: "Vi behöver en privaträtt, som, trots allt tal om individens okränkbara sfär, låter tanken på en (samhällelig) gemenskap leva och verka."

[402] Gierke, a a s 626 f. Fritt översatt: "En gränslös avtalsfrihet upphäver sig själv. Ett fruktansvärt vapen i den starkes hand, ett obrukbart verktyg i den svages, blir den ett medel för förtryck, av den ene genom den andre, den mentala och ekonomiska övermaktens skoningslösa utsugning. En privaträttsordning som besinnar sina sociala uppgifter, måste tillika anstränga sig för att materiellt skydda de samhällsskikt som avtalsfriheten hotar, mot trycket från den ekonomiska övermakten."

[403] Jfr Teubner, After Privatisation? s 52 f, som konstaterar: "It has almost become a ritual these days to de-construct the private/public distinction. The problem is, nobody knows how to dis-place it, not to speak of how to re-place it."

[404] Här skulle man också kunna nämna t ex Franz Wieackers inflytelserika "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" som utkom i sin första upplaga 1952, och som uppmärksammar bl a det som vi kommit att kalla "civilrättens splittring" (efter Bengtssons uppsats "Om civilrättens splittring"), och de inskränkningar i avtalsfriheten som rättsutvecklingen medfört.

med tvingades de reaktioner som den progressiva rörelsen provocerade fram, att på ett eller annat sätt hantera avtalsrättens historiska dimension. Där man kunde, slog man naturligtvis ned på brister i historieskrivningen – ett tacksamt arbete såtillvida som det är svårt att förena starka normativa anspråk med historisk objektivitet[405] – men annars är det typiskt för de skrifter som försvarar traditionen, avtalsfriheten och formalismen, att de är *ahistoriska*. De framställer systemet, avtalsrättens inre rationalitet, dess moraliska grunder, som i sig giltiga strukturer, och svarar *på så sätt* på den historiska utmaningen. Exempel ger Frieds, Brudners, Weinribs och Bensons arbeten. Kampen om historieskrivningen i avtalsrätten gäller således inte blott historiens innehåll, utan också historiens relevans. Det är naturligt, men inte nödvändigt, att den som vill åstadkomma förändring griper efter historien, och att den som motsätter sig förändring ignorerar den.

Samma principer styr den svenska avtalsrättsliga debatten, även om det kanske är mindre uppenbart. Till det som vi av tradition behandlar styvmoderligt hör också historien, och om historieskrivningens betydelse för rättsvetenskapen pratas det inte mycket, inte inom det materiellrättsliga samtalets snäva ramar.[406] Rör vi oss från diskursens hjärttrakter ut mot ytterkanterna förändras visserligen bilden. Neoaristotelianismens inbrott i den svenska avtalsrätten medför även på denna punkt en omkastning av de etablerade mönstren – följer man ett mönster är det mer internationellt än nationellt.[407] I den ovan omtalade "The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine" sysselsätter sig James

[405] Särskilt Gilmores bok har dåligt rykte i detta hänseende. Se härtill Hillman, The Triumph of Gilmore's *The Death of Contract*; se även Ronald K L Collins förord till 1995 års upplaga av "The Death of Contract".

[406] Se t ex Bergström, Rättshistorien och civilrätten – där Bergström, som civilrättare, uppträder som rättshistorieämnets försvarare. Den argumentering han anför – inriktad på att motivera den rättshistoriska disciplinens existensberättigande som "serviceorgan" – ter sig för en nutida betraktare tämligen ansträngd. Jfr H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 58, där historiens betydelse för *förståelsen* av rätten framhävs.

[407] Befinner sig de ifrågavarande texterna i diskursens utkanter? Varje text är medelpunkt för sin egen diskurs. Vad jag här litar till är väl någon sorts uppfattning om en enhetlig avtalsrättslig diskurs – en uppfattning som i sammanhanget kan stödjas t ex på förhållanden som dessa: *a)* Votinius disputerade i allmän rättslära; *b)* Holm och Norlén disputerade vid Avdelningen för rätt och rättsfilosofi på Ekonomiska institutionen vid Linköpings universitet; *c)* Holm, Norlén och Votinius markerar alla avstånd till den traditionella rättsdogmatiken; se ovan n 339; *d)* Recensionerna av dessa Aristoteliskt orienterade avhandlingar synes bekräfta att det finns ett avstånd; se Høgberg, Anm av Holm,

Gordley uteslutande med (idé)historia, och arbetet syftar följdriktigt till en på sitt sätt radikal omtolkning av den avtalsrättsliga traditionen.[408] På motsvarande vis bygger Sacharias Votinius sin Aristoteliska tolkning av avtalsrätten – som kan sammanfattas i tesen att "det i kontraktets själva idé ligger att det är en social relation, där parterna är skyldiga att handla rättvist mot varandra och ömsesidigt beakta varandras intressen, *utöver vad de lovat*"[409] – i första hand på en brett upplagd historisk exposé.[410] Avståndet mellan svensk civilrätt och den angloamerikanska debatten är mindre än vad det har varit, och detta påverkar rimligen läsningen av det svenska materialet.[411] Väl uppmärksammade på temats närvaro i den svenska diskursen är det, till exempel, kanske inte så svårt att se det som här kallats "kampen om historieskrivningen" också i de skrifter som formar den svenskspråkiga avtalsrättsliga debattens huvudfåra. Till exempel skriver Wilhelmsson i sin recension av Lehrbergs avhandling:

> När man läser avhandlingen får man en besynnerlig känsla av att ingenting väsentligt skett i den svenska och nordiska rätten och samhället under de senaste hundra åren. *Lassen* och *Ussing* framstår som lika aktuella diskussionspartners som den moderna litteraturen [...] och rättsfall från 1800-talet utnyttjas på flertalet ställen som mer eller mindre likvärdiga argument som nytillkomna avgöranden.[412]

Den avtalsgrundade lojalitetsplikten; Lindskog, Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen; Madsen, Anm av Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten; Wilhelmsson, Anm av Votinius, Varandra som vänner och fiender. Anmärkas kan att det finns spår av "neoaristotelianismens inbrott" i den senaste upplagan av J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt (2007); se detta arbete s 28 i och vid n 16.

[408] Enligt vilken den Aristoteliska filosofin tillhandahåller avtalsrättens kitt och sammanhang. De faktiska, juridiska konsekvenser som denna teoretiska operation skall ge är mindre radikala. Gordleys resonemang syftar till att framställa den faktiskt givna avtalsrätten i bästa möjliga ljus.

[409] Votinius, Varandra som vänner och fiender s 34. Återigen (jfr föregående not): Det som är radikalt i detta är inte de materiellrättsliga konsekvenserna, utan tillspetsningen (vänner/fiender) och påståendet att vi kan förstå avtalsrätten genom att läsa Aristoteles.

[410] Man skulle kunna säga att det är varje Aristoteliansk avtalsrättares uppgift att överbrygga avståndet mellan Aristoteles och vår avtalsrätt (och det kan tyckas avsevärt) – enklast kanske genom att dra en historisk linje från punkt A till punkt B.

[411] Det bästa exemplet härpå utgör möjligen Schultz, Kausalitet – i vilken det svenska rättskällematerialet ordnas efter mönster från den amerikanska rättsteoretiska debatten.

[412] Wilhelmsson, Anm av Lehrberg, Förutsättningsläran s 453. Se också ovan n 15 och 63 samt jfr ovan vid n 58.

Kampen om historieskrivningen är en kamp om rätten till texterna. Vilken vikt tillmäter vi nu Ussings uttalanden? Karlgrens? Aristoteles? Eller samtida amerikanska rättsteoretikers?

Om man vill rör det sig om en kamp om språket. Stefan Lindskog har, bara för att ta ett exempel, satt ifråga om det är lämpligt att använda ett ord som "epistemologi" i en juridisk avhandling – om det inte vore rimligt att översätta dylik terminologi, som "för den oinvigde" kan vara "allt för teoretisk", till "ett normaljuridiskt språk".[413] Detta är, naturligtvis, att förstå som ett uttryck för en viss uppfattning om rättsvetenskapens roll och funktion, och det är en uppfattning som konkurrerar med andra.[414] För egen del tar jag mig rätten att använda ord som "epistemologi", och ger därmed uttryck för min uppfattning att ett *vetenskapligt* juridiskt arbete inte nödvändigtvis måste vara *lätt* tillgängligt för juristen i gemen.[415]

Kampen förs på många fronter och är svår att överblicka. Sanning ställs mot sanning, vilket betyder att varje enskild sanning till viss del måste vara blind. Hängivna Aristoteliker måste, i viss mening, läsa Kant

[413] Lindskog, Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen s 288. Man kan fråga sig vilken normaljuridisk term som närmast svarar mot "epistemologi". Och man skulle kunna mena att problemet här är, att det normaljuridiska språket i alltför stor utsträckning saknar teoretiska dimensioner, emedan de svenska akademiskt verksamma juristerna under nittonhundratalet mer eller mindre medvetet slipat bort de teoretiska nyanserna ur sitt språk, och sett till att detta inte begåvats med nya sådana.

[414] Termerna "ontologi" och "epistemologi" förekommer t ex i avhandlingar som H Andersson, Skyddsändamål och adekvans; Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund; H Gustafsson, Rättens polyvalens; Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten; Høgberg, Kontraktstolkning; Schultz, Kausalitet. Att innebörden av termen "ontologi" inte utan vidare kan tas för given i det akademiska juridiska sammanhanget visar sig möjligen därigenom att Schultz, a a s 65 n 80, finner för gott att definiera den. Anmärkas kan, att det är naturligt att termerna "ontologi" och "epistemologi" figurerar flitigt i texter som vill göra upp med realismen – se t ex Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren – liksom att dessa termers relevans förnekas av den realistiska traditionens försvarare; jfr ovan vid n 269. Se om relationen mellan ontologi och epistemologi nedan i avsnitt 7.3.2.

[415] Kant, Die Metaphysik der Sitten s 36, tar avstånd från en popularisering av den kritiska filosofin med orden: "Hier ist an keine Popularität (Volkssprache) zu denken, sondern es muß auf scholastische *Pünktlichkeit*, wenn sie auch Peinlichkeit gescholten würde, gedrungen werden (denn es ist *Schulsprache*): weil dadurch allein die voreilige Vernunft dahin gebracht werden kann, vor ihren dogmatischen Behauptungen sich erst selbst zu verstehen." Jfr ovan vid n 346 och nedan vid n 536; se även nedan n 1078. Det är också min uppfattning att man inte bör ta den normativa frågan om rättsvetenskapens väsen på alltför stort allvar.

dåligt[416] – till exempel emedan de är bestämda att gestalta historien som en tilltagande glömska, av den antika sanningen – just som deras motståndare är bestämda att betrakta den Aristoteliska filosofin som antikverad.[417] Progressiva avtalsrättare måste, på ett motsvarande sätt, lyfta fram Atiyah och förtränga Fried.[418] Och pragmatiska realister måste vara teorifientliga, annars skulle de *teoretiska* brister som vidlåder deras ståndpunkt bli alltför påtagliga – *detta* borde ju inte vara en tillgänglig argumentationslinje: "Det är visserligen av central betydelse att man reflekterar över grunderna för sin vetenskap, men själv säger jag bara som det är – rakt upp och ner – utan att göra mig några teorier."[419]

Det avtalsrättsliga samtalet konstitueras av en strid ström av framkastade avtalsrättsliga sanningar – påståenden avsedda att vara normerande för avtalsrätten – som i betydande utsträckning är oförenliga, även om de kan grupperas i kluster, efter hur de förhåller sig till varandra. Där finns de som menar att vi befinner oss i en rörelse mot ett materiellt paradigm, och de som menar att pendeln har svängt.[420] Där finns de

[416] Se härtill t ex Apel, Etik och kommunikation s 131 ff.

[417] Ur exegetisk synvinkel finns det således anledning att anmärka på Gordleys behandling av Kant – se t ex Byrd-Hruschka, Kant on "Why Must I Keep My Promise?" s 48 n 5, s 60 n 52 och s 73 n 124. Jfr t ex Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 119 ff, som, i enlighet med vad formen kräver, ställer sin dygdeetik mot pliktetik och, som brukligt är, låter Kants moralfilosofi illustrera det pliktetiska perspektivet. Noteras kan att *a)* avsnittet om pliktetik är kort, avsevärt kortare än avsnittet om dygdeetik, *b)* framställningen bygger uteslutande på sekundärkällor, *c)* ambitionerna med densamma förklaras vara "mycket begränsade", vilket inte hindrar författaren från att framföra "några möjliga invändningar", som alla *d)* synes utgå från premissen att Kants utläggning av det rena praktiska förnuftets apriori givna struktur (i "Grundläggning av sedernas metafysik") är avsedd att ge konkret vägledning i faktiska moraliska dilemman – med den premissen är det svårt att göra Kants projekt rättvisa; se på detta tema t ex Wood, The Final Form of Kant's Practical Philosophy s 10 ff. Men märk alltså att mitt syfte här inte är att beslå Norlén med fel, utan att visa på ett drag som präglar vår diskurs – Aristoteliker är predisponerade att vara ogina i sin läsning av Kant och vice versa. "Weinrib bygger på Aristoteles *och* Kant...". Ja, och vad krävs för att få det att gå ihop? Jfr ovan n 332.

[418] "Måste" – det är i kraft av sådana manövrar som man definierar sig som progressiv avtalsrättare. Åsikten bör inte tänkas som någonting som föregår och styr språkbruket.

[419] Jfr H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 177 n 7.

[420] Man skulle kunna tro att den svängande pendeln bara beskriver ett förlopp, först från form mot det materiella (en rörelse som kanske kulminerar under sent 70-tal) och sedan dess tillbaka mot det formella – vilket skulle innebära att det här egentligen inte finns någon motsättning ... men man får inte missta sig på det normativa i det deskriptiva. För egen del instämmer jag i följande uttalande av Movsesian, Two Cheers for Freedom

som menar att avtalsrätten har sin grund i dygdeetiska överväganden, av Aristoteliskt snitt, och de som hellre utgår från Kants och Hegels autonoma subjekt. Och där finns de som menar att avtalsrätten är sig själv nog, ett självrefererande och slutet system, och de som häremot hävdar att det enda vetenskapligt försvarbara sättet att göra reda för de avtalsrättsliga problemen är att anlita de empiriska vetenskapernas hjälp.

Nu är det uppenbart att alla dessa påståenden inte kan vara korrekta. Avtalsrätten kan inte vara allt detta på en gång (inte i logisk mening).[421] Och man kan fråga sig vad som motiverar nästa man eller kvinna i ledet, att komma med ännu ett påstående om vad avtalsrätten egentligen går ut på, eller ännu en profetia om ämnets framtida utveckling – särskilt som det tycks ofrånkomligt att varje sådant påstående, och varje sådan profetia, kan betraktas som ett utslag av ett eller annat vid tiden rådande akademiskt mode.[422] Trender på frammarsch i svensk civilrätt är, vad det verkar, bland andra den rättsekonomiska, den neoformalistiska och den Aristoteliska. Alltså producerar vi, bland annat, rättsekonomisk, neoformalistisk och Aristotelisk civilrätt. De inbördes förhållandena mellan dessa riktningar är spända, och förhållandet mellan dem och morgondagens perspektiv blir garanterat ansträngt. "Hur så?", frågar sig möjligen någon. "Vill du att vi skall beklaga oss över den vetenskapliga praktikens faktiskt givna villkor?" Nej, det vore fåfängt – men jag vill frammana en *stämning*, i vilken den inriktning som avhandlingstexten givits förhoppningsvis kan te sig konsekvent och naturlig.[423] Låt mig utveckla tanken i ytterligare några led.

---

of Contract s 1531: "Is it really correct to speak of freedom of contract's contemporary 'revival'? To do so implies both that freedom of contract had gone into eclipse and that its present victory over rival concepts is more or less complete. Neither proposition is true. Today as always freedom of contract coexists with other, competing principles that stress substantive fairness and overriding social values. It seems fruitless to argue long about which of these many principles expresses the essence of contract law."

421 Däremot är naturligtvis den vetenskapliga avtalsrätten, som praktik betraktad, just precis allt detta, på en gång – varken mer eller mindre. Jfr Goodrich, Europe in America s 2048: "The history of law is a history of writing – texts and others signs are all that remain. They are the law."

422 Rättare sagt: I efterhand kommer historieskrivningen att kunna framställa saken så.

423 En stämning av vantrivsel. Jfr Movsesian, Rediscovering Williston s 211 f: "[T]here is a growing disquiet in the academy about the promise of contract theory. While the fundamental doctrines of contract law are not controversial, little agreement exists on their theoretical justification. Numerous contenders have appeared – autonomy theories,

2.2.6.3 Vi kanske inte behöver veta vad avtalsrätt är

I en kortare uppsats från 1984, avsedd att problematisera den historieskrivning som blivit gängse bland progressiva amerikanska historiker ("New Deal historians"), skriver Morton J Horwitz:

> The most important argument that discredited legal fundamentalism was the charge that it was "out of touch with society." Instead of law existing for the purpose of judging and criticizing social practice from "on high," law was to reflect and express social practice. Like many religions that aspire to be in touch with their times, modern American law has come increasingly to view its only legitimate task as facilitating (and hence reinforcing) the existing distribution of wealth and power.[424]

Ändras det som ändras bör: De så kallade nynormativisterna – till vilka vi kan räkna till exempel Thomas Wilhelmsson – kan invända mot en anormativ analys av avtalsrätten – en sådan som den Grönfors förespråkade – att den befäster rådande maktförhållanden,[425] men på ett annat plan kan samma invändning riktas mot nynormativisterna: De ger uttryck för sin tids ideal, deras skrifter kan betraktas som en reflektion av det rådande, närmare bestämt av de kraftfulla progressiva tendenser som har sitt ursprung i sjuttiotalets tänkande över rätten och samhället. Också de bekräftar makten – och vilka har haft mer makt över det vetenskapliga, avtalsrättsliga samtalet än "de progressiva"?[426] Så länge vi strävar efter att åstadkomma en modern avtalsrättslig analys,[427] så länge vi

---

consent theories, efficiency theories, pluralist theories, relational theories and others – but no one theory has seemed capable of providing a satisfactory comprehensive account." Lägesbeskrivningen får hos Movsesian motivera ett hermeneutiskt och historiskt intresse för den egna traditionens rötter.

[424] Horwitz, Progressive Legal Historiography s 687.

[425] Se härtill ovan n 255 och 281.

[426] När Peter Benson i slutet av 80-talet publicerar sin stora studie i Hegeliansk avtalsrätt – Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract – är det, som han upplever det, ett rop i öknen. Själva *möjligheten* av en strikt formell analys av avtalsrätten måste försvaras. Benson, a a s 1079: "The impossibility of a purely nondistributive elucidation of contract is now the basic premise of most current theorizing about contract law." Vinden hade dock vid det laget redan vänt.

[427] Jfr Schultz, Kausalitet s 42 ff, som förklarar sig ha skrivit en omodern avhandling, en avhandling som är modernistisk i en postmodern tid. Emellertid är väl just detta positionerande gentemot den äldre generationens kollektivistiska och progressiva juridik helt i enlighet med vad den innevarande tidens mode kräver. Jfr Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History s 1540, som angående återväxten, för CLS del, skriver: "The cultural-radical strand in cls draws on images of social connection often based upon

gör anspråk på att kunna avgöra vad avtalsrätten är just nu, eller snart, är vi tillsynes dömda att ha fel. Fel: Vad vi än har att säga i frågan om avtalsrättens nuvarande tillstånd kommer, såvitt budskapet formuleras i positiva termer, att vara alltför snävt, en partsinlaga, som förtrycker konkurrerande sanningar, och som, just därför, kommer att kunna framställas som en ren effekt av, eller insats i, den pågående kampen om makten över det rättsvetenskapliga samtalet. Vad vi än säger kommer att vara osant, för sanningen skall vara universell och objektiv.[428]

Till en analys som den nu skisserade kan man som avtalsrättare förhålla sig på olika sätt. Närmast till hands, så som just vår avtalsrättsliga kultur är beskaffad, ligger antagligen att helt enkelt ignorera den. Det ligger inte för oss att dra växlar på resonemang om villkoren för sanningens utbildande. Mer teoretiskt medvetna avtalsrättare skulle kunna rycka på axlarna och konstatera att den form av sanning som skrivs med stort S har varit död sedan länge – det skall inte behöva hindra att man på sitt eget vis för fram den lilla sanning som man för egen del hyser tilltro till, deltar i det fortgående, pluralistiska samtal som i varje ögonblick konstituerar avtalsrätten.[429]

En *annan* möjlighet är emellertid, att man når en punkt där det inte längre är möjligt att hysa tilltro till någon viss enskild version av avtalsrätten, en punkt vid vilken det kommer att framstå som hyckleri, eller som uttryck för någon form av missförstånd, att hävda en sanning sam-

---

recollections of the 1960's, which are unlikely to be available to new recruits at a high rate." Schultz avhandling är i flera avseenden högmodern – ett uttryck för amerikaniseringen, teoritrenden, Aristotelianismen, nyformalismen samt moralens och rättvisans återkomst – men att kalla den "modernistisk" är, om inte missvisande, så åtminstone ohistoriskt. Jfr t ex följande påpekande, i inledningen till Brooks-Murphy (ed), Aristotle and Modern Law s xiii: "Modernity understood itself largely by its ruthless rejection of Aristotle"; se härtill Lyles, A Call for Scientific Purity s 111 ff, om Hägerströms avståndstagande från Aristoteles.

[428] Och det menar jag som en *grammatisk* anmärkning, i Wittgensteiniansk mening; se särskilt Wittgenstein, Filosofi s 11 ff; se härtill t ex Diamond, The Realistic Spirit s 39 ff; Harris, Language, Saussure and Wittgenstein s 61 ff. Jfr Jareborg, Begrepp och brottsbeskrivning s 22 f, som tar avstånd från termen "grammatisk", använd på detta sätt.

[429] Jfr t ex Wilhelmsson, Om kritisk civilrättsdogmatik s 60: "En kritisk doktrin kan inte, enligt min uppfattning, utan att bedra sig själv, söka efter något 'enda rätta' sätt att bygga upp ett nytt system av allmänna läror. En kritisk doktrin presenterar blott en ny möjlig modell som kan utnyttjas eller förkastas av relevanta delar av det juridiska auditoriet."

tidigt som man säger sig veta att sanningen ifråga blott är partiell och tillfällig.[430] Skall avtalsrätten grundas på Aristotelisk filosofi? "Ja, delvis, när det är jag som skriver, och alltså åtminstone så länge som jag är akademiskt verksam...". Det skulle innebära en märklig devalvering av sanningsbegreppets praktiska värde att uttrycka sig så. Insikten att sanningen, när den uttalas, nödvändigtvis är *en händelse* – alltid skrivs med litet s – gäller, så att säga, inte sättet för sanningens formulerande.[431] Till exempel är vare sig Wittgensteins filosofiska undersökningar eller Heideggers hermeneutiska utläggningar avsedda att vara normerande för det vetenskapliga språkbruket – och detsamma kan sägas om Kants transcendentalfilosofi.[432] Heidegger säger oss, att språket är varats hus.[433] "*Språket* är alltså 'varats' hus? Så extraordinärt ... Det måste få konsekvenser!" Nej, det måste inte det. Som Richard Rorty uttrycker det:

> To think of Wittgenstein and Heidegger as having views about how things are is not to be wrong about how things are exactly; it is just poor taste. It puts them in a position which they do not want to be in, and in which they look ridiculous.[434]

Den deskriptiva kritiken – för att använda den något otympliga term som myntades ovan i kapitel 2 – tillhandahåller inga läror, utan är snarare,

[430] Jfr Vattimo, Utöver tolkningen s 21: "Om hermeneutiken vore enbart upptäckten av *det faktum* att det finns olika perspektiv på 'världen' eller på 'varat', så skulle just den uppfattning om sanningen såsom objektiv spegling av sakförhållanden visa sig vara bekräftad [...] som tolkningens filosofi [...] tillbakavisar. Att sedan på ett koherent sätt acceptera att hermeneutiken är en tolkning, och inte en metafysisk beskrivning, skulle i sammanhanget vara likvärdigt med att reducera den till ett smakbetingat val, ja, inte ens till det, därför att det inte heller skulle handla om ett val utan om en [...] registrering av en sinnesstämning som är alldeles oförklarlig (därför att den inte kan deduceras på något sätt) för sig själv och för andra."

[431] Fish, Doing What Comes Naturally s 467: "[B]eing situated not only means that one cannot achieve a distance on one's beliefs, but that one's beliefs do not relax their hold because one 'knows' that they are local and not universal." I denna riktning t ex Høgberg, Kontraktstolkning s 110; Schultz, Kausalitet s 44; Tontti, Right and Prejudice s 29 f – exempel på sentida, nordiska framställningar i vilka det markeras mot konstruktivistiskt realistiska tolkningar av hermeutiken. "*All* förståelse är tolkning" säger Gadamer, och kommenterar förståelsens själva struktur – det har i sig *inga* metodologiska implikationer.

[432] Och då har vi nämnt de kanske viktigaste idéhistoriska källorna till den ifrågavarande insikten. Se härtill t ex Gadamer, Förnuftet i vetenskapens tidsålder s 79.

[433] Heidegger, Brev om humanismen s 5; se också dens, Konstverkets ursprung s 75.

[434] Rorty, Philosophy and the Mirror of Nature s 372.

och som sagt, ett medel mot överdrivna anspråk.[435] Den riktar uppmärksamheten mot förutsättningarna för – till exempel, om det är det som plågar oss – våra försök att förklara vad det är som avtalsrätten egentligen handlar om. Efter Kantianskt mönster sysselsätter sig kritikern med de sätt på vilka vi utformar våra teoretiska anspråk. Kritiken behandlar inte det som vi, främst inom vetenskaperna och filosofin, genom vårt teoretiserande gör till föremål, utan teoretiserandet i sig. I språkkritikens form söker den innebörden i, och villkoren för, detta. Språkkritiken anvisar således ett sätt att förstå och förhålla sig till de teoretiska aspekterna av vårt kulturella liv.

Här gäller det avtalsrätten. Och när vi väl ser till den föreliggande mångfald av konkurrerande, inkompatibla sanningsanspråk som konstituerar den nuvarande avtalsrättsliga diskursen, är det möjligt att vi drabbas av en viss ängslan – att vi kommer att dra oss för att försöka sammanfatta densamma i någon viss formel, enkel eller komplicerad. Om vi då inte längre *vill* lägga fram ännu en avtalsrättslig teori, eller ansluta till någon av de befintliga[436] – och om vi vill det eller inte är i slutänden en personlig fråga – kan språkkritiken betraktas som ett alternativ, försåvitt vi ändå vill bedriva avtalsrätt.[437]

2.2.6.4 Det finns ingenting att förklara

Vad innebär, i så fall, "det språkkritiska alternativet"? I en mening: Att intressera sig för sitt problem, istället för att försöka behärska och betvinga det. Utgångspunkten kan inte vara en eller annan abstrakt, teoretisk vision av avtalsrätten, eller rättsvetenskapen,[438] utan måste tas i det

[435] Wittgenstein, Tractatus 4.112: "Filosofin är ingen lära utan en aktivitet."; jfr Lyotard, The Postmodern Explained s 99 ff.

[436] Jfr Patterson, The Pseudo-Debate over Default Rules in Contract Law s 252: "Something is wrong with contract law; at least that is what contract theorists would have us believe. Contract law, we are told, is in 'crisis'. Legal academics on all sides of the question agree that the way to solve the crisis in contract law is with better theories of contract."

[437] Jfr Peczenik, Legal Doctrine and Legal Theory s 196, som föreslår en "kopernikansk vändning" i förhållandet mellan filosofi och rättsteori – filosofin skall anpassas efter rättsteorin, istället för tvärtom. Också Peczenik följer Kant i det att han reagerar med frustration på modets växlingar.

[438] I Wittgensteins efterföljd kan vi säga att det här gäller att låta teoretiserandet vara – vad Cora Diamond menar med sitt uttryck "the Realistic Spirit"; se Diamond, The Realistic Spirit s 39 ff. Eller som Patterson, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. An Open Letter to Professor James Gordley s 1436, uttrycker det, i polemik

specifika problem som skall behandlas, just så som vi finner det. Problemet får inte återföras till en på förhand given norm, till teleologi, rättsekonomi, moralfilosofi, till politik – inte till någonting som, så att säga, gör oss oförmögna att se det. I juridiken sätter texterna problemen – problemen uppstår i slitningarna och rummen mellan texterna – varför det vi, som jurister, i varje enskilt fall måste försöka se är texten.[439] Och detta att se texten kräver att man blir vid den, istället för att rusa förbi den. Inte nog med att man måste stanna upp, man tvingas också att röra sig bakåt, för varje juridisk text hänvisar med en svepande gest till den summa av texter som utgör den gällande rättens corpus, och bygger mer specifikt på vissa utvalda texter, som föregår den. Juridiska texter förstås endast historiskt.[440]

Ett tänkande som strävar efter en sådan förståelse blir med nödvändighet otidsenligt.[441] Det är inte ett tänkande som är modernt i bemärkel-

---

med Gordley: "I suppose I would want to put it this way: the mistake you make is to think of contract as a 'thing' about which we can have 'right' or 'wrong' theories. Perhaps it is better to think of contract law not as a thing but more akin to an ongoing, self-transforming cultural activity. Two thousand years of philosophy has failed to yield anything like a plausible account of what it would mean to provide a 'correct' account of the 'thing' called contract. Instead of continuing to ask for such an account, we might be better off dropping the question. What do you think?" Jfr H Andersson, Rättens narratologiska dimensioner s 46: "Fråga inte efter den omöjliga startpunkten, utan acceptera att vi är 'inkastade' i världen och språket – och vår maskätna rättsliga existens – som någonting redan pågående."; se också dens, Rätt och fel ... och "fel" på "rätt" sätt, del II.2.1.

[439] Detta är inte ett axiom, utan en iakttagelse – låt vara att den kan tyckas kontraintuitiv för någon som alltför effektivt har internaliserat den realistiska jurisprudensens budskap, och som följdenligt är benägen att upprepa det normativa postulat som kräver att juridiken skall vara "verklighetsförankrad" och som ger rättsvetenskapliga undersökningar som tar avstamp i "verkliga problem" företräde framför "rent dogmatiska" framställningar. Hos Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 73, heter det ju t ex "att det för rättsvetenskapen inte *finns* något annat att beakta, än vad som kan utredas av sociala realiteter". Här är jag emellertid inte intresserad av hur rättsvetenskapen bör bedrivas, utan av hur den faktiskt bedrivs – och ur denna synvinkel sett *är*, i viss mening, texten juristens verklighet (i detta instämmer t om Lundstedt). Se vidare nedan kapitel 8.

[440] Jfr Tontti, Right and Prejudice s 3: "Human sciences deal with unique, singular matters and are operational in the field of historical, concrete (ethical) life, in Hegel's terminology. Consequently only a particularistic and historical approach is acceptable within them."

[441] Termen naturligtvis efter Nietzsche, vars "Otidsenliga betraktelser", från perioden 1873–1876, numera föreligger i svensk översättning – se Nietzsche, Samlade skrifter,

sen framåtsyftande. Det är inte utåtriktat, utan inåtriktat. Ett tänkande inåt och bakåt; en självupptagen juridik. Det är ett tänkande som rekommenderar oss att ge upp försöken att övervinna avtalsrätten, för att lära oss att leva med den avtalsrätt vi faktiskt, redan och ofrånkomligen har.[442] Den lösning på frågan om avtalsrättens väsen som språkkritiken erbjuder är sålunda inte Alexandersk, eller Columbisk, till sin karaktär, utan av ett mildare slag – vi erbjuds möjligheten att låta frågan vara, att, istället för att försöka besvara den, öppna ögonen för att se den praktik, den text, som vi kallar avtalsrätt.[443]

Det första vi bör märka är då, att avtalsrätten inte är *en* sak, som på en gång kan överblickas och omfattas av tanken, utan, som alla språk, ett virrvarr av skillnader, som vanan och tiden ordnat i vissa bestämda mönster.[444] Där finns, till exempel, åtskillnaden mellan subjektivt och objektivt, en relation som gång på gång återkommer, i olika men besläktade sammanhang, och som, i likhet med så många av våra dikotomier, är beskaffad så, att den ena termen normativt sett är överordnad den andra, på samma sätt, nästintill oavsett vad det gäller.[445] (En nybliven

band 2 s 9 ff. Också Wittgenstein fann sig vara otidsenlig. Se Wittgenstein, Filosofiska undersökningar s 8; dens, Särskilda anmärkningar s 14 f och 77. Se härtill t ex Tanesini, Wittgenstein. A Feminist Interpretation s 1 ff, som också drar parallellen till Nietzsche.

[442] Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 15, skrev om sin strävan i filosofin: "[D]it jag verkligen måste komma, där måste jag egentligen redan vara."

[443] Detta analogt den senare Wittgensteins inställning till den "stora frågan" om språkets väsen. Jfr H Andersson, Anm av Schultz, Kausalitet s 473, som inte är övertygad "om värdet av ett monistiskt fundament" för skadeståndsrätten, och som finner det värt att "fundera över alla dessa *våra strävanden efter att ge uttryck åt ett rättsområdes – eller hela rättsordningens – fundamentala ändamål.*"

[444] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 18: "Man kan betrakta vårt språk som en gammal stad: ett virrvarr av gränder och torg, gamla och nya hus, och hus med tillbyggnader från skilda tider;" Se också dens, a a s 7; dens, Särskilda anmärkningar s 26.

[445] Detta spel med *skillnader* ägnas stor uppmärksamhet i den dekonstruktiva filosofin, dvs det inflytelserika tänkande som har sitt upphov i Jaques Derridas grammatologi. Vad gäller brottytan dekonstruktion/rättsvetenskap se först och främst Derrida, Lagens kraft – en skrift som bl a innehåller texten till det föredrag som Derrida i slutet av 80-talet höll vid ett seminarium på Cardozo Law School och som kommit att bli symbolen för CLS postmoderna vändning/upplösning i det postmoderna; se härtill Goodrich, Europe in America: Grammatology, Legal Studies, and the Politics of Transmission, om den amerikanska receptionen av Derridas tänkande och om avståndet mellan Europa och Amerika. Det mest kända dekonstruktiva arbetet på avtalsrättens område är Dalton, An Essay in the Deconstruction of Contract Law Doctrine. Det tidigaste och tydligaste uttrycket för dekonstruktivism i svensk rättsvetenskap är H Andersson, Constructive Deconstruction.

elev i svensk avtalsrätt kunde man instruera så: "Kom ihåg – objektivt är bra, subjektivt är dåligt. Det är en god tumregel.")[446]

I detta virrvarr vandrar vi inte planlöst, utan i jakt på förståelse för de problem som angår oss – och vad vi kommer att finna beror alldeles på problemet. I förevarande text gäller det förhållandet mellan tolkning och utfyllning, och att ta tag i det problemet innebär att sätta sig in i de regler efter vilka denna distinktion förmedlats till oss, att försöka se var, när och hur vi yttrar oss om tolkning och utfyllning, att skapa sig en känsla för vad som vid dessa tillfällen står på spel, att följa hänvisningarna tillbaka till det antydda historiska ursprunget, att därvid registrera hur innebörderna, gradvis eller i kast, förskjutits, och så vidare. Såsom just vår debatt om just tolkning och utfyllning är beskaffad, betyder det till exempel att man måste sysselsätta sig med Lehrbergs texter, med Grönfors texter – som i denna fråga såväl som i andra är antipodiska i förhållande till Lehrbergs – och med Ussings texter, som traditionen utpekar som distinktionens källa. Mellan dessa tre noder uppstår ett mönster – på gränsen mellan det närvarande och det förgångna – som *i sig* anger problemet, i rudimentär form. Frågan om tolkning och utfyllning kan vi med hänsyn härtill formulera så (en möjlig formulering bland många): "Hur skall nutida svensk avtalsrätt förhålla sig till arvet efter Ussing?" Det gäller detta, och mera. Men för att överhuvudtaget se vad det gäller, måste man låta sig sjunka ned i kulturlagren.[447]

[446] Följde man den instruktionen skulle man ofta, men inte alltid, hamna rätt. Man skulle inte avvika från flocken. Till uppdelningen subjektivt/objektivt återkommer framställningen i det följande vid flera tillfällen – emedan den är centralt placerad i det språkliga landskap som omger distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

[447] Anta att man helt enkelt bara postulerade att förhållandet mellan tolkning och utfyllning skall konstrueras på ett sätt som, t ex, minimerar transaktionskostnaderna – jfr R Posner, The Law and Economics of Contract Interpretation s 1584 ff. *Vilken fråga* har man då besvarat? Vad betyder "tolkning" när begreppet här ställs mot "utfyllning"? Vad dessa termer än betyder kan de inte likställas med de termer R Posner, a st, använder – "gap filling" och "disambiguating". Tex heter det hos R Posner, a a s 1586: "Gap filling and disambiguating are both [...] 'interpretive' in the sense that they are efforts to determine how the parties would have resolved the issue that has arisen had they foreseen it when they negotiated their contract." Formuleringen påminner om Windscheids förutsättningslära – se vidare nedan avsnitt 9.3.2.2. – men griper egentligen alls inte in i den debatt som format vår distinktion mellan tolkning och utfyllning.

2.3 Avslutande anmärkningar – några invändningar

Så ser det ut, tills vi skärper vår blick och låter saken själv tala.

Martin Heidegger

På vilket sätt hanterar alltså språkkritiken – nu framställd som en form av bakvänt tänkande – den moderna avtalsrättens teoretiska dilemma, det vill säga det problem som infinner sig när man söker förklara var den nutida avtalsrätten står? För att sammanfatta: Genom att den inte försöker att vara modern, det vill säga, genom att den inte försöker att säga det senaste sena, för att på så sätt fånga den avtalsrättsliga verkligheten i sin för stunden närvarande fakticitet – utan genom att istället acceptera avtalsrättens givna historicitet. Genom att vända blicken mot de konkreta problem som disciplinens texter ställer oss inför, utan att tyngas av frågan om avtalsrättens väsen och öde. Den möjligggör en textbehandling som inte är dogmatisk, i pejorativ mening, emedan den förmår göra de förutsättningar på vilka det avtalsrättsliga samtalet bygger, och de gränser inom vilka det håller sig, synliga. Hos Kant är kritiken tänkt att bereda väg för en icke dogmatisk dogmatik.[448] Här och nu skulle man kanske kunna prata om "självmedveten rättsdogmatik",[449] eller någonting sådant, och det som då avses är för övrigt på inga sätt unikt, utan någonting som på sin höjd kan betraktas som en renodling av ett drag som alltid har präglat den vetenskapliga juridiken, och som naturligtvis också återfinns i den samtida nordiska rättsvetenskapliga debatten.[450]

[448] Se särskilt Kant, Kritik av det rena förnuftet s 74 f och 95.

[449] Jag finner termen "rättsdogmatik" både historiskt korrekt och träffande, som beteckning på den rättsvetenskapliga kärnverksamheten, och har alltså, i likhet med Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 4, ingenting att invända mot den. Juridik är väsentligen teologi, och tvärtom; jfr Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 330 ff, om den juridiska hermeneutikens exemplariska betydelse. Se vidare nedan avsnitt 5.3.5 och 8.4. Motsatt retorisk stans hos t ex Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?; Westerlund, Miljörättsvetenskap – med nödvändighet interaktiv, särskilt s 202.

[450] Jfr Sandgren, En social civilrätt? I s 479, som talar om en "'odogmatisk rättsdogmatik' av det slag som redan utmärker en stor del av dagens rättsvetenskap, t ex i form av en tämligen obunden rättspolitisk argumentering". Detta är *inte* vad jag här har i åtanke. Jag har för egen del svårt att tänka mig någonting som är mer dogmatiskt än den moderna förmögenhetsrättens okritiska svärmande för "fri", "öppen", "obunden" och "rättspolitisk" argumentation.

Såsom vetenskapsbegreppet är beskaffat är det ju överhuvudtaget inte möjligt att vara vetenskaplig utan att tänka kritiskt, eller åtminstone inte utan att bekänna sig till det kritiska tänkandet.[451]

Den givna invändningen – formulerad från det härskande rättsvetenskapliga paradigmets horisont – mot en hållning som är så pass strängt kritisk som den här skisserade, är väl denna: "Ett kritiskt rättsvetenskapligt program som är så neurotiskt i sin självkritik, att det inte tillåter någon positivt formulerad rättskritik, förfelar sitt syfte, och är farligt, emedan det inte kan undgå att bekräfta rådande ideologier. Den objektivitet som en sådan kritik gör anspråk på är därmed också bevisligen illusorisk. Det finns ingen neutral mark utifrån vilken 'diskursen' kan granskas. Även 'språkkritiken' är, för att ta ett talande exempel, uppenbarligen en effekt av sin tid och det akademiska modet. Har inte framställningen fram till denna punkt gått ut på att visa just detta – att den idéhistoriska utvecklingen nu nått fram till språkkritiken, så att författaren liksom Hegel lägligt kan konstatera att han skriver i just det ögonblick då förnuftet slutligen och helt och fullt lyckats fullborda sig självt?"[452]

[451] Jfr Pavlich, Experiencing Critique s 96: "Who would deny the continued significance of critique in contemporary academic discourses? Images of 'critical thinking', 'critique' and 'criticism' have become indispensable to the very production of 'true' statements. Where once divine revelation served to disclose truth, criticism nowadays is the foremost equivalent contender to the task. [...] Critique and criticism are [...] elemental to contexts claiming scholarly mandate." På ett retoriskt plan kan det tyckas självklart att vetenskapen inte tar någonting för givet (att vara vetenskaplig skall vara motsatsen till att styras av fördomar). Reellt sett förutsätter emellertid all vetenskap dogmer. I Kuhns modell av de vetenskapliga revolutionernas struktur inträder det normalvetenskapliga skedet när paradigmet ligger fast. Hos Gadamer bygger all förståelse i viss mening på fördomar (Vorurteile). Wittgenstein påpekar ofta att även rättfärdigandets spel har en grammatik (dvs gränser). Det kommer till en punkt vid vilken vi helt enkelt inrättar oss, därför att det är så vi lever (och det gäller även inom vetenskapen). Se exempelvis Wittgenstein, Filosofiska undersökningar §§ 217, 219, 325–326 och 477–485; dens, Om visshet §§ 163–164, 191–192 och 204; dens, Zettel §§ 229–230 och 314–315.

[452] Denna kritik av Hegel har givits sin numera mest kända formulering av Popper, The Open Society and Its Enemies, vol II s 27 ff, särskilt s 46 ff. Poppers läsning av Hegel – som Ross, Om ret og retfærdighed s 333 n 7 å det varmaste rekommenderade – har, på goda grunder, ofta kritiserats i den efterföljande debatten, övertygande t ex av Kaufmann, From Shakespeare to Existentialism s 88 ff. Jfr också Russell, Västerlandets filosofi s 619 ff.

Denna invändning, just den som "det sunda förnuftet" har i beredskap för varje deskriptivt-kritiskt projekt,[453] bygger, måste jag naturligtvis hävda, på ett missförstånd. I all korthet: Hegel hade antagligen rätt. Om det stämmer att "sanningen är en händelse" måste de händelser som i sin tur leder fram till denna, det vill säga historien, i varje enskilt fall kunna underkastas en evolutionär narrativ princip. Och därmed menas ingenting annat än att vi har för vana att rättfärdiga våra sanningar historiskt – vilket sett för sig är ett helt trivialt konstaterande. Så uttrycker vi oss: "*Nu* har det blivit dags att säga *detta*." Min egen text utgör uppenbarligen inget undantag, och jag vill inte ge sken av att så är fallet. Tvärtom. För det språng ut ur det moderna avtalsrättsliga tänkandet som språkkritiken vill göra möjligt, blir möjligt just därigenom att kritikern förlikar sig med sin av traditionen bestämda avtalsrättsliga identitet. Språkkritik förutsätter insikten att traditionen inte låter sig bemästras eller grundläggas. Därmed har, vidare, språkkritikern inte reducerat sig till en viljelös effekt av sitt språk – den tanken synes förutsätta att "språket" är ett avslutat någonting, vars innebörder ligger fast (en tämligen märklig ontologi).[454] Språkkritiken är inte repressiv, utan emancipatorisk. Som moderna rättsvetare är vi alla slavar under den normativa kritikens agenda: Vi är underkastade kravet att tänka nytt, och såtillvida *mot* rätten/traditionen. Men i realiteten – så ter sig saken i det språkkritiska

[453] Så har man försökt hantera Kants, Foucaults, Gadamers ... ja, också Wittgensteins tänkande. Exempel från den nordiska rättsvetenskapliga diskursen: Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 23 (om Gadamer); Tuori, Critical Legal Positivism s 305 ff (om Foucault); Votinius, Varandra som vänner och fiender s 37 ff och 213 (om Wittgenstein).

[454] Jfr Cornell, Taking Hegel Seriously s 141: "To think that we are completely enclosed in our own historical horizon, is to reintroduce the conception of the form of life, language game, etc as a self-identical form with determinate boundaries; it is precisely this conception of the self-presence of form that Wittgenstein challenged." En naturlig pendang till detta missförstånd är det som gör språkkritiken till en form av *relativism*. Relativismen är emellertid, till skillnad från språkkritiken, i sig en teori – en självmotsägande sådan. Enligt Spaak, Relativism i juridiken s 362, hävdar relativister "(i) att en utsaga, X, kan vara sann, giltig, välgrundad, osv endast i förhållande till en viss utgångspunkt och (ii) att ingen sådan utgångspunkt är sannare, giltigare, mera välgrundad osv än någon annan utgångspunkt". Någonting sådant hävdar jag förvisso inte. Se härtill t ex Feyerabend, Against Method s 268 ff; Fish, Doing What Comes Naturally s 29 f; dens, Is There a Text in This Class? s 303 ff; Patterson, From Postmodernism to Law and Truth s 54 ff och 64; dens, Law and Truth s 163; Putnam, Ethics without Ontology s 109 ff; Rorty, Solidarity or objectivity s 23 f; Stenlund, Filosofiska uppsatser s 132 ff.

perspektivet – är det endast genom att ifrågasätta denna agenda som det verkligen blir möjligt att tänka nytt, eller (snarare) *vidare*.[455]

En parentes: Så som vårt språk är inrättat finns det en överhängande risk för att man här kommer att inveckla sig i en viss, populär, *filosofisk* svårighet.[456] Det kan nämligen falla en in, att man för att kunna beskriva sitt språk, istället för att normera det, på något sätt måste kunna se det utifrån, och det är svårt att föreställa sig hur det skulle gå till. En rent deskriptiv språkkritik skulle alltså vara en omöjlighet.[457] Guds perspektiv är inte tillgängligt för oss, eller hur man nu väljer att uttrycka det.[458] Jag tror emellertid inte att man behöver ta allt för starkt intryck av detta resonemang, inte i förevarande sammanhang. Åtskillnaden mellan deskriptiv och normativ kritik handlar åtminstone för min del inte om huruvida det i kritiken är möjligt att på något sätt gå utanför sig själv, och utanför världen – det är, som sagt, en filosofisk fråga.[459] Nej, distinktionen tar sikte på *sättet* för kritikens bedrivande. Vad jag menar med "deskriptiv kritik" visar sig i min argumentation och blir endast

[455] Jfr Heidegger, Identitet och differens s 27: "[Traditionen] råder när den befriar oss ur eftertanken [kalkylerandet] in i ett föregripande tänkande, som inte längre är ett planerande. Först när vi på ett tänkande sätt vänder oss till det redan tänkta, kommer vi att tas i bruk av det som återstår att tänka." Se härtill Vattimo, The End of Modernity – en framställning som lägger ut texten kring Heideggers uppfattning om moderniteten.

[456] Se härtill Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 14.

[457] Jfr Tuori, Critical Legal Positivism s 305: "Now it can be questioned whether 'pure' unmasking criticism is in general possible." En variant av den generella frågan om kulturkritikens möjlighet. Med en formulering från White, Is Cultural Criticism Possible? s 1377, gäller denna "[h]ow we can have confidence in our capacity to judge the culture we inhabit."

[458] För prov på alternativa formuleringar av denna allmänt omhuldade förnuftskritiska grundsats (från i vetenskapsteoretiska sammanhang kanoniska texter) se Feyerabend, Against Method s 225; Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s 206; Quine, Word and Object s 275. Jfr Putnam, The Collapse of the Fact/Value Dichotomy. Hos Tuori, Critical Legal Positivism s 306, heter det: "There is no ahistorical Archimedean point of view, to which a normative critic could elevate herself. All criticism is criticism from within a certain culture and forced to rely on the normative standards inherent in this culture." Jfr Fish, Doing What Comes Naturally s 436 ff, som reser, den i mitt tycke befogade, frågan utifrån vilken ståndpunkt ifrågavarande "insikt" egentligen kan formuleras. Vad betyder, m a o, uttrycket "normativ" om alla omdömen är normativa, och vilken grund kan vi rimligen ha för det påståendet?

[459] En fråga som har begåvats med förmågan att besvara sig själv, och som därför inte är särdeles meningsfull.

fullt begripligt därigenom.[460] Ordet "deskriptiv" betecknar helt enkelt det som är utmärkande för min rättsvetenskapliga stil – och man skulle, tror jag, kunna peka på bestämda likheter mellan denna och till exempel Wittgensteins sätt att skriva, vilket naturligtvis inte vill säga att jag på något annat sätt jämför mig med Wittgenstein (många skulle mena att bara detta är nog).[461]

I praxis bevisar den deskriptiva kritiken sin egen möjlighet.[462]

[460] För att parafrasera Heidegger, Till tänkandets sak s 8: En liten vink för läsandet skall här ges. Det gäller inte att ta till sig en räcka utsagesatser, utan att följa visandets gång.

[461] "Den Wittgensteinska metoden vågar väl knappast någon söka efterlikna", skrev en gång Hellner, Några anteckningar om juridik och filosofi s 6. (Nu är det väl inte riktigt det som jag gör. Och det vore missriktat att *försöka* skriva som Wittgenstein. Är det någonting han kräver så är det självständighet.) Jfr den lista med stilistiskt-metodologiska särdrag som presenteras nedan i avsnitt 3.4. "Vad skall en jurist med filosofi till?" Relationen mellan disciplinerna behöver inte alls grundas abstrakt – t ex genom den befängda tankegång som gör filosofin till *alla* vetenskapers drottning: "Inom denna vetenskap ägnar vi oss åt x. Vad är x? Det är ju en filosofisk fråga! Vi måste gå till filosofin för att få ordning på vårt x-begrepp" – för den kan också tänkas helt konkret. Man kan således vara Kantiansk som jurist i det att man i någon utsträckning *gör* som Kant (Vad är det Kant gör? Vad kännetecknar hans metod?) – och det kräver på inga sätt att man bygger sin juridik på Kants pliktetik, eller rättsfilosofi, eller något annat. Och det är mycket främmande för andan i Foucaults texter att "bygga" juridik på dem, precis om det är mycket främmande för andan i Wittgensteins texter att bygga någonting, vadsomhelst, på någonting som man tror sig ha funnit i dem. Se härtill t ex Tanesini, Wittgenstein. A Feminist Interpretation s 31 ff. Utmärkande för de texter som formar den deskriptiva kritikens kanon – så som jag här konstruerar denna kategori – är att de inte tillåter att man bygger någonting på dem (i viss mening). Jfr Wennström, Bör den allmänna rättsläran omorienteras? s 49 n 99.

[462] Ja, det är möjligt att bedriva kulturkritik: Titta! Och det är naturligtvis inte ett bevis i sträng mening, utan ett sätt att avfärda problemet. N B: Jag sällar mig på inga villkor till dem som tror att en praktisk demonstration, eller en rak hänvisning till något empiriskt fenomen, kan slita en filosofisk tvist: Någon knackar i skrivbordet i akt och mening att avgöra konflikten mellan realister och idealister – se härtill Wittgenstein, Zettel §§ 413–14.

3 Språkkritikens mål och medel – teknikens särart

> So long as criticism had the traditional function of judging, it could not but be conformist, that is to say in conformity with the interests of the judges. However, the true 'criticism' of institutions and languages does not consist in judging them, but in *perceiving*, in *separating*, in *dividing*.
>
> *Roland Barthes*

3.1 Inledning – om enhet och mångfald i avtalsrättsvetenskapen

3.1.1 Rekapitulation

Låt mig rekapitulera resonemanget fram till denna punkt. Avstampet för framställningen i denna avhandling togs, som traditionen bjuder, i den fråga som undersökningen skall besvara, och frågan sades gälla förhållandet mellan tolkning och utfyllning i förmögenhetsrätten. Detta var i det första kapitlets första avsnitt. Istället för att i detalj precisera frågeställningen lämnade jag dock denna öppen, i betydande utsträckning, och jag påstod att detta var påkallat av metodologiska skäl. "Vad?" kan inte skiljas från "Hur?" – varför varje reflekterande hantering av en väsensfråga måste övergå i metodologiska ställningstaganden. Avhandlingens metod beskrevs, i huvuddelen av kapitel 1, som en form av deskriptiv kritik – den normativa kritikens postulerade motsats – och gavs beteckningen "språkkritik". Vad vi sedan denna introduktion av språkkritikens begrepp sysselsatt oss med, är någonting som skulle kunna kallas "den moderna avtalsrättens problem". Kapitel 2 ägnades uteslutande åt detta. Det primära syftet med framställningen i denna del var att anhängiggöra det språkkritiska ärendet – få detta ärende att framstå som angeläget – i den avtalsrättsliga debatten, som ju är det fält inom vilket frågan om

tolkningens förhållande till utfyllningen måste hanteras, såvitt det är förståelse som eftersträvas. Här var det övergripande argumentet, att det har blivit möjligt att betrakta den moderna avtalsrätten som en mytologisk struktur som, när den insikten väl drabbat en, det inte är konsekvent att bekräfta och upprätthålla. Inte därför att det rör sig om en myt, utan snarare därför att berättelsen är alltför dålig givet underlaget. Språkkritiken framställdes som ett alternativ, som i det uppkomna läget – efter den moderna avtalsrätten – erbjuder den självrannsakande avtalsrättaren en väg ut, eller framåt.[463] Utöver att sålunda *motivera* det språkkritiska angreppssättet *illustrerade* texten i kapitel 2 detsamma. Kapitlet utgör i sig en komplett språkkritisk undersökning, i vilken ett specifikt problem – det som anges av frågan "Är den moderna avtalsrätten modern?" – behandlas genom att uppmärksamheten riktas mot de konkreta språkliga sammanhang som ger de inblandade begreppen deras innebörder. Den belysta kontexten tillhandahåller också en fond åt de kommande undersökningarna. Som vi skall se kan distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte förstås utan att hänsyn tas till den roll denna distinktion spelar i artikulerandet av den moderna avtalsrätten.

3.1.2 Vad som får sägas – och vad som kan sägas

Så långt resonemanget hitintills. Nu, i förevarande kapitel, har jag för avsikt att tematisera *det avvikande* i det förhållningssätt som texten nått fram till. I detta kapitel lyfter undersökningen fram det som särskiljer och utmärker det språkkritiska perspektivet – det som gör detta främmande. För språkkritiken *är* främmande. Dess grammatik avviker från den i det nordiska avtalsrättsliga sammanhanget etablerade. Det skall man inte missta sig på och det har jag inte för avsikt att hymla med. Istället för att dölja teknikens särart vill jag försöka skapa ett mått av förståelse och acceptans för densamma. Det blir syftet i det närmast följande.

[463] Det är mycket en fråga om temperament snarare än om logik. Man kan också, som Wilhelmsson, hålla fast vid bilden av den moderna avtalsrätten i fullt medvetande om att det rör sig om en i viss mening alltför enkel bild *därför att man vill konsekvenserna*, så att säga för den goda sakens skull. Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 16, har förklarat att han, i det av den postmoderne etikern Zygmunt Bauman uppställda valet mellan likgiltighet och solidaritet, föredrar det senare alternativet. I likhet med H Andersson, Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början s 28 f, väljer jag, om Baumans etikettering tillfälligtvis måste accepteras, likgiltigheten.

Jag presumerar att det främsta hindret för läsförståelsen utgörs av – den särskilt i svensk rättsvetenskap grasserande – myten om rättsvetenskapens enhetlighet och ateoretiska karaktär.[464] Sedan inriktar jag mig på att för stunden och med avseende på mitt specifika forskningsobjekt störa ut denna myt. Rubba den kan jag inte, och det vore också en märklig sak att föresätta sig – vår mytbildning är nedlagd i vårt juridiska språk och det finns förvisso ingen anledning att beklaga sig över språkets beskaffenhet. Rättsvetenskapen är ett enhetligt fält – visst, särskilt på den mytiska retorikens abstrakta plan, men det hindrar inte att det är möjligt, också om vi begränsar oss till det senaste hundra årens svenska avtalsrätt, att visa på djupgående skillnader mellan olika faktiskt föreliggande rättsvetenskapliga framställningar, praktiska såväl som teoretiska.

Det är en sak att in abstracto diskutera vad rättsvetenskap är, det är en annan sak att faktiskt se efter. "Skillnad" och "likhet" är inga absoluta begrepp. "Rättsvetenskapen är enhetlig" – sett för sig betyder det strängt taget ingenting, men, som vi kanske bör påminna oss, det gör inte heller påståendet att rättsvetenskapen är mångfacetterad.

Se texten ... och det blir svårt att generalisera – med avseende på de grundläggande kategorier som vi använder för att beskriva vår vetenskaps utveckling är det en lärdom som vi kunde dra av framställningen i föregående kapitel, där det bland annat gjordes gällande att den föreställning om "det materiella", som vi associerar med den moderna avtalsrättens framväxt, måste nyanseras om vi skall kunna göra rättvisa åt skillna-

[464] I civilrätten är denna myt grundläggande. Den bekräftas av alla – säkerligen också av mig. Jfr Hellner, Rättsvetenskaplig metod s 480: "Rättsdogmatiken betraktas som den egentliga rättsvetenskapen." A H Persson, Förbehållsklausuler s 48 f, uttalar: "Eftersom min avhandling inte på något sätt syftar till att skilja sig från andra rättsvetenskapliga forskares arbeten, kommer rättsdogmatisk metod att användas för att beskriva och analysera förbehållsklausulerna enligt gällande rätt." I detta ligger tillsynes en extrem monism, som på ett direkt sätt manifesterar enhetlighetsmyten; jfr Sandgren, Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006 s 454. Men även den mest uttalade pluralism kan bygga – och bygger också regelmässigt – på föreställningen att rättsvetenskapen på något sätt egentligen är enhetlig och ateoretisk. Hos t ex H Andersson blir pluralismen en öppning mot någonting *annat* – såsom narratologi. Därmed etableras en bipolaritet – mellan den ateoreitska juridiken och det teoretiska andra. Det andra skall man vidare inte förlora sig i, utan behärska och transformera – "översätta" – till juridik. Juridiken är materian, det mest konkreta, och "teorin" kan endast användas genom att materialiseras på juridikens konkreta nivå. Pluralisten blir en försiktig exkursionist, som utgår från, och hela tiden håller sig nära, den juridiska basen. Kanske kan det räcka att öppna ett fönster; jfr H Andersson, Rättens narratologiska dimensioner s 11.

den mellan Thomas Wilhelmssons och Kurt Grönfors författarskap.[465] Men diskussionen om avtalsrättens öde och utveckling kan inte skiljas ut från det konkreta materiellrättsliga samtalet. Vi har inte ett samtal om de stora frågorna och ett annat om de små. Vad som ovan – i avsnitt 2.2.3 – sagts om *avtalslagens stora generalklausul* borde göra detta uppenbart. *Förutsättningslärans* historia – som vi skall bekanta oss närmare med nedan i avsnitt 9.3 – illustrerar väl hur de konkreta rättsfrågorna kan förses med ideologiska konnotationer. Och *tolkningsbegreppet* – som hela denna avhandling är ägnad studiet av – framträder, för den som söker skillnaderna, som en tummelplats för motstridiga rättsideologiska uppfattningar.

Distinktionen mellan tolkning och utfyllning utgör naturligtvis inget undantag. Försåvitt vi betraktar denna gränsdragningsfråga som en fråga om gällande rätts innehåll är vi emellertid predisponerade att vara blinda för distinktionens ideologiska dimension. "Ideologisk" betyder här bland annat *stridig*, men ur den gällande rättens synvinkel är stridigheter någonting som inte finns – de är entia non grata. Stridigheter föregår varje avgörande av vad som är gällande rätt, men *i* den gällande rätten finns inga kontradiktioner. Där hänger allting samman. Och detta menar jag som en trivialt sann anmärkning om den juridiska utsagans form. När vi väl uttalar oss om gällande rätt säger vi "Så här är det!", och hänvisar till rättskällorna som om de bekräftade vårt påstående. Detta grammatiska faktum verkar utslätande.[466] Påstår vi någonting om distinktionen mellan tolkning och utfyllning – att den finns, att den är viktig, att den är oskarp, att dess betydelse har överskattats eller vadsomhelst – så slätar vi ut alla föreliggande skillnader mellan de texter som vi genom vårt påstående direkt eller indirekt åberopar. Alla de texter som åkallas sammanförs och sammanjämkas i det Nu som per definition är den gällande rättens tempus.[467] Diskursens historiska fakticitet ersätts

[465] Notera att denna "lärdom", när den som här presenteras kortfattat och ryckt ur sitt sammanhang, kan verka fullkomligt banal. *Naturligtvis* finns det skillnader mellan dessa författare. Det är alltid möjligt att visa på skillnader mellan givna texter. Att det finns skillnader kan alltså aldrig i sig vara poängen.

[466] Se vidare nedan i och vid n 581.

[467] Återigen: Det är någonting konkret och helt trivialt som avses. Ett godtyckligt valt exempel: "Vid strikt ansvar skall [adekvans-]bedömningen förläggas till tidpunkten för avtalsslutet" skriver Radetzki, Orsak och skada s 44 och hänvisar till sammanlagt elva verk, det äldsta utgivet 1919, det senaste 1996; jfr Hellner, Rättsvetenskaplig metod s 484 samt ovan vid n 412.

med rättssystemets normativa dito. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning blir *en* sak. I linje härmed, kan jag nu säga, möts varje framställning om tolkningens och utfyllningens problematik av en förväntan om normalitet. Uttalanden i ämnet skall utan motstånd kunna inordnas i ett och samma doktrinära sammanhang. Denna förväntning måste en språkkritisk analys av frågan svika – och texten i förevarande kapitel behandlar detta svek, till förebyggande av varje trauma.

3.1.3 Om vad som närmast följer

I det följande riktas först uppmärksamheten mot en specifik inkarnation av det vetenskapliga, avtalsrättsliga samtalet om tolkningsfrågorna, nämligen mot den tolkningsdiskurs som Lennart Vahlén upprättade i början på sextiotalet. Därigenom söker jag bibringa läsaren en känsla för vad man kunde kalla "ögonblickets särart". Varje stycke avtalsrättsvetenskap har sin egen särart. Söker man i det enskilda fallet närma sig denna särart, skall man vidare finna att denna ofrånkomligen är ideologisk, metodologisk och teoretisk. Det finns ett av tiden betingat djup också i Vahléns uttalanden om tolkning, även om vi kanske hade glömt det, hjälpta av vår slentrianmässiga texthantering. Genom att med handgriplig exeges antyda detta djup hoppas jag kunna bryta illusionen av enhetlighet. När Vahlén talar om tolkning är det förvisso en sak för sig. Och den som vill förstå sig på distinktionen mellan tolkning och utfyllning bör intressera sig för denna sak. I svensk juridik är ju Vahlén alltjämt den främsta auktoriteten på området.

Detta vill egentligen säga att mitt studieobjekt – distinktionen mellan tolkning och utfyllning – endast kan förstås teoretiskt, eller "ideologiskt". Efter att ha presenterat den specifika Vahlénska ideologin för läsaren vill jag bestämma min egen ideologis särart genom att använda Vahlén som kontrapunkt. Jag ställer hans framåtblickande positivism mot min egen tillbakablickande, introspektiva kritik och beskriver min teknik genom att vända på Vahléns. Vahlén ville nå bortom den doktrinära debattens svepande generaliseringar om tolkningsförfarandets natur. Jag framhåller, att det är den doktrinära debatten, och ingenting annat, som givit de kategorier i vilka vi diskuterar tolkningsfrågorna deras innehåll – och till dessa kategorier hör också distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Det finns ingenting att förstå utanför texten.

"Det finns ingenting att förstå utanför texten" – det låter bakvänt givet de meningsvillkor som gäller i den svenska förmögenhetsrättsliga

diskursens breda huvudfåra.[468] Ur realistisk synvinkel sett ligger ju det enda som i slutänden egentligen betyder någonting utanför texten, nämligen verkligheten: omsättningslivet, de sociala realiteter som förmögenhetsrätten faktiskt handlar om. Jämförelsen med Vahlén leder således fram till ett sätt att framställa språkkritikens poäng som framhäver dess relativa underlighet. Språkkritiken nyttjar ett annat språk. Bedömt utifrån den realistiska ideologins normer framstår detta språk som en form av jargong. Det är pladdrigt, emedan det inte rör vid sakerna själva. Men hur skulle det annars kunna vara kritikens medium – om det tvunget måste bekräfta den ontologi som det normala språkbruket uttrycker? Detta kapitel avslutas med en punktvis uppräkning av några av den språkkritiska teknikens utmärkande kännetecken, upprättad i ett försök att balansera mellan kritik och kommunikation. Man kan inte vara radikalt kritisk innanför språkgemenskapen, men man kan inte göra sig förstådd om man ställer sig utanför den. För att hantera detta dilemma kan kritikern försöka göra sin egen språklära explicit och begriplig. Jag gör upp en lista: "Jag talar och skriver så här: 1)... 2)..." Känner läsaren igen min text i denna lista fungerar den som sammanfattning och avrundning av denna första del av avhandlingens resonemang.

3.2 En referenspunkt – Vahléns teknik, Vahléns ambitioner

Syftet med Lennart Vahléns behandling av tolkningsproblemen – främst i "Avtal och tolkning", den inflytelserika avhandlingen från 1960, och i uppsatsen "Bidrag till avtalstolkningens systematik" från 1964[469] – var att komma till rätta med tolkningslärans, i Vahléns tycke otillfredsställande, löslighet. Han ansåg "[t]iden [vara] mogen för en mer konkret diskussion av hithörande frågeställningar"[470] – och nu befinner vi oss alltså i det tidiga sextiotalet. Som Vahlén konstruerade historien var

[468] Och det är en parafras på Gadamers sentens: "Sein, das verstanden werden kann, ist Sprache."; se Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 478. Jfr Ekelöfs attityd till hermeneutiken i allmänhet och Gadamer i synnerhet; se nedan avsnitt 10.6.

[469] JFT 1964 s 380 ff. Vahléns ingång till tolkningsproblematiken torde ha varit den analys av formkravets betydelse vid fastighetsköp, med avseende på bestämningen av avtalsinnehållet, som han genomförde som ett led i undersökningarna i sin doktorsavhandling från 1951 – "Formkravet vid fastighetsköp".

[470] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 381.

rättsområdet underutvecklat. I doktrinen hade man ännu ej "*hunnit fram* [min kurs] till annat än att uppställa vissa allmänna riktlinjer för tolkningen"[471] och framför sig hade rättsvetenskapen ett systematiserande och preciserande arbete.[472] Det var dags, verkar Vahlén vilja ha sagt, att göra vetenskap av tolkningsläran.[473]

Vilken form av tänkande, vilken anda, är det som talar genom Vahlén, när han finner sig stå vid denna brytpunkt i ämnets utveckling – ett ögonblick i vilket det skall ha blivit möjligt att lämna tolkningslärans förvetenskapliga stadium bakom sig? Det är inte alldeles enkelt att föreställa sig svaret på den frågan. Inte för oss. Även om rättsvetenskapens uppgift, såvitt avtalstolkningsfrågorna angår, enligt den allmänna uppfattningen alltjämt är att positivt lösa tolkningslärans problem, det vill säga att formulera en tillräckligt tydlig tolkningslära,[474] så uttrycker sig senare tiders författare mera försiktigt och mindre optimistiskt. Och det är nog så, att ännu ett knappt halvsekel efter det att Vahlén konstaterade, att det slutligen blivit dags att konkretisera tolkningsläran, så framstår denna som lika mystisk som någonsin.[475] Rättsvetenskapen gör här på stället marsch.[476] Vad som finns av *hänförelse* i Vahléns inställning till uppgiften har vi svårt att ta till oss – för vi vet, så att säga, hur det gick. Det är som om vår avtalsrätt vore äldre, mindre ungdomlig, än Vahléns.

[471] Vahlén, a a s 380.

[472] Vahlén, a a s 380 f.

[473] Vahlén, a a s 384, konstaterade att "rättsvetenskapen icke hunnit så långt inom avtalsrätten." Det är, på sitt sätt, ett anmärkningsvärt påstående.

[474] För sentida exempel se Lehrberg, Avtalstolkning; J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder; O Svensson, Tolkning och bristande finhet. Høgberg, Kontraktstolkning, undviker, med sina nedtonade anspråk, problemet.

[475] Till jämförelse: När Regelsberger, Pandekten. Band I s 140 n *, mot artonhundratalets slut förklarar att: "[e]s giebt wenige Kapitel in der Rechtslehre, wo die Theorie so weit hinter der Praxis, das Wissen hinter dem Können zurückbleibt als in der Auslegung", så är det inte i syfte att uppmärksamma, att här finns ett av rättsvetenskapen försummat område, som det är hög tid att ta sig an på allvar, utan för att dämpa läsarens förväntningar på tolkningsläran. Tolkning, påpekar Regelsberger, a st, är som språket: "viele Menschen sprechen richtig, ohne sich der Sprachgesetze bewußt zu sein." Tolkningsläran måste vidare, enligt Regelberger, a a s 145, vara ofullständig, i och med att den inte kan annat än ge en förenklad bild av tolkningsförfarandet, och den kan undvaras, även om den har ett pedagogiskt värde.

[476] Karl Larenz inledde sin "Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfts" (1930) med konstaterandet: "Die Lehre von der Auslegung des Rechtsgeschäftes ist bis heute zu keinem Abschluß gelangt..." Påståendet står sig än (och i detta hänseende skiljer sig inte den nordiska rätten från den tyska).

Men egentligen handlar det väl om att vi helt enkelt tappat förmågan att känna den scientistiska entusiasm, den tro på (rätts)vetenskapens möjligheter, som var kännetecknande för Vahléns tid.[477] Ser vi till avtalsrättens hela historia är ju avståndet mellan oss och Vahlén försumbart.

Den "scientistiska entusiasm" som det här rör sig om förknippar vi numera vanemässigt, och i första hand, med den så kallade *logiska positivismen*.[478] Vahlén förklarade att framställningen i "Avtal och tolkning" hade inspirerats bland annat av den deskriptiva metod som Alf Ross hade lagt fram i "Om ret og retfærdighed". Och Ross kan vi peka ut som den logiska positivismens främste företrädare i nordisk juridisk doktrin vid förra seklets mitt.[479] Vahlén sade sig inte vilja gå riktigt lika långt som Ross, men han ville mot det i doktrinen gängse sättet att resonera på tolkningslärans område, som enligt hans uppfattning var alltför allmänt

[477] Jfr t ex Blandhol, Juridisk ideologi s 114 ff; Frängsmyr, Svensk idéhistoria. Del 2 s 317 ff. Ett annat uttryck för tidsandan, förhållandevis slumpmässigt valt – 1953 skriver Fr Vinding Kruse, Erkendelseteori og retsvidenskab s 144: "[H]vis min opfattelse af samfundsvidenskabens metode er rigtig, kan al 'naturret' og al 'retspolitik' fremtidig forsvinde sammen med den ældre metafysiske etik og retsfilosofi og, som jeg har søgt at vise, erstattes af en retsvidenskab, der ligesom de anvendte naturvidenskaber er ligeså videnskabelig som de beskrivende natur- og samfundsvidenskaber, idet den overalt bygger sine resultater på de praktiske erfaringers realiteter, efter en fast og konsekvent metode, den [...] eksperimentale forskningsmetode." Detta uttalande synes i detalj bekräfta den diagnos som i andra världskrigets efterdyningar ställdes av Max Horkheimer – se särskilt Horkheimer, Eclipse of Reason s 40 – bara för att uppmärksamma en inflytelserik kritiker av det instrumentella förnuftet.

[478] Enligt Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 5, var den logiska positivismen en "allmän filosofisk väckelserörelse" som under mottot "Avskaffa metafysiken!" växte fram under 1920- och 1930-talen. Jareborg, a a s 5, karakteriserar rörelsens budskap så: "Meningsfullt och vetenskapligt är endast det som kan verifieras eller falsifieras; vetenskap gäller fakta; vetenskap är värderingsfri; vetenskap måste bedrivas med naturvetenskapernas metod (som identifieras med den hypotetiskt-deduktiva metoden); värden är inte fakta; värdeutsagor är känslouttryck och kan därför inte vara sanna eller osanna." Se härtill t ex Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 39 ff; Wedberg, Filosofins historia. Från Bolzano till Wittgenstein s 210 ff; von Wright, Logik, filosofi och språk s 144 ff.

[479] Vilket inte betyder att vi kan förstå Ross genom att reducera honom till en logisk positivist. Särskilt Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 197 ff, har markerat mot sådana reduktiva läsningar av Ross. Om Ross och den logiska positivismen se även t ex Blandhol, Juridisk ideologi s 40 ff; Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 54 ff. I sammanhanget kan anmärkas att Björn Ahlander i sin "Är juridiken en vetenskap?", som publiceras 1950, umgås med ett vetenskapsbegrepp som är influerat av Carnap, och ansluter till diskussionen kring verifikationismen. Se Ahlander, a a s 26 ff; se också dens, Om rätt och

och normativt, ställa en i viss mening ren deskription av tolkningsfrågornas behandling i domstol.[480] Skall rättsvetenskapen kunna göra några egentliga framsteg vad avser tolkningsproblematiken, är det, upplevde Vahlén, en förutsättning att man besinnar sig över den faktiska basen för sina uttalanden, det vill säga domstolarnas praxis. Av den anledningen dröjer framställningen i "Avtal och tolkning" vid enskildheterna. Vahlén frossar i det partikulära och försmår det generella. Istället för korta referat, infogade i en viss systematik, ställs läsaren inför utförliga utläggningar, inriktade på detaljer i domskälen, som paras med upprepade försäkringar om att enhetliga och allmänna regler inte kan göra tolkningsspörsmålen rättvisa.[481]

På vilket sätt går alltså Ross igen i Vahléns framställning? Hur bekräftar texten den logiska positivismens mytologi? Vahlén skriver som efter ett uppvaknande. Inte sömndrucket, utan – i likhet med alla de som trodde att det var möjligt att en gång för alla undkomma metafysiken[482] – som någon som väckts ur en lång slummer och som plötsligt inser att den verklighet han känner varit drömd.[483] För första gången ser han världen som den är, och ges så en möjlighet att handla rationellt, det vill säga vetenskapligt. Uppenbarligen måste han börja från början, från grunden, och han accepterar att framstegen måste komma efterhand.[484] Samtidigt är det givet att framstegen kommer, för nu kan vi gå strikt vetenskapligt tillväga: Genom att förkasta de normativa tolkningsläror som man hitintills laborerat med, och genom deskription av domstolarnas faktiska beteende skapa underlag för en systematik som det är möjligt

---

rättstillämpning s 110 f. Frändberg, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström s 381, konstaterar: "Här gör den logiska empirismen sin entré i svensk rättsteori"; se också Hellner, Några anteckningar om juridik och filosofi s 3.

[480] I en tidigare version finner man denna tanke i Vahléns uppsats "Om fastighetsägares skadeståndsansvar" (se särskilt s 243) från 1953.

[481] Se t ex Vahlén, Avtal och tolkning s 190, 192, 249, 253 och 271.

[482] Se härtill nedan avsnitt 8.4.

[483] Drömmen har, i likhet med mörkret, ofta fått symbolisera det äldre tänkande som det tidiga nittonhundratalets modernistiska filosofier revolterade mot. Se t ex ovan n 286. Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 384, utgår från att det gäller att åstadkomma ett system som inte är "metafysiskt belastat". Jfr Vahlén, Bör förutsättningläran avskaffas? s 396.

[484] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 384: "För att klarhet skall kunna nås måste man [...] börja någonstans och acceptera det ofrånkomliga förhållandet att vetenskapliga framsteg endast kunna ske i etapper." Jfr följande uttalande av Moritz

att empiriskt verifiera. Detta, att söka nå klarhet genom att konfrontera sina begrepp med den faktiska realitet som de, för att vara vetenskapliga (icke metafysiska), *måste* grunda sig på – så kallad verifikationism – är det drag som, så som vi skriver historien, framför andra definierar den logiska positivismen som tankeriktning.[485]

Det är talande att Vahlén betraktade "Avtal och tolkning" som en blott förberedande studie – den är "icke någon tolkningsmonografi", utan skall endast tillhandahålla en "bakgrund", bland annat "för en fortsatt undersökning av tolkningsförfarandet".[486] Boken utgjorde ett första steg. Den krävde "fortsatta analyser" samt att "resultaten kan vidareutvecklas".[487] Men det är *också* talande, att Vahléns omdömen om bokens rättsvetenskapliga värde ter sig avvikande och märkliga sedda i ljuset av det mottagande som verket rönt och den ställning i den svenska avtalsrättens kanon som detta obestridligen intar.[488] "Avtal och tolkning" är Vahléns huvudarbete på tolkningslärans område, alltjämt flitigt åberopat,

---

Schlick (1882–1936) som vanligen utpekas som Wienkretsens och den logiska positivismens grundare – Schlick, The Future of Philosophy s 52 f: "Why, then, are [ethics and esthetics] called philosophy? Because they are only at the beginning of the scientific stage [...] Ethics and esthetics certainly do not yet possess sufficiently clear concepts, most of their works is still devoted to clarifying them, and therefore it may justly be called philosophical. But in the future they will, of course, become part of the great system of the sciences. [...] I am convinced that our view of the nature of philosophy will be generally adopted in the future; and the consequence will be that it will no longer be attempted to teach philosophy as a system. We shall teach the special sciences and their history in the true philosophical spirit of searching for clarity and, by doing this, we shall develop the philosophical mind of future generations. This is all we can do, but it will be a great step in the mental progress of our race."

[485] Jfr Ross, Om ret og retfærdighed s 52: "Det er en grundsætning i den moderne empirisk orienterede videnskabslogik, at en påstand der prætenderer at være et virkelighedsudsagn [...] direkte eller indirekte må implicere, at man ved at følge en vis fremgangsmåde under visse betingelser vil gøre visse umiddelbare erfaringer. Denne fremgangsmåde, som man kalder verifikationsproceduren, angår altså hvorledes man skal gå frem for at efterprøve udsagnets sandhed og definierer samtidig dets meningsindhold. Kan en sådan fremgangsmåde ikke angives [...] står vi fuldstændig hjælpeløse i spørgsmålet, om udsagnet er sandt eller falsk. Sådanne udsagn siges at savne (logisk) mening og kaldes metafysiske."

[486] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 384.

[487] Vahlén, a st.

[488] I sin anmälan skrev Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 212 f: "Vahléns stora avhandling om avtal och tolkning förtjänar många lovord. Det rör sig om en verkligt gedigen prestation. Icke många civilrättsliga avhandlingar från de senaste årtiondena

och det framstår, nu, som det enskilt viktigaste arbetet om avtalstolkning i svensk nittonhundratalsjuridik.[489] Denna dissonans – mellan, låt säga, Vahléns idealistiska vetenskapsuppfattning och den vetenskapliga avtalsrättens faktiska praktik – är ett av många uttryck för det logiskt-positivistiska programmets misslyckande.[490] Det var inte så, att vi stod på tröskeln till en ny och för första gången genuint vetenskaplig juridik. Avtalsrätten är i mycket densamma, i sin egen åldersmärkta vetenskaplighet lika genuin som någon annan vetenskap. Traditionen består, och i denna tradition värderas Vahléns skrivande högt. Av försöket att genom ren deskription grundlägga en vetenskaplig avtalsrätt bidde det en auktoritativ text.

Det låter sig sägas att Vahlén ägnade sig åt deskriptiv kritik, för hans tolkningsjuridik är både deskriptiv och kritisk, men Vahlén är för den skull ingen "deskriptiv kritiker" i den bemärkelse som jag, i föreliggande text, velat ge det uttrycket. Visst finns det likheter mellan den metod som Vahlén förespråkade och den som jag själv tillämpar, men det finns också skillnader, och dessa är betydande. Vahléns metodlära baseras, efter Ross, på föreställningen att det vid behandlingen av tolkningsfrågorna är möjligt att skilja *empirin* från *teorin*. Det skall finnas ett "primärmaterial" att grunda analyserna i,[491] och som vi har sett är det tänkt att "rättstillämpningen" skall tillhandahålla detta.[492] Vahléns ärende är i första hand konstruktivt – han blickar framåt – men därigenom är han

---

kunna i värde mäta sig med denna. [...] Över huvud präglas framställningen av säkerhet, skarpsinne, blick för det väsentliga, såväl teoretiskt som praktiskt." Jfr dock Olssons nedan i n 494 åberopade yttrande.

[489] Vad gör en text "viktig"? I förevarande sammanhang tänker jag närmast på rättskällevärdet, och i detta hänseende torde inget arbete på området överträffa Vahléns – intressant nog (se t ex nedan vid n 522). Tänker man istället på hur pass nyskapande texten ifråga varit, skulle kanske någon sätta Grönfors studie "Tolkning av fraktavtal" främst – jfr Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet s 445 f.

[490] Jfr Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 184: "The Vienna Circle and its associated groups were commited, as the[ir] 'Manifesto' had optimistically declared, to the 'shaping of economic and social life accordning to rational principles'."

[491] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 382.

[492] Även detta efter Ross. Ross metodlära syftade ju till, som Vahlén, a a s 381, uttrycker det att "klargöra huru domstolarna faktiskt beter sig vid tillämpningen av gällande rätt i konkreta situationer." Jfr Ross, Om ret og retfærdighed s 128 ff.

också oundvikligen kritisk, och det han kritiserar är den dittillsvarande rättsvetenskapens insatser:

> [D]iskussionen i doktrinen på [tolkningslärans] område [har] enligt min mening alltför mycket dominerats av allmänna rättspolitiska och normativa uttalanden som, trots att de tillika ofta åsyftat att beskriva gällande rätt, saknat ordentlig verifiering i rättstillämpningen.[493]

För förevarande studies del är det, naturligtvis, särskilt intressant att notera att Vahlén explicit stavade ut konsekvenserna av denna hållning med avseende på frågan om tolkningens förhållande till utfyllningen. Jag tillåter mig att citera in extenso – och här bör man känna till att distinktionen mellan tolkning och utfyllning vid den aktuella tidpunkten (år 1964) kommit att bli tämligen omdiskuterad i den svenskspråkiga debatten, inte minst på grund av att Vahlén själv lyft fram denna i sina skrifter.[494]

> Vad särskilt gäller distinktionen mellan tolkning och utfyllning [...] kan denna således icke klarläggas utan en systematisk analys av det i praxis tillämpade tolkningsförfarandet i syfte att få fram ett mönster för tolkningsförfarandets uppbyggnad och att renodla alla däri ingående led. Reglerna om utfyllning måste också systematiseras till jämförelse med tolkningsreglerna. Det kan antagas att gränsdragningen mellan tolkning och utfyllning då kommer att visa sig mer komplicerad än man vanligen föreställer sig.[495]

[493] Vahlén, a a s 381.

[494] Först i avhandlingen – se Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp s 79 ff – och sedan i "Avtal och tolkning" (särskilt s 193 ff). Karlgren, som recenserade båda dessa arbeten – se SvJT 1952 s 753 ff och SvJT 1961 s 212 ff – fann Vahléns sätt att ange gränsen mellan tolkning och utfyllning alltför inexakt. I sina egna skrifter framhävde Karlgren distinktionens betydelse utan att ge sig på någon regelrätt begreppsbestämning – se i första hand Karlgren, Kutym och rättsregel s 34 ff. Curt Olsson, då verksam som professor i Helsingfors, hade i ett tjänstetillsättningsärende bedömt Vahléns produktion och i det sammanhangat bl a kritiserat Vahlén för dennes oförmåga att ge raka besked i den, enligt Vahléns egen utsago, viktiga frågan om tolkning och utfyllning. Olssons yttrande, som till en del återges i en notis i SvJT 1963 s 233, innehåller den skeptiska anmärkning som citeras efter rubriken till avsnitt 1.1 i denna avhandling – Vahléns svar återfinns i Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 389 n 10. Folke Schmidt hade, i sina kontroversiella försök till nyorientering av tolkningsläran från samma tid – se Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning; dens, Model, Intention, Fault; dens, Typfall, partsavsikt och partsculpa – direkt och indirekt tagit avstånd från distinktionen mellan tolkning och utfyllning. I första upplagan till "Avtalsrätt II" (1967) nämner Adlercreutz distinktionen mellan tolkning och utfyllning, med hänvisning till Vahlén och Ussing, och tillägger (s 7): "Men var gränsen skall dragas mellan tolkning och utfyllning är oklart och omtvistat."

[495] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 384.

Och vidare, med avseende på möjligheterna att positivt bidra till rättsutvecklingen:

> Vad särskilt gäller distinktionen mellan tolkning och utfyllning vet vi enligt min mening för svensk rätts del hittills alltför litet bl a om tolkningsreglernas faktiska tillämpning för att kunna göra några realistiska ställningstaganden. Enligt den mening som jag närmare söker utveckla [...] ger denna distinktion nämligen endast ett allmänt uttryck för ett flertal konkreta gränsdragningsspörsmål. Det måste därför föreligga en mycket stor risk för ytlighet, om man tror sig kunna bidraga till utvecklingen av de avtalsrättsliga reglerna på området på annat sätt än genom att föreslå lösningar av olika detaljproblem, som ingår i hela det avsedda frågekomplexet. Detta skulle sin tur förutsätta en mer ingående analys av tolkningsreglerna och därtill angränsande rättsområden än som företagits i nordisk rättslitteratur.[496]

Vahléns ståndpunkt skulle med viss vinkling kunna sammanfattas så: Under den föreliggande, alltför ytliga och spekulativa, doktrinära diskussionen döljer sig den faktiska realitet (och vi förstår att denna realitet besitter en hitintills oanad komplexitet) som vi nödvändigtvis måste överblicka för att nå klarhet i frågan om tolkning och utfyllning.

3.3 En annan typ av kritik

Relativt Vahléns analys av läget kan jag bestämma min egen position på följande vis.[497]

Jag kan inte utan vidare acceptera tanken att sanningen om tolkningens förhållande till utfyllningen skulle vara *fördold*, på det sätt som Vahlén antyder.[498] Väntar vi ännu på att denna sanning skall avtäckas? Vahlén fullföljde aldrig det projekt som han påbörjade i "Avtal och tolkning" och vars konturer han skisserade i "Bidrag till avtalstolkningens

[496] Vahlén, a a s 389 n 10.

[497] Kontext: Den enskilt viktigaste källan till Wienkretsens tänkande var Wittgensteins "Tractatus"; se Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 39 ff. Vi kan alltså säga att Vahlén, via Ross, står i en viss förbindelse med detta verk. Det kritiska tänkande som jag tillämpar i denna avhandling är, som framgått, först och främst modellerat på Wittgenstein sena tänkande.

[498] *Ingenting är fördolt*, säger Wittgensteinianerna. Se Wittgenstein, Filosofiska undersökningar §§ 126, 153, 435 och 559 – och härtill Malcolm, Nothing Is Hidden. Jfr t ex Barthes, Kritiska essäer s 268 ff; Foucault, Diskursens ordning s 36 ff; Heidegger, Varat och tiden, Del I s 197.

systematik".[499] Ingen annan har heller följt den väg som Vahlén stakade ut. Bert Lehrberg, som är den författare som i nutida svensk och nordisk doktrin lägger störst vikt vid distinktionen mellan tolkning och utfyllning,[500]

[499] Vad som finns av senare skrifter ger intrycket att Vahléns intresse för frågeställningen svalnade efter publiceringen av "Bidrag till avtalstolkningens systematik". I Vahlén, Köplagen och formulärrätten, ställs uttrycket "utfyllande rätt" mot den av Nial myntade termen "formulärrätt", utan att denna distinktion relateras till gränsen mellan tolkning och utfyllning – av naturliga skäl (bedömd efter den senare distinktionens kriterier är "formulärrätten" ett oting). I Vahléns lärobok "Fastighetsköp", som kom i sin första upplaga 1965, heter det (s 59): "Gränsdragningen mellan tolkning och utfyllning är så komplicerad, att den icke låter sig annat än högst allmänt beskrivas genom definitioner, såvitt man åsyftar en distinktion som har anknytning till gällande rätt och ej blott en ren abstraktion." Och i den än senare "Köp av fastighet: Lagfart", som gavs ut inför den nya jordabalkens ikraftträdande 1972, definieras tolkningsbegreppet (s 33) utan att termen "utfyllning" ö h t nämns. Detta skall ställas mot den övertygelse om distinktionens väsentlighet som kommer till uttryck i Vahléns och Karlgrens texter från det tidiga sextiotalet. I Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 215 n 6, påstås t ex att det *knappast ens är meningsfullt* att definiera termen "tolkning" utan att ta ställning i frågan om tolkningens relation till utfyllningen (udden var den gången riktad mot Schmidt), och det förklaras (Karlgren, a a s 216) vara "förkastligt" att "med anlitande av ett oklart använt tolkningsbegrepp sudda över skillnaden mellan tolkning och utfyllning". I Vahlén, Fastighetsköp s 58, åberopar Vahlén just den passage hos Schmidt som innehåller den definition av tolkningsbegreppet som Karlgren hade kritiserat – en definition som går på tvärs med "den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning" i det att den gör tolkningen till en "rättslig verksamhet" (Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 497). Här upplöses, åtminstone för tillfället, fullkomligt den spänning som byggts upp under den relativt hätska debatten 1959–60 mellan Schmidt, å ena sidan, och Karlgren och Holmbäck (och implicit även Vahlén), å den andra. Plötslig verkar det inte längre spela någon roll om tolkningen är faktisk eller rättslig. Jfr den "metamorfos" av Karlgrens inställning till lojalitetsplikten, som Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s 56 f spårar till senare hälften av 60-talet. Spekulation: Distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan betraktas som en realistisk idé (menar jag) och lojalitetsplikten som en i förhållande till realismen antitetisk föreställning (menar Munukka). Vid 50-talets övergång i 60-tal är Karlgrens inflytande över den svenska avtalsrätten som störst, och Vahlén uppträder i mycket som hans sekond. Skall vi tolka det, på realistisk grund vilande, Karlgren-Vahlénska monopolets synbara upplösning som ett tecken på att det realistiska paradigmet får maka på sig för att ge plats åt ett modernare förhållningssätt, artikulerat i den "nya, analytiska filosofi" som Jan Hellner i H L A Harts efterföljd hade propagerat för? För stunden var "vardagsspråksfilosofin" herre på täppan – och vi kan se det, om vi anstränger oss, i dåtida svensk doktrin... Kanske.

[500] Jfr Madsen, Anm. av Bert Lehrberg, Avtalstolkning s 191, som menar att distinktionen hos Lehrberg blir *"for* skarp" och som kontrasterar Lehrbergs uppfattning med en "udbredt konsensus i den juridiske teori".

har inte själv försökt att närmare och för framtiden bestämma gränsen mellan tolkning och utfyllning, utan betonar tvärtom den genom doktrinen förmedlade distinktionens "traditionella" och "klassiska" status (och det är Vahléns öde att i det sammanhanget behandlas som en länk i kedjan).[501] Vad än termerna "tolkning" och "utfyllning" i förevarande sammanhang betyder, har de givits sina betydelser först och främst i den rättsvetenskapliga debatten, och det som oroar oss, när vi tänker över förhållandet mellan tolkning och utfyllning – vårt problem, känslan av att det är någonting med denna distinktion som är svårt – är en följd av denna debatts historiskt bestämda strukturer.[502] Hur ställer vi frågan? Varför ställer vi den så? Vad letar vi efter? Och så vidare. I mina ögon ter sig Vahléns tanke, att vi skulle kunna komma till rätta med tolkningens och utfyllningens problematik genom att nogsamt ge akt på hur domstolarna rent faktiskt beter sig när de tolkar och utfyller, helt enkelt förhastad. Här är det antagligen föreställningen, att begreppen, för att vara vetenskapligt försvarbara, måste svara mot någonting i den empiriska verkligheten, som spökar (och vad av empirisk realitet kan det, när det gäller tolkning och utfyllning, rimligen röra sig om, annat än det faktiska tolkande och utfyllande som domstolarna ägnar sig åt?). Men givet vilken tolkning av rättsvetenskapens bemödanden att korrekt bestämma distinktionen mellan tolkning och utfyllning – som, har det hävdats, är mycket viktig – låter det sig påstås att svaret finns nedlagt i rättstillämpningens praktik? Endast, tror jag, givet en mycket skeptisk tolkning, en tolkning av det slag som Vahlén förespråkar – det vill säga, endast genom att de facto underkänna allt det som hittills sagts i frågan. Vi får hävda att man felaktigt har trott sig diskutera någonting meningsfullt, alternativt att man har försökt att beskriva realiteterna, men kapitalt misslyckats. Det borde ligga i öppen dag, att en sådan tolkning inte gör det utdragna samtal, som konstituerar den avtalsrättsliga diskursen kring tolkningens och utfyllningens problematik, rättvisa. Den som verkligen är intresserad av problemet torde få anstränga sig lite, och försöka att ta de relevanta texterna på allvar. Och man behöver inte ha kommit särskilt

[501] Lehrberg uppträder ju rentav som traditionens försvarare, och tvekar inte att förmana dem som avviker från den rätta läran, det må vara Axel Adlercreutz eller lagstiftaren själv – se t ex Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 237 ff; dens, Avtalstolkning s 15 ff; dens, Förutsättningsläran s 120 ff; dens, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 326 ff.

[502] Jag pratar om *vårt* problem, för problemet är inte mitt påfund, utan någonting som vi (inom avtalsrätten) har gemensamt.

långt i ett sådant försök för att inse, att det som vi under det rättsvetenskapliga samtalets gång lägger i uttrycket "tolkning och utfyllning" – allt det som denna distinktion för vår del handlar om – inte är av den karaktären att det i någon vettig mening kan *iakttas* vid en granskning av förfarandet i domstol.[503]

Istället för att döma diskursen, genom att påtvinga den en sanning som ligger utanför den – göra den beroende av ting som ligger bortom den – gäller det här att få diskursen att framträda i all sin komplexitet, och göra rum för de sanningar som den själv utbildar.[504] För Vahlén var den rättsvetenskapliga diskussionen kring tolkning och utfyllning strängt taget ingenting värd;[505] i ett språkkritiskt perspektiv är den inte nödvändigtvis allt, men den självklara utgångspunkten. Det är diskursen som sådan som skall beskrivas, inte någon *annan* realitet, som vi av ett eller annat skäl vill betrakta som dennas egentliga grund. Det som intresserar är de skiljelinjer, omkastningar, förskjutningar och strukturer – det liv – som konstituerar distinktionen mellan tolkning och utfyllning som historiskt fenomen. Och vad som krävs, är en engagerad likgiltighet,[506] en öppenhet, en förmåga att avspänt lyssna till det som texterna har att berätta.[507]

[503] På detta tema se vidare nedan kapitel 5.

[504] Jfr Foucault, Vetandets arkeologi s 65: "[D]et saken gäller är inte att neutralisera diskursen, att göra den till ett tecken för något annat, att tränga genom djupet för att komma fram till det som tyst ligger hitom den, utan tvärtom bevara den i dess konsistens, få den att framstå i en för den utmärkande komplexitet. Vi vill med ett ord verkligen klara oss utan 'tingen'. 'Avnärvarogöra dem' [...] Ersätta 'tingens' gåtfulla skatt från före diskursen med det regelbundna utformandet av objekt som endast tecknas inom den. Definiera dessa *objekt* utan att referera till *tingens djupaste sanning* genom att förbinda dem med den mängd regler som gör det möjligt att forma dem som diskursiva objekt och som sålunda utgör villkoren för deras historiska uppträdande."

[505] Jfr Peczenik, Vad är rätt? s 105, som anmärker: "Ross' teori skapar [...] en oöverstiglig klyfta mellan rättsvetenskap och rättspraxis."

[506] Jfr den "vänliga likgiltighet" som prövas av H Andersson, Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början, särskilt s 28 f. Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 10 skriver: "Mitt ideal är en viss svalhet." Svalhet, men inte utan passion. Bertrand Russell använde i ett sammanhang uttrycket "kallt stål i passionens hand" för att beteckna sitt filosofiska ideal och Monk, Ludwig Wittgenstein s 52, har anmärkt att uttrycket perfekt karakteriserar Wittgensteins filosofiska kynne.

[507] Jfr Rodhe, Beskrivning – prognos – rekommendation s 2, som anmärker att rättsvetenskapsmannens förmåga "att *avspänt lyssna* på vad materialet har att säga honom [...] ställs på prov också när det gäller att kartlägga mer eller mindre omedvetna terminologiska förskjutningar under långa tidsperioder."

Språkkritik bedrivs genom "att tänka kritiskt" i bemärkelsen "att tänka efter".[508] Den är inte *ute efter* att kritisera någonting – till exempel avtalsrätten, eller distinktionen mellan tolkning och utfyllning – men det hindrar inte att den, tillämpad på juridiken, kan ge anledning att korrigera, eller överge, en eller annan av de föreställningar som vi har gjort oss om de rättsliga fenomenen och sakernas tillstånd.[509] Deskriptiviteten får inte vara ett abstrakt ideal som vi förskriver oss till för sakens skull. Språkkritiken har ju uppenbarligen, när den är framgångsrik, en normativ verkan; (den deskriptiva) kritiken av språket kan ju mynna ut i en (normativ) kritik av de vanor och föreställningar som givit upphov till det specifika problem som föranlett undersökningen. En sådan undersökning måste i en viss bestämd mening bedrivas utan respekt för de former av rationalitet som dominerar på det område inom vilket problemet hör hemma. Det handlar inte om att vara rebellisk, respektlös i den meningen; man kan inte förstå det som man överhuvudtaget inte respekterar. Men emedan språkkritiken syftar till att synliggöra tänkandets former, måste den försöka distansera sig från dessa, istället för att låta sig styras av dem.

Så kan man förvänta sig att en språkkritiker som sysselsätter sig med den svenska civilrättsliga diskursen ofta kommer att finna skäl att ta avstånd från den *rättskritiska,* eller *rättsskeptiska,* hållning som vi som svenska civilrättare reflexmässigt intar. Rättskritisk hållning? Ja, motsatsen till det som i tysk teori kallas *Rechtsglaube* – motsatsen, det vill säga avsaknad av tilltro till rätten. Den rättskritiska hållningen innebär en utarmning av de juridiska begreppen (till exempel viljeförklaringsbegreppet), ett avfärdande av rättskälletexterna (till exempel avtalslagen) och ett underkännande av de traditionella juridiska auktoriteterna (till exempel HD). Rättskritiken tycks förutsätta en grund (i det att den tydligtvis gör anspråk på att vara grundad). Om grunden emellertid blott är en vana,

[508] Jag tror att Rodhes ofta, och i mitt tycke orättfärdigt, kritiserade metod ungefärligen kan förstås efter dessa linjer. Jfr t ex Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 43 ff; Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 91 ff; Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 536 vid n 35; Victor, Rättssystem och vetenskap s 156 ff; Votinius, Varandra som vänner och fiender s 49 ff. Se för övrigt angående förhållandet mellan deskription och rekommendation i rättsvetenskapen, Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 389 n 10.

[509] Jfr H Andersson, 24 preludier utan fuga s 31, som gör poängen att den felfinnande kritikern riskerar att behärskas av det negativas makt, till den grad att det blir omöjligt att faktiskt förstå det objekt som kritiseras.

om rättskritiken blivit en oreflekterad dogm, så att konventionen *kräver* att man kritiserar den "traditionella" rätten, slår fast att gällande rätt "inte finns", eller konstaterar att HD har dömt "fel" ... då måste språkkritiken leda till en kritik av kritiken av rätten – utgöra en kritikkritik.[510]

"Vi är alla kritiker." Nå, då är jag ingen kritiker.[511]

Språkkritiken försvarar ordet och texterna mot den fördom som postulerar en rättslig realitet bortom det juridiska språket.[512] Och det ligger i sakens natur att språkkritiken är svår att förena med det *rättsrealistiska* förhållningssättet, vilket hos oss regelmässigt är det som bär upp och får motivera rättskritiken. Realismen är ju per definition rättsskeptisk – den betraktar rätten som ideologi, som fernissa, en fasad rest för att hjälpligt dölja de underliggande realiteterna, realiteter som endast kan göras tillgängliga med extrajuridiska medel.[513] Det realistiska paradigmet spelar också en alldeles avgörande roll för den svårighet som distinktionen mellan tolkning och utfyllning är behäftad med. Det är den kommande framställningens uppgift att i detalj beskriva problemets anatomi, men preliminärt kan vi säga att svårigheten har sin grund i *realismens spända relation till viljebegreppet* – det är åtminstone vad jag vill göra gällande. Och mitt försök att komma tillrätta med denna svårighet är följaktligen för sin framgång beroende av att jag i någon utsträckning lyckas frigöra mig från det realistiska tänkandet. Jag skriver mot realismen[514] – i kamp med vårt av realistiskt tänkande genomsyrade språk.[515]

[510] Jfr Boucht, Teaching Legal Theory s 250: "Will the structure of the system allow only critique within the accepted framework, and nothing that challenges the very basis upon which it is built? If so, the institution, which initially challenged 'the ruling class', may become 'the ruling class' itself."

[511] Pavlich, Experiencing Critique, har utvecklat tanken att vår enda möjlighet att numera tänka fritt och obundet ligger i att ta avstånd från det kritiska paradigmet. Som Pavlich, a a s 102, framhåller, finns det flera olika idéhistoriskt givna ingångar till denna idé. Själv anknyter han till Nietzsche, Barthes, Foucault och Derrida. Se också Pavlich, The Art of Critique; dens, Nietzsche, Critique and the Promise of Not Being Thus... Schütz, Letter to Derrida/America s 890, gör gällande att "[d]econstruction [i Derridas mening] has operated a shift within the history of critical academic discourse, a self-purification from the routines of judgment and dismissal".

[512] Jfr Lyotard, The Postmodern Condition s 82.

[513] Den radikala rättsskeptikern: "Naturligtvis finns det ingen gällande rätt." Språkkritikern: "När du säger att gällande rätt inte *finns* – vilken ontologi är det då som kommer till tals i ditt yttrande? Är du säker på att du kan stå för den?"

Emedan realismen går så djupt i den svenska civilrättens själ, föreligger en uppenbar risk för att den genomsnittlige läsaren, som kan förväntas vara svensk civilrättare, stöts bort av texten. Min realismkritik kommer ofelbart att – av realister, medvetna och mindre medvetna – uppfattas som ogin, missriktad och förhastad.[516] Det kan i och för sig inte hjälpas. Jag skriver för egen del i viss mening efter realismen – postrealistiskt – och kan inte, om jag så skulle vilja, kompromissa med det faktum att de realistiska formlerna – talet om "sakargument", "funktionell analys", "det praktiska rättslivets krav", "kopplingsbegrepp", "ändamål", "reella hänsyn" och så vidare – i mina öron närmast ter sig som en form av jargong.[517] Min attityd till realismen kanske bäst beskrivs som desillusionerad. Men man behöver inte, tror jag, markera avståndet till den rådande rättsvetenskapliga normen genom att ta i som en Lundstedt.[518]

[514] I likhet med Habermas, Faktizität und Geltung s 11, skriver jag "gegen jenen [...] falschen Realismus, der die soziale Wirksamkeit der normativen Präsuppositionen bestehender Rechtspraktiken unterschätzt."

[515] Jfr Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 20: "Vi befinner oss i kamp med språket." och dens, Filosofiska undersökningar § 109: "Filosofin är en kamp mot förhäxandet av vårt förstånd genom vårt språk."

[516] Ofelbart? Ja, endast den som tror på möjligheten av en heltigenom neutral diskurs, i vilken det skulle vara möjligt att rättvist medla mellan olika vetenskapliga paradigm, kan undgå att se det. Och jag kan inte göra annat än att skriva så försiktigt och långsamt som jag förmår.

[517] Naturligtvis är dessa termer meningsfulla – vi skall inte nu upprepa de ursprungliga realisternas misstag, genom att frånkänna det äldre paradigmets nyckelbegrepp innebörd – men de är inte meningsfulla för mig, vilket egentligen inte betyder mer än att jag inte är intresserad av att spela det spel i vilket de hör hemma. "Jargong" är det språk som talas av den som inte är (som) du – se nedan vid n 536.

[518] Eller är det nödvändigt? Särskilt med Lundstedt i åtanke sades det ofta att Uppsalaskolans budskap hade givits ett bättre mottagande om dess företrädare uppträtt mer sansat, och koncentrerat sig på att sakligt förmedla sin kritik av den rådande ordningen (se t ex Strahl, Anm av Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget och Olivecrona, Lagens imperativ s 240). Ett *än* bättre mottagande? Gud förbjude! Se Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen, för en uppskattning av Uppsalaskolans betydelse för svensk rättsvetenskap. Jareborg använder, i det ovan i n 478 åberopade uttalandet, ordet "väckelserörelse" för att beskriva den logiska positivismen i allmänhet. Jag tror att fenomenet Uppsalaskolan mycket väl kan betraktas just som en *väckelserörelse* och jag tror att tanken, att det fanns en kärna av sakligt innehåll i skolans läror, som i viss mån doldes av överdrifter och opåkallad aggressivitet, på ett otillåtet sätt separerar retorisk och vetenskaplig sanning samt alldeles misstar sig på avståndet mellan det pre-realistiska paradigmet och det realistiska. Hart, Scandinavian Realism s 233, träffar rätt när han talar om "the fiery dogmatism of Scandinavian 'realist' jurisprudence".

Få egenskaper hos en författare alienerar en reflekterande läsare som självförhävelse (och jag hoppas innerligt att självförhävelse inte ligger för mig).

Det ligger tillsynes på denna text att övertyga realisten i läsaren om, att de rationalitetskriterier som han eller hon av oreflekterad övertygelse lägger till grund för sin syn på rättsvetenskapen och juridiken inte äger tillämpning på det problem som undersökningen i denna avhandling gäller, eller, rättare sagt, att det är nödvändigt att suspendera dessa kriterier för att se problemets lösning. Hur tänker jag mig, som textens författare, att lyckas med det? Genom att förfara just så som jag gjort i det föregående. Inte genom att säga "hur det är". Gjorde jag det skulle mina påståenden helt enkelt bara vara kontradiktioner, antiteser till påståenden som vi är vana vid och bekväma med – sådana som dessa:

> "Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är i praktiskt hänseende utan större betydelse."[519]

> "Modern avtalsrätt tar inte längre sin utgångspunkt i viljeförklaringsbegreppet."[520]

> "Vi befinner oss i en rörelse mot ett materiellt avtalsrättsligt paradigm."[521]

Men den som blott säger emot får svårt att åstadkomma någonting. Och varför skulle man säga emot traditionen? På pin kiv? För att vara "nyskapande"? Nej, istället bedriver jag min undersökning genom att, i enlighet med språkkritikens principer, försöka att *visa* på det avtalsrättsliga språkets beskaffenhet, genom att hålla upp de för det aktuella problemet relevanta texterna och diskursiva strukturerna till beskådande. "Se!" – vill jag säga: "Och ställ detta mot det som vi trodde oss veta om tolkning och utfyllning." *Se*, för att ta ett exempel som är så konkret som någonting kan bli, hur besynnerlig den etablerade historieskrivning, som gör Vahlén till förvaltare av en "traditionell" distinktion mellan tolkning och utfyllning, ter sig, när vi beaktar de detaljer och det sammanhang som gör Vahléns rättsvetenskapliga projekt begripligt. Det låter sig ju utan vidare påstås att Vahlén i vår diskurs regelmässigt gestaltas som den vikti-

[519] Jfr avsnitt 1.1.
[520] Jfr avsnitt 2.2.1.
[521] Jfr avsnitt 2.2.2–2.2.5.

gaste länken i den kedja som leder tillbaka till Ussing och den "ursprungliga" formuleringen av distinktionen mellan tolkning och utfyllning.[522] Följande uttalande av Grönfors är representativt:

> Vanligtvis skiljer man mycket noga mellan tolkning och utfyllning. [...] *Vahlén* ([Avtal och tolkning] s 193 ff) utför denna grundläggande skillnad mellan tolkning och utfyllning noga och följer därvid en tradition från *Ussing* och *Karlgren*, som vidare upprätthålls av många andra. Denna grundsyn kan med fog betecknas som "härskande lära".[523]

Men vet vi någonting om Vahléns ambitioner – har vi upparbetat någon form av känsla för Vahléns egenart som avtalsrättslig författare, och är vi beredda att ta hänsyn till denna – måste det bjuda ett visst motstånd att inordna honom i traditionen, och det blir omöjligt att göra det oreflekterat.[524] Märk till exempel, att Vahlén själv gjorde gällande att framställningen i "Avtal och tolkning" egentligen inte syftade till att närmare bestämma gränsen mellan tolkning och utfyllning.[525] Den som vi utpekar som traditionens främste företrädare ville själv göra sig fri från traditionen. Den som enligt vår historieskrivning till oss förmedlat svaret på frågan om tolkning och utfyllning, hade inga avsikter att leverera ett sådant svar. När texten väl träder fram för oss, i sin *singularitet*,[526] börjar de bilder vi gjort oss av sakernas tillstånd att lösas upp, och det blir möjligt att tänka sakerna på nytt. Svårigheten är viljans. Det gäller inte att föra någonting *i bevis* – för det skulle förutsätta att man höll sig till de

[522] Angående distinktionens ursprung se nedan avsnitt 5.1.

[523] Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 41 f. När HD i NJA 1999 s 629 skall dra gränsen mellan tolkning och utfyllning lyder hänvisningen: "se t ex Vahlén, Avtal och tolkning, 1960, s 193 f". Se också t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9 f; Boström, Tolkning av testamente s 22; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 147 n 6.

[524] Det är ju inte det att traditionen inte finns, men det kanske mera är de påståenden, som gör gällande att det här finns en tradition, som konstituerar traditionen, än de texter som enligt samma påståenden hör till den. Se härtill nedan avsnitt 5.3.5.

[525] Detta i ett försök att freda sig mot invändningen att han inte med tillräcklig precision dragit denna gränslinje – se Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 389 n 10. Den som efter att ha läst "Avtal och tolkning" bibringats intrycket att Vahlén verkligen försökt att ställa upp en tydlig distinktion mellan tolkning och utfyllning må i och för sig vara förlåten. Jfr Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 216: "Vahlén understryker med kraft, att denna gränsdragning är viktig, och han sysselsätter sig åtskilligt med den. [...] Det kan knappast påstås att Vahlén, trots den utförlighet varmed ämnet behandlats, bestämt gränsen mellan tolkning och utfyllning på ett klargörande sätt."

[526] Termen efter Legrand, On the Singularity of Law.

former för argumenterandet som vi tar för givna, just de som hindrar oss från att se någonting annat än variationer på de sanningar vi redan känner. Vad det gäller är att genom konkret exemplifiering misstänkliggöra våra avtalsrättsliga övertygelser, för stunden, för argumentets skull, och, möjligen, för framtiden.[527]

3.4 Jargong och kritik

> And, though with notable exceptions, [postmodernists] write in an ugly, impenetrable jargon, sometimes with the excuse that to write clearly is to buy into the Enlightenment mythology of unmediated communication between author and reader.
>
> *Richard Posner*

Våra föreställningar ställs mot språkets faktiska praktik – den rörelsen är grundläggande för språkkritiken, dess modus operandi. Nu är det givet att en text som byggs efter detta mönster kommer att avvika från rådande normer för svensk, civilrättsvetenskaplig textproduktion, i flera avseenden. Därmed ges man som språkkritisk civilist möjlighet att odla ett visst mått av utanförskap – och att göra det är, kan hävdas, varje aspirerande forskares plikt.[528] Visserligen kan textens konventionella sidor

[527] Ännu ett exempel: En av de centrala teserna i denna avhandling är, som vi skall se, att det är någonting suspekt, i grunden märkligt, med den skarpa distinktion mellan tolkning och rättstillämpning som vi har med oss som en del av det realistiska arvet. Så länge man *måste* hålla dessa företeelser – tolkningen och rättstillämpningen – isär (så som Ekelöf gjorde), kommer mitt övergripande argument att te sig befängt. Jag kan endast göra mig förstådd genom att framgångsrikt rubba detta "måste".

[528] Feyerabend, Against Method s 18, skriver: "[W]ithout a constant misuse of language there cannot be any discovery, any progress." – och i en variant hos Lyotard, The Postmodern Condition s xxv: "[I]nvention is always born of dissension." Se även t ex Feyerabend, a a s 159; Horkheimer-Adorno, Upplysningens dialektik s 10; Gadamer, Wahrheit und Methode, bd II s 449. Jfr Hellner, Civilrättsforskningen och framtiden s 393; dens, Metodproblem i rättsvetenskapen s 228 n 1. Se även Zahle, Fra polycentri til omsorg for retfærdighet s 860: "Jeg har erfaret tre grundfigurer, som kan indgå i en forskerkarriere: 1) Den unge forsker, der kæmper mod dominerende antagelser, som han eller hun anser som vrangforestillinger. Han møder misforståelse og modstand, og hans faglige kvalifikationer underkendes. 2) Den midaldrende eller ældre, der møder almen anerkendelse. Han har ikke blik for den modstand, der er ved at gro op, eller i hvert fald betragter han modstanden som ukvalificert. 3) Den gamle, der ser sine ideer kritiserede, forkastede, eller værst: glemte."

lika gärna framhävas. Alternativt kan den civilrättsliga traditionens enhetlighet sättas ifråga, och det går att peka på det klara släktskapet mellan föreliggande avhandling och andra rättsvetenskapliga arbeten från senare tid[529] – för att på så sätt understryka att det inte är någonting märkvärdigt med just denna text. Även om varje tanke jag redovisar är min egen, finns det såvitt jag vet ingenting i denna avhandling som inte också tänkts av någon annan. Jag gör inga anspråk på originalitet – och det är inte heller originellt, utan en parafras.

Och det kanske är oklokt, av någon som vill delta i det vetenskapliga samtalet på sitt fält, att framhäva sin egen särart. Vetenskap förutsätter nytänkande, men också konformism. Ty "i det sanna är man endast om man lyder 'diskurspolisens' regler", som Michel Foucault uttrycker det.[530]

Inte desto mindre vill jag här – kanske av rädsla för att mitt tillvägagångssätt skall tas för poserande, för att min ovilja att släppa problemet skall tas till intäkt för att jag helt enkelt inte kan komma till saken, eller för att min fixering vid själva texterna skall tas för världsfrånvändhet[531] – *betona* framställningens särdrag, just av det skälet att jag har ambitionen att bidra till den civilrättsliga diskussionen.[532] Jag markerar alltså avstånd till traditionen för att kunna närma mig den? Finns här en paradox är

[529] Jfr H Gustafsson, Cyklopens öga s 18 ff. Genom att tala om "rådande normer" i detta sammanhang befäster man ju bilden av rättsvetenskapen som ett enhetligt fält (antagligen med rättsdogmatiken i mitten) och definierar ut det spretiga, i synnerhet de mer teoretiska arbeten som vi – efter vad H Gustafsson, a a s 20, påstår – har att tacka "en påtagligt yngre generation forskare" för. Anmärkning: Borde vi inte tillämpa formeln "det som gäller"="det som är sant"="det som är ungt" med viss försiktighet? I vilken mening är sanning en färskvara? Det är visserligen den unga, arga forskarens prerogativ att definiera sig genom att markera mot traditionen, men den som är ung blir snart medelålders. Jfr Zahles i föregående not citerade uttalande.

[530] Foucault, Diskursens ordning s 25. Den akademiska friheten har avgjort gränser, även om de är svåra att förnimma. Rättsvetenskaparen får t ex inte anlägga ett rasbiologiskt perspektiv på rätten. Se härtill Fish, The Trouble with Principle s 34 ff, om den akademiska friheten som ideologi.

[531] Men, för att parafrasera Joakim Thåström: Det är ni som är abstrakta, det är jag som är konkret. Jfr Wittgenstein, Tractatus 5.5563: "Våra problem är icke abstrakta utan kanske det mest konkreta som finns."

[532] Jag skulle också i den mån det är möjligt vilja förebygga det missförstånd som varje deskriptivt kritisk text, efter vad historien visar, tycks förutbestämd att utsättas för – nämligen den tolkning som går ut på att deskriptionen tänks *som en teori.* Klassiska exempel: "Grundläggning av sedernas metafysik" tolkad som moralfilosofi, "Wahrheit und Methode" tolkad som konstlära, "Tractatus" tolkad som ontologi, "Filosofiska undersökningar" tolkad som språkfilosofi.

den skenbar. Avhandlingens syfte skulle väsentligen förfelas om texten utan vidare lät sig avfärdas som "rättsteoretisk",[533] som mystifikation[534] eller jargong. Med den franske kritikern Roland Barthes[535] skulle jag kunna säga:

> Some forms of language are forbidden to the critic as being "jargon". Only one form of language is allowed: "clarity". [...] "jargon" is the language which the Other uses; the Other [...] is that which is not yourself; this is why we find anothers way of speaking painful. As soon as a language is no longer that of our own community we judge it to be useless, empty, raving, used for reasons which are not serious but trivial and base [...] *Why not say things more simply?* How many times have we heard that phrase? But how many times would we be justified in throwing it back? [...] I am here defending the right to language, not my own "jargon".[536]

Bland de drag som är utmärkande för denna text, och som, därigenom att de utmärker den, riskerar att uppfattas som slängar i någon form av jargong, märks följande. Det rör sig om blott yttre kännetecken – *följder.* Förhoppningsvis har läsaren vid det här laget kunnat bilda sig en uppfattning om det inre sammanhanget; ja, denna lista kan betraktas som en sammanfattning: Ser man hur och varför följande punkter hänger samman (och går i varandra) – som rena konsekvenser av den språkkritiska hållningen – har framställningen så långt åtminstone i ett avseende varit lyckad.[537]

[533] I vår pragmatiskt realistiska diskurs hänvisas ju metodologiska innovationer, och överhuvudtaget det typiskt vetenskapliga – det som är internationellt gångbart, akademisk frihet, det som är svårt och det ämnesöverskridande – de facto till periferin. Jfr t ex Lindskog, Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen s 288; Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 540 ff; Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 303. Men se härtill t ex H Andersson, Rättens narratologiska dimensioner s 11 ff; dens, Omgivningsrekvisitet i miljöskaderätten – funktionell rumsbestämning och begreppskonstruktion 3.3; Askeland, Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning s 8; H Gustafsson, Cyklopens öga s 19 f; Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication s 1737; Sundberg, Uppsalaskolan och den nationella inkapslingen.

[534] Jfr H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 221: "Man får [...] inte gömma sig bakom hermeneutik, eller andra läror, för att på ett teoretiskt avancerat sätt förklara varför man inte kan förklara något väsentligt." Vad man får och inte får göra... En rekommendation: *Misstro* din känsla för det väsentliga.

[535] Barthes presenteras för den svenska juridiska läsekretsen i H Anderssons artikel "Barthesianska meditationer".

[536] Barthes, Criticism and Truth s 9 och 11 f.

[537] Jfr Kennedy, A Semiotics of Critique (märk uppräkningen på s 1189) angående relationen mellan den här tillämpade metoden och den som tillämpas i traditionen efter CLS.

i. Analysen är historiserande. Följaktligen är den ägnad att synliggöra rättens *tidslighet*. Här görs inga ansträngningar att upprätthålla den illusion av tid- och rotlöshet som de genuint moderna utläggningarna av gällande rätt sökt skapa. Jag försöker att inte visa uppdelningen rättshistoria/lex lata/lex ferenda överdriven respekt. Konkret riktas uppmärksamheten mot sådant som källornas ålder, resonemangens ursprung och begreppens historia. Små saker: Det kan hända att jag hänvisar till olika upplagor av samma verk. Biografier och recensioner ges större utrymme än vad som kanske är vanligt. Jag hänvisar till förord och inledningar.

ii. Det *partikulära* sätts framför det generella, det *konkreta* framför det abstrakta. Framställningen bygger inte upp teorier. Istället markeras, när tillfälle ges, mot missriktat teoretiserande, och varje generalisering väcker i princip frågan huruvida den kan tillåtas, under vilka omständigheter och så vidare.[538] Kontexten tillmäts avgörande betydelse. Eller snarare: Kontexten har den betydelse den har, och resonemangen utvecklas ofta genom att uppmärksamma denna.

iii. *Beskrivning* hellre än förklaring. Framställningen syftar ofta till att visa fram någonting redan givet – typiskt sett (och det ligger i juridikens natur) en text. Kan inte en beskrivning tjäna som förklaring? Visst, så kan de orden användas – det som här åsyftas är dock någonting mer bestämt.[539] Språkkritiken fäster inget avseende vid sådant som orsaker, funktioner, ändamål, ekonomisk effektivitet

[538] Jfr Bergo, Høyesteretts forarbeidsbruk s 15 "[Generaliseringer] vil alltid være forenklinger, men det er ikke alltid galt å forenkle."

[539] Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 109: "[V]i får inte uppställa någon som helst teori. Det får inte finnas något hypotetiskt i våra betraktelser. All *förklaring* måste bort, och enbart beskrivning träda i dess ställe." Se även t ex dens, The Blue and Brown Books s 18; dens, Filosofi s 31; dens, Om visshet § 189. I grunden ligger här den åtskillnad mellan det som kan *sägas* och det som endast kan *visas*, som Wittgenstein fann helt avgörande för filosofin. Denna Wittgensteinska distinktion är det centrala temat i Edwards, Ethics Without Philosophy. Se också Conant, Elucidation and Nonsense In Frege and Early Wittgenstein; Furberg, CaOx s 86 ff; Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 240 ff; Malcolm, Wittgenstein: A Religious Point of View? s 74 ff. Jfr Heidegger, Varat och tiden, Del 1 s 26 och 199; Hruschka, Das Verstehen von Rechtstexten s 10 f. Se härtill Patterson, Law and Truth s 162. Jfr H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 220 f, som söker överbrygga skillnaden mellan hermeneutikens begrepp "förståelse" och "realistiska" förklaringar.

och rättvisa, det vill säga sådant som ger förklaringar i bemärkelsen grunder som fenomenen kan återföras på. Fenomenen får stå för sig själva. Och det betyder inte att "sådant som orsaker, funktioner..." kan förkortas bort ur diskursen. Det är ett faktum att vi hänvisar till dylikt – ett faktum som man kan söka beskriva – men ur språkkritikens synvinkel sett är det just ingenting mer än så.

iv. *Exegetik*, inte teleologi; Ekelöfs ståndpunkt inverterad – inte bara Ekelöfs ståndpunkt, naturligtvis, men av vissa bestämda historiska skäl ägnar jag Ekelöf särskild uppmärksamhet i denna framställning.[540] Det som eftersträvas är *förståelse*, inte ändamålsenliga lösningar. Texten är juridikens medium. Att diskutera juridik är att diskutera texterna, det vill säga att ägna sig åt tolkning – hävdar jag, och agerar därefter.[541]

v. Objekten ägnas mindre uppmärksamhet än de *yttranden, påståenden och satser genom vilka dessa träder fram för oss.* Inte: "Det är skillnad på tolkning och utfyllning." Utan snarare, i så fall: "Det brukar sägas att det är skillnad på tolkning och utfyllning." Och det är ett ytligt tecken – det vill säga, jag gör inte gällande, som en tes av filosofiskt slag, att språket är överordnat tingen, eller någonting sådant, utan det är helt enkelt så att det avtalsrättsliga språket är mitt objekt. Jag intresserar mig för hur de föremål som detta handlar om – särskilt då "tolkning"och "utfyllning" – gestaltas och bestäms.[542]

vi. Framställningen är i viss mening inte resultatinriktad. Den uppehåller sig vid problemen, varför *frågorna* intresserar mer än sva-

[540] Ämnesvalet gör, som vi skall se, detta lämpligt. Sen skriver jag ju vid Uppsalafakulteten.

[541] Skulle det alltså inte vara juridik att, liksom Ekelöf, vända texterna ryggen till förmån för en diskussion av "själva sakfrågorna". *Det*, vill jag säga – och vänder då på ett argument som Ekelöf själv använde – är inte en metod som kan praktiseras, eller som någonsin har praktiserats, utan en form av retorik, ursprungligen inspirerad av en viss, numera obsolet, filosofi (i Ekelöfs fall Hägerströms filosofi). Förvisso: En typ av juridik kännetecknas av att den flitigt gör använding av en sådan retorik – och i vår rättskultur är denna mycket populär. Den juridik som praktiseras i föreliggande avhandling är av ett annat slag.

[542] Ungefär som att försöka bestämma Snövits identitet genom analys av Grimms ursprungliga text, Disneys film etc. Därmed inte sagt att jag håller "tolkning" och "utfyllning" för att vara fiktiva fenomen. Vem var Snövit? Vem var Sokrates? Vem var Winston Churchill? Dessa frågor får man tackla på *ungefär* samma sätt.

ren.[543] Frågor förutsätter emellertid svar. Poängen här är inte att frågandet är nog, utan snarare att vi kan lära oss någonting genom att dröja vid frågorna, som måste gå förlorat om vi hastar iväg efter svaren.[544]

vii. Metoden har en splittrande och *destruktiv* sida[545] – men denna skall inte förstås uteslutande negativt, ty språkkritiken vill göra det möjligt att komma vidare.[546] Den skyr stelnade sanningar, det överslätande och förenklande. Därmed skapas också intrycket att *skillnaderna* betonas på likheternas bekostnad (men det är inte det att skillnaderna i sig är intressanta). "I'll teach you differences" säger Kent till King Lear (akt I, scen iv) och Wittgenstein övervägde att använda repliken som motto för "Filosofiska undersökningar".[547]

viii. Förutsättningarna, villkoren, grunderna och gränserna tilldrar sig ett särskilt intresse. Resonemangen tenderar att röra sig *bakåt*.

[543] Attityden kan kallas hermeneutisk – se särskilt Gadamer, Förnuftet i vetenskapens tidsålder s 74 ff. I svensk doktrin har H Andersson ofta understrukit frågans överordnade betydelse. Se t ex H Andersson, Constructive Deconstruction s 370; dens, Ekonomisk-ideell skada s 21; dens, Kausalitetsproblem – kausalitet eller problem?; dens, Skyddsändamål och adekvans s 180, 210 och 233.

[544] Det hävdas i Douglas Adams "The Hitchhiker's Guide to the Galaxy" att en hyperintelligent livsform vid något tillfälle i universums historia skapade den näst mest avancerade dator som någonsin existerat, i syfte att få ett svar på "den slutgiltiga frågan om livet, universum och allting". Efter drygt sju miljoner års beräkningstid meddelade datorn att svaret alldeles avgjort var "42". Man lyckades emellertid aldrig ta reda på hur frågan egentligen skulle ställas. Med hänvisning till denna episod kan vi påpeka att det ofta spelar mindre roll om en insikt formuleras som en fråga eller som ett svar, och att det är förståelsen som är intressant. Vad gäller ämnet för denna avhandling är vi bekanta med frågan – men förstår vi den? "Var går gränsen mellan tolkning och utfyllning?" Vad är det vi vill veta när vi ställer den frågan? Kan vi inte svara på det tjänar det kanske inte så mycket till att peka ut var gränsen skall dras. "Här går den! Och vad vill du nu göra med det svaret?" Du undrar om du kan gräva upp busken som växer mellan ditt och grannens hus, och frågar därför var tomtgränsen går. "Här går den!" Det är ett svar som har betydelse.

[545] Jfr Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 30: "... jag tänkte på mitt arbete inom filosofin och sade för mig själv: 'I destroy, I destroy, I destroy – '." Och egentligen är det *svårare* att riva ned än att bygga upp; jfr Arnholm, Omkring rettshandelsteorien s 431. Nästintill alla akademiska destruktionsförsök misslyckas. Jfr t ex Lundstedts försök att krossa rättsideologin.

[546] Det språkkritiken förstör, är inte värt att bevara. Se nedan n 549.

[547] Se Malcolm, Wittgenstein: A Religious Point of View? s 44.

Istället för att bygga vidare på de påståenden traditionen tillhandahåller, frågar sig språkkritikern vad som motiverat dem och hur de förhåller sig till varandra. Han stannar upp, hellre än att driva på mot slutsatserna, för att besinna sig över till exempel den riktning undersökningen kommit att ta.[548] "Mycket snack och lite verkstad!" kunde vara språkkritikerns motto – även om det kanske är onödigt provocerande och risken för missförstånd är uppenbar. Rätt förstått är det dock exakt. Språkkritikens princip är inte konstruktiv eller instrumentell, utan klarläggande eller friläggande.[549]

ix. Skildringen kan ge intryck av att vara på ett visst sätt *cirkulär*, snarare än linjär. Den tycks ständigt återvända till utgångspunkten – för den släpper aldrig taget om problemet – men den väg som tillryggalagts garanterar att cirkeln inte sluts. Frågeställningen förskjuts kontinuerligt. Det är därför en förutsättning att man beaktar vägen vid läsningen. Man kan inte rycka passager ur en språkkritisk text och förvänta sig att de skall vara fullt begripliga. Undersökningen skall tänkas som en process, inte som ett försök att lägga fram en lära.[550]

x. Det språkkritiska tänkandet kan förefalla att vara *dikotomikritiskt*, snarare än dikotomiskt, emedan materian inte behandlas genom att inordnas under hävdvunna dikotomier – objektivt och subjektivt, form och materia, vara och böra, vilja och uttryck, privat och offentligt, regel och skön och så vidare, och så vidare – utan genom att den tillåts distansera oss från, och om möjligt rubba, den mekanismen. Språkkritiken fogar sig efter materialet, den försöker inte tygla det. Det finns till exempel ingen anledning att kritisera en dikotomi därför att den är en dikotomi. Dikotomierna hör till

[548] Jfr t ex Wittgenstein, Om visshet § 532: "Jag filosoferar nu som en gammal kvinna som ständigt förlägger något och på nytt måste leta efter det; än glasögonen, än nyckelknippet."; dens, Särskilda anmärkningar s 77: "Där andra går vidare, där blir jag stående."

[549] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 118: "Vad gör vår betraktelse viktig, då den ju tycks förstöra allt intressant, dvs allt stort och viktigt? (Så att säga alla byggnadsverk; i det att den bara lämnar kvar stenbitar och murbruk.) Men det är bara korthus vi förstör, och vi friläger den språkets grund varpå de stod." Se också dens, Filosofi s 21.

[550] Man måste följa med på vägen. Den tanken är central för Wittgenstein – se särskilt Tractatus 4.112 – och man finner den hos t ex Heidegger och Foucault.

språket, och det vore befängt att kritisera språket för att det har den beskaffenhet det har.[551] Språket är i sin ordning. Emellertid är den avtalsrättsliga diskursen genomträngd av dikotomier. Den behärskas av ett dikotomiskt tänkande, och den "språkets makt att göra allting lika", som Wittgenstein satte sig upp emot,[552] utövas på detta fält ofta genom att händelserna/texterna/det partikulära gjuts om i de formar som våra dikotomier tillhandahåller. Och jag tror att undersökningen – i det föregående och i det följande – ger många exempel på detta. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är naturligtvis en sådan dikotomi, och den knyter an till åtskilliga andra, varför jag har särskild anledning att uppehålla mig vid, och återkomma till, det avtalsrättsliga tänkandets dikotomiska struktur. Jag uppställer, för övrigt, självfallet också egna dikotomier.

Någon kanske finner den rättsvetenskapliga strategi som här beskrivits väl riskabel. För det måste vara enkelt att vända metoden mot utövaren. Är jag så säker på att jag själv skriver "kritiskt" snarare än "dogmatiskt"? Hur skulle min egen text klara en språkkritisk granskning? Antagligen inte utan anmärkningar; jag inbillar mig inte att jag lyckats vara heltigenom konsekvent. Om jag verkligen framgångsrikt förstört några beläten, har jag antagligen inte helt kunnat avhålla mig från att ställa nya i de gamlas ställe.[553] Och jag skulle välkomna kritik. Analysen har inget värde försåvitt den i sin tur skulle visa sig förhastad.

*

Sådär. Nu kanske läsaren hoppas att vi kan låta frågan om angreppssättet vara. Och det kan vi, åtminstone i formellt hänseende: Här når de metodologiska utläggningar som utgör avhandlingens första avdelning sitt slut. Jag menar emellertid allvar när jag påstår att metod och tillämpning inte kan, och inte bör, hållas isär i en framställning som liksom denna ägnas tolkningslärans grundfrågor. Texten har ju heller inte resulterat i något egentligt metodologiskt recept. Vi har inte givits några regler att

[551] Tanken är inte att dikotomin som sådan är problematisk – t ex därför att den skulle vara alltför trubbig för verkligheten (som om språket bara vore en digital bild av en verklighet som egentligen är analog).

[552] Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 31.

[553] Bilden efter Wittgenstein, Filosofi s 21.

följa. Ingen språkkritisk lära – och någon sådan kan heller inte finnas så som språkkritikens begrepp här har bestämts. Det finns återkommande fraser, karakteristiska åtbörder och typiska grepp. Det finns en teknik; allt som ovan har sagts har syftat till att förmedla en känsla för denna. Det är inte formlerna som är viktiga – dem ser jag helst att man glömmer bort – utan vad tekniken åstadkommer. Kommer vi någon vart med vårt problem? Det är bara det som intresserar mig. Alltså: Åter till problemet. Vad är det vi skiljer åt, när vi skiljer tolkning från utfyllning?

ANDRA AVDELNINGEN

Tillämpningen

4 Inledning – en metafor

> Der er ikke altid et skel mellem det, som er virkeligt, og det som er billede, og det er jo ikke så mærkeligt, for også billedet er jo virkeligt (og dermed kan også det, vi begyndte med at kalde virkelighed, være et billede).
>
> *Henrik Zahle*

4.1 Det som är tecknat är inte verkligt

4.1.1 En episod ur "Krazy Kat"

I George Herrimans klassiska tecknade serie "Krazy Kat",[554] försöker den anarkistiska musen Ignatz ständigt att kasta en tegelsten i huvudet på den oskuldsfulla katten Krazy, som av okänd anledning ser en räcka kärleksförklaringar i detta beteende. Mellan Ignatz och Krazy står den plikttrogne hundkonstapeln Pupp. Han bevakar ligisten Ignatz, för att om möjligt ta honom på bar gärning. Varje enskild episod utspelar sig inom ramarna för detta scenario.

Vid ett tillfälle står konstapel Pupp framför vad som ser ut att vara ett vanligt träd och funderar över om det är *verkligt* eller *tecknat*. Pupp vet att Ignatz tidigare kommit undan genom att rita ett träd att gömma sig bakom, och nu betraktar han varje träd med misstänksamhet. Frågan är hur de riktiga träden skall skiljas från de tecknade. Pupp har tur. En hackspett spatserar förbi – en expert på träd. Konstapeln ställer frågan: "Ser du trädet där, lilla hackspett?" Hackspetten fortsätter oberört under det att den svarar: "Vilket träd?" Pupp raderar trädet med en borste och avslöjar Ignatz.

[554] "Krazy Kat" publicerades i amerikanska dagstidningar under perioden 1913–1944.

4.1.2 Utläggning

Sekvensen leker, uppenbarligen, med förhållandet mellan "det tecknade" och "verkligheten".[555] På den tecknade berättelsens nivå är skillnaden mellan riktiga träd och träd som någon har tecknat reell. Visserligen kan vare sig läsaren eller konstapel Pupp skilja dem åt, men det är bara för Pupp som denna svårighet innebär ett reellt problem. För att komma åt Ignatz måste han, så att säga i det tecknade, finna ett sätt att skilja det som är tecknat, från det som inte är tecknat.

Det som är tecknat är inte verkligt och det som är verkligt är inte tecknat. Gott så, men det är ren plattityd som inte hjälper konstapel Pupp. Frågan är hur förhållandet mellan det tecknade och det verkliga konkret skall gestalta sig i just denna seriestripp. Berättelsens dramaturgi bygger på att läsaren i utgångsläget inte vet hur den frågan kommer att avgöras.

Herriman utnyttjar sitt medium. Så länge vi befinner oss i den tecknade berättelsen kan i princip vad som helst hända – att det tecknade i den bemärkelsen är det verkligas motsats är själva förutsättningen för att problemet med trädet alls skall kunna uppstå. Men det sätt på vilket Pupps problem faktiskt – i serien – får sin lösning, framstår inte som slumpmässigt valt. Lösningen är inte godtycklig. En hackspett spatserar förbi – och hackspettar är i viss mening *verkligen* experter på träd. Låt vara att konstapel Pupp är en hund i uniform som konverserar med möss och fåglar; i och med att serieskaparen låter trädexperten vara hackspett kommer seriens interna logik på denna punkt att överensstämma med verklighetens, det vill säga med den ordning som vi finner naturlig.

Det är, vidare, inte blott med avseende på denna rena detalj som den i serien inneslutna världen korresponderar med den verkliga. Karaktärerna har namn, polisen bär uniform och jagar en illgärningsman, det som tecknats kan suddas ut, språket är detsamma som i vår värld, föremålen kastar skuggor och så vidare. Funderar man på saken kan det rentav verka som om seriens styrande princip är *efterbildningens* och att den i enlighet med denna skapar sin innebörd – blir meningsfull – genom att parasitera på verkliga meningssammanhang. Och visst är det så, att vi till viss del förstår Pupps roll i berättelsen emedan vi vet vad en konstapel är.

[555] Till det följande finns det gott om förlagor. Enligt analys 1 A förstår väl sig den moderna konsten, t ex, genom att ta avstånd från den rena avbildningens princip. Ett litet mästerverk i genren, som gör texten i detta avsnitt till en blek avbild, är Foucaults utläggning av Magrittes "La Trahison des Images" i uppsatsen "This Is Not a Pipe" – se Foucault, Aesthetics, Method, and Epistemology s 187 ff.

Serien har surrealistiska drag, men dess surrealism går inte över gränsen till det meningslösa – den rymmer ett betydande mått av realism. Synbarligen är det tecknade inte helt enkelt det verkligas motsats.

Själva vitsen med just denna episod ur "Krazy Kat" är emellertid, i mina ögon, att den inte tillåter tänkandet över det tecknades förhållande till det verkliga att göra halt här, vid konstaterandet att det tecknade är beroende av det verkliga såtillvida som serien för att vara meningsfull måste efterbilda verkligheten – om än på ett skruvat sätt. Detta att det är skillnad på sådant som är tecknat (tecknade träd) och sådant som är verkligt (träd), är nämligen även det någonting som vi, här "ute i verkligheten" har konkret erfarenhet av. Skillnaden är reell. Den gäller, så att säga, i verkligheten och är lätt iakttagbar. Genom att återge och anspela på detta drag i erfarenheten begåvas serien med en metanivå. Den kommenterar serietecknandets villkor och markerar således medvetenhet om mediets realitet. För teckningar är naturligtvis också verkliga (i seriestrippens spegelbild: De träd som är verkliga för Pupp och de övriga karaktärerna är också tecknade). Väl uppmärksammade på detta kan vi börja skönja de regler och gränser som gäller för denna specifika tecknade serie som reellt fenomen. Den illusion som den typiska serien – i likhet med varje fantastisk berättelse – försöker skapa, har alltså här i viss mån hävts.

Märk först genrens villkor.[556] Det finns serier av olika slag, men alla framställs i rutor, som läses från vänster till höger, uppifrån och ner. Bilderna kombineras ofta med text, som i den mån den innehåller dialog presenteras i någon form av pratbubblor. Normalt ges ett någorlunda fast persongalleri – en uppsättning seriefigurer – och det är inte minst detta som ger varje serie dess identitet. Handlingen utspelar sig, självfallet, i interaktionen mellan karaktärerna och bygger ofta på igenkänningens princip. Inte minst gäller det serier avsedda för dagstidningar – sådana som "Krazy Kat" – som ju publiceras strängt periodiskt. På sådana serier ställs höga krav på effektivitet i berättandet. Till sitt förfogande har tecknaren endast en enskild stripp, det vill säga en enkel rad av tre, fyra, fem serierutor. Som inledningsvis påpekades utnyttjade "Krazy Kats" skapare dessa förutsättningar för att gång på gång upprepa och variera en och samma grundberättelse – det triangeldrama som binder samman Krazy, Ignatz och konstapel Pupp.

[556] Se härtill t ex Eisner, W, Comics and Sequential Art.

Inom ramarna för detta koncept formar "Krazy Kat" sina egna regler och villkor. Ett återkommande tema är Ignatz uppfinningsrikedom. I sina försök att placera ännu en tegelsten i bakhuvudet på Krazy tvingas Ignatz att utveckla ständigt nya metoder för att gömma sig och sina tegelstenar, eller för att på andra sätt undkomma Pupp. Han nyttjar mekaniserade tegelstenar, flygande tegelstenar och avancerade kasttekniker. Understundom tänjer han på fysikens lagar – till exempel genom att, som i den sekvens som tagits till utgångspunkt för denna diskussion, själv teckna in någonting i serien. Metoderna förändras typiskt sett stegvis. Blir Ignatz påkommen med en tegelsten i en väska en dag, har väskan dubbel botten nästa dag. Detta gör det möjligt för konstapel Pupp – och för läsaren – att i någon mån förutse Ignatz nästa drag. Pupp utvecklar motmetoder. Ordnar Ignatz en stand-in, för att tillsynes kunna vara på två ställen samtidigt, kan det visa sig att Pupp har en stand-in i nästa stripp. Den möjligheten är å andra sidan Ignatz – i likhet med läsaren – väl medveten om. Ibland vinner Ignatz, ibland Pupp. Mekanismen driver berättelsen. Läsaren närmar sig varje ny episod undrandes vad Ignatz skall hitta på, och om han skall komma undan med det.

Nu – och det är poängen – tycks det vara uppenbart att läsförståelsen förutsätter förtrogenhet med de regler och villkor som bestämmer seriens identitet som reellt, kulturellt, fenomen. Den eventuella förståelse man kan nå genom att betrakta en episod av "Krazy Kat" uteslutande som en skev avbildning av "verkligheten" – av det som inte är tecknat – måste vara mycket torftig.[557]

"Krazy Kat" kan sägas konstituera sin egen verklighet och kan bara förstås inom ramen för denna.

4.2 Från "Krazy Kat" till tolkning och utfyllning

Distinktionen mellan tolkning och utfyllning balanserar mellan *det faktiska* och *det rättsliga*.[558] Jag vill föreslå att den förstås på det viset – ja,

[557] För oss borde det strängt taget vara omöjligt att betrakta serien så, för vi är alla bekanta med seriemediet och man kan inte välja att bortse från en kontext som man känner till – man kan inte välja att inte förstå (annat än i överförd bemärkelse).

[558] Jfr Høgberg, Kontraktstolkning s 83, som väljer "å anse avtalen som en hybrid i spennfeltet mellom faktum og rettsnorm". Avtalet är såväl tolkningens som utfyllningens objekt. Jfr Høgberg, a a s 78 f, om relationen mellan "avtalens status" och "tolkningsnormenes plass i rettssystemet".

det kan rentav sägas vara avhandlingens bärande tanke, att den bör förstås så.[559] Temat för framställningen är förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga, så som detta gestaltar sig i avtalsrätten, i distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

Men vad betyder då detta att distinktionen "balanserar" mellan de abstrakta storheterna "det faktiska" och "det rättsliga"? Sett för sig betyder det naturligtvis just ingenting. Påståendet tycks göra anspråk på att förmedla en insikt vunnen genom erfarenhet – men om det också ligger någonting bakom detsamma borde, får man tänka sig, i princip vara omöjligt att avgöra för någon som inte själv har plöjt igenom det relevanta materialet. Det rör sig om ett påstående av det slag – kategorin svävande (undflyende?) uttalanden om grundläggande rättssystematiska förhållanden – som man nickande och med ett hummande läte instämmer i. Det befinner sig på samma nivå som påståendet att det numera är svårt att upprätthålla gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt.

Det åvilar texten i denna andra avdelning av avhandlingen att nå förbi den nivån, och alltså att förse budskapet med substans. Jag vill börja med att relatera undersökningens tema till den i föregående avsnitt presenterade episoden ur "Krazy Kat", för att sedan redogöra för hur avhandlingens resonemang – kapitel för kapitel – vecklar ut sig från denna punkt.

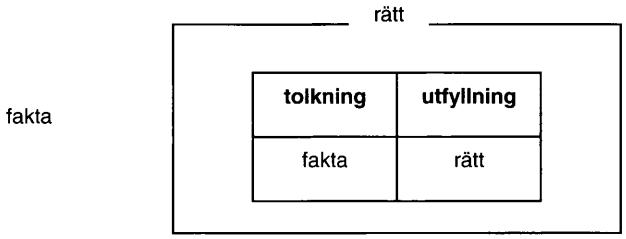
I rätt belysning skulle berättelsen om Ignatz misslyckade, men kreativa, försök att undkomma ordningsmakten, kunna ge en första känsla för det spel – det balanserande – som texten i denna avhandling syftar till att beskriva.

Vi kan utgå från undersökningsobjektets mest elementära anatomi: *Distinktionen mellan tolkning och utfyllning markerar på ett visst sätt, och i ett visst syfte, en gräns mellan det faktiska och det rättsliga. Genom tolkning fastställer rättstillämparen avtalets innebörd. Uppgiften blir att utröna vad parterna faktiskt kommit överens om. Utfyllningen kompletterar tolkningen. Den låter rättsliga normer och värderingar bestämma hur de frågor tolkningen lämnar obesvarade skall hanteras. Distinktionen mellan tolkning och*

[559] Framställningen gör anspråk på att avtäcka en frågeställning som i någon mening *är* förbunden med distinktionen mellan tolkning och utfyllning, någonting som finns där, och som man bara behöver bli uppmärksammad på, för att se. Samtidigt är det naturligtvis jag som ställer frågan, och därmed blir det min uppgift att få läsaren att känna *mitt* problems tyngd. Det är mitt problem, men det är, måste jag hävda, verkligt. Avhandlingens resonemang tar därför gärna formen av en situationsbeskrivning: "Men *ser* ni då inte...!"

utfyllning är en rättslig konstruktion – den definieras i de rättsliga källtexterna och har etablerat sig i det juridiska språket.

Dessa triviala förhållanden kan sammanfattas i påståendet att distinktionen mellan tolkning och utfyllning *i det rättsliga* drar en gräns mellan det som är rättsligt och det som är faktiskt. "Det faktiska" förstår vi här, som i så många andra sammanhang, som "det rättsligas" motsats. Förhållandet mellan tolkning och utfyllning är således analogt med det förhållande mellan tecknade träd och verkliga träd som upprättas i "Krazy Kat".



Inom ramen för det juridiska samtalet, i rätten och i rättskällorna, skiljer vi i många olika avseenden det faktiska från det rättsliga. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning utgör ett av många sätt att inomrättsligt dra denna gräns. De begrepp om fakticitet respektive rättslighet som därigenom kommer till uttryck är rättsliga – det vill säga, de kan bara förstås givet de specifika meningsvillkor som upprätthålls inom den (avtals)rättsliga diskursen. Det betyder att det faktiska – i egenskap av att vara det som är annorlunda, det icke-rättsliga – i vår förståelse får en transcendent kvalitet. Samtidigt som vi har tillgång till det faktiska, till exempel till avtalstolkningen, som ett objekt definierat av vår egen juridiska praktik, påminner det oss om, eller symboliserar, en realitet utanför denna praktik. På andra sidan det rättsligas gräns. Men förstå detta rätt. "Därute" – eller mer konkret: i andra livssammanhang, i nyhetsrapporteringen, i sociologin, på en middag – skiljer man naturligtvis också ut "det faktiska", såväl som (ibland) "det rättsliga", men det gör man på otaliga *andra* sätt. Poängen är alltså inte, att "det faktiska" verkligen befinner sig utanför rätten (vad nu det skulle betyda), utan att *vi*, i det rättsliga samtalet, skiljer fakta från rätt bland annat genom att skilja tolkning från utfyllning.

Distinktionen har en viss diskursspecifik identitet. Just som åtskillnaden mellan tecknat och verkligt i "Krazy Kat".

Den jurist som försöker sig på att skilja tolkning från utfyllning ställs inför ett problem som, följaktligen, kan jämföras med konstapel Pupps. Tolkning och utfyllning, verkliga och tecknade träd. I utgångsläget är dessa skillnader lika svårgripbara, distinktionerna lika *omöjliga* att genomföra i praktiken – svårigheten tycks oöverstiglig, särskilt när gränsen skall dras i ett konkret fall. För Pupp är ett träd ett träd. Ingenting avslöjar om det är tecknat eller verkligt. I samma situation befinner sig juristen, om han eller hon vill avgöra huruvida ett stycke konkret tolkningsargumentation – ta ett lämpligt utsnitt ur domskälen i ett godtyckligt valt avgörande som angår tolkningsfrågor – egentligen utgör ett exempel på tolkning eller ett exempel på utfyllning. Den ifrågavarande texten är helt enkelt en text, och den avslöjar synbarligen inte vad den i detta hänseende verkligen handlar om. "Verkligen" – till skillnad från vad den ger sig ut för att handla om. Emedan distinktionen mellan tolkning och utfyllning tar sikte på de verkliga förhållandena – den skall vara demaskerande – är vi ju här förhindrade från att lita på texten. Vi skulle vilja se igenom den. Men hur? Ja, hur skall det egentligen gå till?

Konstapel Pupp löser sitt problem genom att rådfråga en hackspett. Skulle juristen kunna finna en motsvarande lösning på frågan om tolkning och utfyllning? Det kan inte uteslutas. Inte för att det bland oss finns särskilda experter, som kan se igenom fiktiva tolkningsresonemang, så som hackspetten i Krazy Kats värld omedelbart ser tecknade träd för vad de är, men borde inte metoden vara överförbar på juridiken? Det vill säga, just som man genom att studera texten (serien) kan spåra principen för hur gränsen mellan det reella och det fiktiva dras i "Krazy Kat" (och med avseende på det specifika problemet med de tecknade träden är principen: Fråga en hackspett!), just så borde man genom att studera den avtalsrättsliga diskursen kunna spåra den princip efter vilken tolkningen skiljs från utfyllningen. Och att det *i detta avseende* verkligen finns en skillnad mellan tolkning och utfyllning är givet, redan i och med att det i avtalsrätten talas om en sådan skillnad. Frågan är då bara hur denna skillnad skall förstås. Till grund för förståelsen av "hackspettsprincipen" ligger "Krazy Kats" särpräglade repetitiva dramaturgi, det specifika bruk som Herriman gör av seriemediet, tidigare episoder och så vidare. Att fråga en hackspett är inte ett sätt att dra gränsen mellan verkliga och tecknade träd in abstracto, utan ett sätt att avslöja Ignatz. Det är den förväntade komiska vändningen – konstapel Pupps svar på Ignatz i sig komiska tilltag att gömma sig bakom i serien av honom själv inritade

föremål. Vi måste fråga efter beskaffenheten hos den motsvarande juridiska berättelse, som tillhandahåller villkoren för förståelsen av påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning.

Att spåra dessa villkor kommer naturligtvis att visa sig vara en besvärlig uppgift. Bakom de relevanta rättsliga texterna står inte *en* skapare, utan många. Texterna är skrivna vid olika tidpunkter, för olika ändamål, och ibland medvetet för att bekämpa varandra – i avtalsrätten hävdas nämligen också, att det *inte* är skillnad på tolkning och utfyllning. Det är inte givet hur kretsen av "relevanta" texter skall avgränsas ... och så vidare. Således måste nästan varje svar som kan avtvingas den avtalsrättsliga diskursen vara kontroversiellt. Men det hindrar inte, att frågan om förhållandet mellan fakta och fiktion hanteras på samma sätt när det gäller skillnaden mellan tolkning och utfyllning, som när det gäller skillnaden mellan verkliga träd och tecknade träd. Vi rör oss i båda fallen inom ramen för *en* diskurs – avtalsrättens respektive "Krazy Kats" – vilket vill säga att vi äger behandla dessa distinktioner som enhetliga objekt, möjliga att utfråga och undersöka genom analys av de korresponderande texterna.

Man kan tycka att det är lättsinnigt att närma sig en rättsvetenskaplig frågeställning på detta sätt – och intrycket av att det vi här har att göra med är en form av lek, förstärks möjligen av analogin till seriemediet[560] – men man skall inte ta miste på allvaret i den språkkritiska attityden. Leken är allvarsam.[561] Ytterst handlar det om att inifrån söka skönja det avtalsrättsliga språkets gränser, och således om vad, som strängt taget, på denna punkt, låter sig uttryckas avtalsrättsligt.[562]

Det är naturligtvis för att ställa saken på sin spets som jag använt en tecknad serie som metafor – för att göra kontrasten med den vetenskapliga genre inom vars ramar denna undersökning bedrivs så stor som möjligt, och därmed tanken, att de objekt som beskrivs inom respektive diskurs skulle kunna behandlas på samma sätt, så slående som möjligt. Vetenskapen gäller ju för att vara fiktionens raka motsats. Låt vara att

[560] Jfr engelskans "comics".

[561] En form av allvar ligger redan i lekens begrepp – Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 108: "Wer das Spiel nicht ernst nimmt, ist ein Spielverderber."

[562] Jfr H Andersson, Barthesianska meditationer s 97: "Teorin kring de språkliga dimensionerna är [...] inte 'bara ord'. Vad de språkliga meditationerna egentligen rör vid är [...] tänkandets karaktärsdrag." Denna Kantianska tanke uttryckt i den tidige Wittgensteins koncisa ordalag (Tractatus 4.114): "[Filosofin] skall avgränsa det tänkbara och därigenom det otänkbara. Den skall avgränsa det otänkbara inifrån genom det tänkbara."

gränsen mellan fakta och fiktion *inom ramen för en tecknad serie* (fiktion) ges genom textens och bildernas själva utformning, men är inte idén att de föremål som de *vetenskapliga* texterna angår skulle kunna behandlas på motsvarande sätt, uteslutande genom att studera dessa texter, hädisk, eller på något annat sätt absurd? Som om jag ville påstå, att verkligheten kunde förkortas bort ur den vetenskapliga ekvationen.

Det är emellertid inte det som är poängen. Poängen är, att skillnaden mellan vetenskap – specifikt den allmänavtalsrättsliga diskussionen kring tolkningens och utfyllningens problematik – och tecknade serier, såvitt gäller förståelsen för de begrepp och företeelser som får sitt innehåll och sitt liv genom respektive genre, mycket väl kan betraktas som *en stilskillnad.* Den tecknade serien är explicit i sin fiktionalism, den förutsätter det otroliga. Vetenskapen strävar i det längsta efter realism, ytterst gäller den naturligtvis sanningen – och i denna form är även avtalsrättsvetenskapen stöpt. Men detta hindrar inte, att den som vill veta hur gränsen mellan tolkning och utfyllning skall dras inom avtalsrätten måste hålla sig till de avtalsrättsliga texterna, just som den som vill veta hur man skiljer tecknade träd från verkliga i "Krazy Kat" har att läsa "Krazy Kat" och ingenting annat.

4.3 Avdelningens uppbyggnad

I inledningen till denna avhandling nämndes, att framställningens budskap skulle kunna sammanfattas i uppmaningen "Se texten!". Sedan dess har, inom ramen för avhandlingens första avdelning, åtskilliga sidor ägnats åt att klargöra vad detta betyder i metodologiskt hänseende och för den skandinaviska, särskilt den svenska, avtalsrättens del. I detta kapitel har principen med hjälp av en metafor överförts på problematiken kring tolkningens och utfyllningens begrepp. Det skulle kunna räcka, för jag har, principiellt sett, inte mer att säga än så. Det *skulle* kunna räcka, men det gör det naturligtvis inte. Jag har bara angett en läsart, och inte sagt någonting om vilken läsning jag för egen del vill rekommendera. Behandlingen av de faktiska texterna – hela den tradition som berör frågan om tolkning och utfyllning – återstår, och skall nu ta vid. Men jag vill göra gällande, emedan jag självfallet anser min egen läsning vara objektiv och tillförlitlig, att det kommande resonemanget helt enkelt faller ut, när man väl med uppmärksamhet vänder sig till tex-

ten. I viss mening – och i så måtto är allt som härefter följer att betrakta som en serie upprepningar.

Resonemanget i denna andra och sista avdelning är konstruerat på följande vis.

I *kapitel 5* ("Distinktionen mellan tolkning och utfyllning i praxis och doktrin – ingenting här, ingenting där") anhängiggörs frågan om tolkning och utfyllning – efter det att distinktionen presenterats, i den formulering som vanligtvis får gälla för att vara den ursprungliga – genom ett försök att i det konkreta rättskällematerialet spåra grunden för åtskillnaden. Det visar sig att distinktionen saknar *rättslig* grund, i denna mening, och det kan konstateras, att den traditionella åtskillnad mellan tolkning och utfyllning som vi känner, inte heller kan brytas ned i *utomrättsliga*, "empiriska", fakta. Distinktionen är alltså grundlös? Den tycks vara sin egen grund: ett nedärvt *postulat*, förmedlat till oss via auktoritativa texter.

Denna slutsats är emellertid svår att förlika med rådande vetenskapsideal. Vår vetenskap skall stå på realistisk grund, vilket i och för sig är just vad som utsägs i distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Avtalstolkningen skall inte bygga på fiktioner ... men vad gör vi om föreställningen om en egentlig (icke fiktiv) tolkning i sig är en fiktion? Hur skall vi förstå förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga i tolkningen, om denna distinktion "bara" är en myt?

I *kapitel 6* ("Riktningsangivelse") finner framställningen fram till ett sätt att närma sig det påstående som distinktionen mellan tolkning och utfyllning uttrycker. Jag rekommenderar att vi inte låter vårt tänkande styras alltför hårt av tanken, att detta påstående måste ha ett underlag – i bemärkelsen en korresponderande realitet, faktisk eller rättslig – för att vara meningsfullt. Istället riktas, i anslutning till den senare Wittgenstein, uppmärksamheten mot de former vi iakttar i *hanteringen av* distinktionen mellan tolkning och utfyllning, som språkligt uttryck betraktad. Härifrån och framåt frågar vi efter dessa former, eller annorlunda uttryckt, efter det *spelsätt* som bestämmer distinktionens innebörd.

Det noteras att även det *rättsfunktionalistiska* förhållningssätt till de juridiska begreppen, som ligger till grund för den moderna svenska förmögenhetsrätten, kan illustreras, och har illustrerats, med hjälp av spelanalogin. Perspektiven (denna avhandlings och det gängse, funktionalistiska) är besläktade med varandra, men skiljer sig åt på ett avgörande

sätt. Skillnaden riskerar dock att skymmas av likheten, givet de invanda tankemönstren. Jag konkluderar att det – om min poäng skall gå fram – är nödvändigt att belysa rättsfunktionalismens historiska grunder, och att således, genom återerinring, till medvetandenivån lyfta upp det sätt att konstruera de rättsliga begreppen, som vi här kommit att ta för givet.

I *kapitel 7* ("Begrepp, verklighet och minnet av rättighetsdebatten") gestaltas och återberättas den rättsfunktionalistiska begreppsanalysens tillkomsthistoria. I fokus för framställningen står den så kallade skandinaviska rättighetsdebatten. Denna antas vara den avgörande händelsen under utbildandet av den uppfattning om de rättsliga begreppens förhållande till verkligheten, som är kännetecknande för den moderna svenska förmögenhetsrätten. Genom att ta fasta på "rättighetsdebattens" symboliska betydelse, genom att studera denna debatt – dess upprinnelse, förlopp och efterspel – kan man bibringas en konkret känsla för de förskjutningar som vår begreppslära undergått sedan artonhundratalets slut. På så sätt kan man mäta upp avståndet mellan våra instinktivt kända sanningar och de utgångspunkter från vilka, till exempel, distinktionen mellan tolkning och utfyllning en gång utformades.

Vad undersökningen i denna del visar är, framförallt, att vår civilrättsvetenskap genom rättighetsdebatten *övervann* realismen, i den radikala scientistiska form som denna givits av Uppsalaskolans anhängare, främst Lundstedt. All rättsvetenskap som inte kunde grundas i empiriskt konstaterbara (sociala) realiteter skulle, enligt denna ursprungliga realism, helt enkelt avfärdas. I och med rättighetsdebatten kunde detta synsätt ersättas med ett tänkande – influerat av utvecklingen i den internationella filosofiska debatten – som utgick från *rättssystemet som sådant*. Frågan om rättsideologins relation till den sociala verkligheten – Lundstedts "realitetsspörsmål" – kunde sättas inom parentes, och uppmärksamheten kom att riktas mot de "funktionella" sambanden mellan regelsystemets olika delar. Vi behövde alltså ändå inte falla till föga för det tidiga nittonhundratalets revolutionära rättsuppfattning. Det juridiska språket/rättssystemet/rättsideologin kunde lämnas intakt ... men endast genom att tömmas på sitt innehåll.

Våra begrepp saknar "substans". Juridiken har blivit fri – obunden av annat än (framställnings)tekniska och rättspolitiska hänsyn. Historien, kulturen, teorin och andra rättsordningar är i princip utan relevans. Jag gör dock gällande, att denna inställning har kommit att förfela sitt ursprungliga syfte, och att vi genom att hålla fast vid densamma försatt

oss i en situation, i vilken vi inte längre *förmår* att hantera de fragment av historia – det bråte – som vår diskurs för med sig och överallt konstitueras av. Det specifika exempel som jag har i åtanke är naturligtvis distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Strängt taget blir denna – bedömd utifrån rättsfunktionalistiska premisser – en dogmatisk överbyggnad, ett stycke metafysik. Hur skulle det vara möjligt att *förstå den* så?

I *kapitel 8* ("Åter till texterna") konfronteras den härskande funktionalistiska ideologin – resultatet av den historiska utveckling som beskrivits i kapitel 7 – med den förmögenhetsrättsliga diskursens intertextuella realitet. Eller, annorlunda uttryckt: Här ställs våra nedärvda attityder till de rättsliga begreppen mot det rättsliga språkets faktiska praktik. Jag hävdar att den funktionalistiska ideologin hindrar oss från att, i tänkandet över juridiken, se de texter som varje konkret rättslig diskussion de facto gäller. Funktionalismen implicerar att vi har *makten* över den rättsliga terminologin och lämnar därmed ur räkningen, att vi i betydande utsträckning är *fångna* i vårt språk och i vår tradition.

Jag tar den ur funktionalismen sprungna antisubjektivismen i avtalsrätten som exempel. Trots att de avtalsrättsliga texterna entydigt utsäger motsatsen, måste den konsekventa funktionalisten göra gällande, att det inte hör till avtalets begrepp att avtal ingås frivilligt, genom en "utväxling av överensstämmande viljeförklaringar". Länken mellan avtalet och viljan kan inte vara nödvändig, för det skulle innebära att avtalsbegreppet definierades substantiellt. Men för att kunna bibehålla denna uppfattning tvingas funktionalisten att oupphörligen bekämpa och med våld omtolka de texter som tillhandahåller avtalsrättens materia. Och funktionalisten släpper inte taget, för han eller hon drivs av en dogmatisk *antimetafysisk övertygelse*.

Men denna övertygelse är i sig ett resultat av indoktrinering. Den är given oss genom traditionens oreflekterade förmedling – och är nu bara ett stelnat minne av en lära ("den logiska positivismen") som varit död i över ett halvt århundrade. Det går inte att fly från metafysiken, men det betyder bara att det är ointressant att stämpla vissa läror som "metafysiska". Vetenskapen är inte längre metafysikens motsats, utan en form av metafysik. Distinktionen mellan "begreppsjurisprudens" och "modern juridik" är ohållbar. Vi saknar egentlig anledning att kämpa emot det juridiska språket ... och avtal ingås genom en frivillig överenskommelse. Det är åtminstone vad jag gör gällande.

I *kapitel 9* ("Realism och hermeneutik – en lek med ord") modereras, skulle man kunna säga, effekterna av resonemanget i kapitel 8. Jag menar förvisso inte, att vi skall göra oss kvitt den realistiska terminologin. Jag menar inte att det krävs, eller ens att det är möjligt. *Även denna terminologi hör ju till det juridiska språket.* Vad jag vill föreslå, är blott en förskjutning av perspektivet. I den i vid mening realistiska traditionen – och hit kan vi räkna såväl Uppsalaskolans rättskritik som 40- och 50-talets rättsfunktionalism – postuleras, oreflekterat, existensen av en "verklighet" som ligger utanför "rätten". Jag påpekar blott, att detta postulat *i sig* är en del av rättsspråket, och att det i detta språk fyller en viss, begränsad, funktion (sic!). Vi anlitar den funktionalistiska retoriken, och utgår från det realistiska grundpostulatet, i synnerhet när vi vill beskriva och tala om den juridiska verksamheten. Men när vi väl ägnar oss åt att avgöra en rättsfråga, så accepterar vi vanligtvis rättsideologin utan eftertanke – och med "rättsideologin" avses då den specifika verklighet som kommer till tals i de rättskälletexter på vars tolkning avgörandet reellt sett hänger. Det är lätt att säga att avtalstolkningen, till exempel, skall styras av objektiva lämplighetsöverväganden, men i det faktiska tolkandet kommer det inte desto mindre att handla om vad som står skrivet och hur detta skall förstås i den uppkomna situationen. Och det är inte av förbiseende. Betedde vi oss annorlunda vore vi dåliga jurister.

I syfte att fånga denna dubbelhet i den nutida realistiska juridikens praktik, gör jag gällande att vår juridik idealtypiskt kan förstås som ett samspel mellan två *olika* spelsätt, eller beteendemönster: det *realistiska* och det *hermeneutiska*. Med denna modell får man ett någorlunda nyanserat redskap, att använda vid beskrivningen av historiska förlopp och de civilrättsvetenskapliga fenomenen. Vi kan till exempel säga att distinktionen mellan tolkning och utfyllning uppstår i en konflikt mellan realism och hermeneutik. Historiskt-faktiskt har det att göra med hur viljan, som faktum och som rättslig princip, behandlades i övergången från tysk idealism till skandinavisk realism. Tillämpningen gestaltas i ett avsnitt om förutsättningslärans tidiga historia.

I *kapitel 10* ("Viljan som sak – den processuella kopplingen") tillämpas den i föregående kapitel beskrivna mekanismen – spelet mellan realism och hermeneutik – i ett försök att närmare beskriva just viljebegreppets öde i den moderna svenska juridiken. Återigen fokuseras på ett konkret historiskt sammanhang, och denna gång gäller det Ekelöfs mönsterbildande rekonstruktion av förhållandet mellan fakta och rätt, i process-

rätten och i metodläran. Ekelöf skiljde, driven av sina filosofiska övertygelser, med stor konsekvens, det faktiska från det rättsliga i sin dogmatik. Framställningen syftar till att visa vad detta konkret betydde för tolkningsbegreppet i allmänhet och avtalstolkningen i synnerhet. Utgångspunkten tas i den Ekelöfska åtskillnaden mellan sakfrågor och rättsfrågor, och det görs gällande att denna distinktion direkt motsvarar åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning. Båda distinktionerna framtvingas av samma ideologiska kraft och de är båda effekter av samma historiska skeende. När vi nu ser tillbaka på detta skeende, kan vi varsebli hur viljebegreppet förändras. För det är uppenbarligen inte så, att viljebegreppet helt enkelt detroniseras under det att vi lämnar den romantiska idealismen bakom oss. Nej, viljan förlorar sin överordnade betydelse i och med att den *omtolkas* – från att ha varit de i texten nedlagda tankarna, det som uttolkaren skall återskapa, till att bli ett psykologiskt faktum inne i huvudet på textens upphovsman. I den senare versionen – den moderna, den Ekelöfska – blir avtalstolkningen en bevisfråga och lagtolkningen måste ersättas med rättstillämpning (en värderande verksamhet – teleologi). Ty ingen vill väl på allvar göra gällande att det är juristernas uppgift att spåra det kausala sambandet mellan de psykiska tillstånden hos deltagarna i lagstiftningsprocessen och den resulterande lagtexten. *Tolkning* är ingenting för modernister.

I detta hanterande och reducerande av viljan och av tolkningen får distinktionen mellan tolkning och utfyllning sin innebörd.

I *kapitel 11* ("Mot en postrealistisk tolkningslära") dras slutligen konsekvenserna av de genomförda undersökningarna. Kapitlet är kort, men för att läsaren skall få en tydlig uppfattning om, vart framställningen är på väg, ägnas dess resonemang här särskild uppmärksamhet. Vad skall vi alltså ta oss till med distinktionen mellan tolkning och utfyllning?

Det är nu förhållandevis enkelt att beskriva, inte bara villkoren för undersökningsobjektets tillblivelse och utformning, utan också den genealogiska utveckling som gjort distinktionen mellan tolkning och utfyllning så svårhanterlig för den nutida rättsvetenskapen. När den hermeneutiska attityd som låg till grund för artonhundratalets tyska civilrätt gradvis ersätts med realism, förtingligas viljan bakom avtalstexten. Om viljan inte *per definition* är det som kommer till uttryck i texten, direkt och indirekt, och som får antas ligga till grund för avtalets rättsverkningar (inklusive naturalia negotii), utan måste tänkas *som en psykologisk realitet*, är det plötsligt givet, att domstolarnas vana att härleda

rättsverkningarna från viljan i många fall måste sakna grund. Naturligtvis har inte parterna tänkt allt det som domstolarna synbarligen tillskriver dem. Vi får en distinktion mellan tolkning och utfyllning. Men den realistiska/funktionalistiska mekanismen gör inte halt vid denna punkt. Så snart det blivit erkänt att partsviljan är att betrakta som ett faktum infinner sig frågan, varför detta specifika (rätts)faktum skall särbehandlas. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning befäster tillsynes den gamla föreställningen att avtalet skall betraktas som ett uttryck för partsviljan. Men det är svårt att finna några rationella skäl till varför avtalets rättsverkningar skall begränsas till fall i vilka förekomsten av en tolkningsvis fastställd partsvilja kan konstateras. Istället för att vara ett uttryck för objektivism, och en progressiv rättsuppfattning, blir distinktionen mellan tolkning och utfyllning ur en konsekvent funktionalistisk synvinkel sett så småningom att betrakta som en subjektivistisk dogm.

Den problematik som distinktionen är förknippad med i den moderna förmögenhetsrätten visar sig i denna analys alltså ha sin grund i, att den logik som först skiljde tolkningen från utfyllningen också måste lösa upp denna åtskillnad. Av analysen följer emellertid inte, att vi i nuläget måste överge distinktionen. Jag vill göra gällande, att det är rimligare – i den bemärkelsen att det utgör en bättre tolkning av det avtalsrättsliga källmaterialet – att såvitt gäller detta specifika problem istället ta avstånd från den bakomliggande funktionalistiska, objektiviserande logiken som sådan. Så som vår juridik är inrättad är det inte, så som det var vid artonhundratalets slut, motiverat att ifrågasätta de utfyllande reglernas betydelse för fastställandet av rättshandlingarnas rättsverkningar. Det finns ett system av dispositiva rättsregler, och reglerna tillämpas. Lika ovedersägligt är, att domstolarna när det är möjligt försöker att avgöra frågan om rättsverkningarna genom en tolkning grundad på i målet föreliggande konkreta, individuella tolkningsdata. Såtillvida är det uppenbarligen skillnad på tolkning och utfyllning.

Skall vi emellertid kunna befria oss från de teoretiska låsningar som denna skillnad givit upphov till är det, hävdar jag, nödvändigt att vi ger upp den korresponderande traditionella, modernistiska begreppsbestämningen. Skillnaden kan förvisso inte återföras på, att avtalstolkningen ytterst gäller psykiska fakta. Som all annan juridisk tolkning handlar avtalstolkning om att relatera en viss text till ett visst konkret fall. Skillnaden mellan "tolkning" och "utfyllning" ligger blott i det sätt på vilket texten är given. Avtalstexten fixeras av parterna, men som alltid i rättstill-

lämpningen är det domstolens uppgift att tolka den. Allt som krävs, för att vi skall kunna se saken på detta sätt, är att vi överger föreställningen att partsviljan står att söka i parternas inre vid tiden för avtalsslutet. Vi måste ge upp denna specifika tolkning av avtalsrättens subjektiva dimension – och det innebär ingen uppoffring, utan endast att vi släpper taget om en princip, som det var nödvändigt att hålla fast vid under upproret mot "viljeteorin", men som sedan länge stelnat till en oreflekterad dogm.

Den teoretiska frågan angående *gränsen* mellan tolkning och utfyllning löses upp i och med att den klassiska begreppsbestämningen avfärdas. Vi kan nu se, att frågan om tolkningens förhållande till utfyllningen inte på något särskilt sett utmärker sig – den kan likställas med frågan, hur två givna rättsliga argumentationsformer, vilka som helst, förhåller sig till varandra. Frågan hur gränsen mellan tolkning och utfyllning skall dras är till exempel analog med frågan hur man drar gränsen mellan förutsättningsläran och det avtalsrättsliga jämkningsinstitutet. Man kan beskriva skillnaden abstrakt, i till exempel en lärobok, och det kan man göra på olika sätt. Men i praktiken, i det konkreta fallet, är man alltid och ofrånkomligen hänvisad till en bedömning av det konkreta underlaget. Låter sig *dessa* omständigheter hanteras som tolkningsdata? Kan vi lägga dem till grund för ett tolkningsresonemang, eller blir det för ansträngt? På så sätt, och endast på så sätt, visar det sig var tolkningens gränser går.

Det är åtminstone vad jag gör gällande.

Resonemanget i punktform:

Kap 5 Den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning saknar såväl rättslig som faktisk grund – den kan närmast betraktas som en rättslig *myt*.

Kap 6 Vill vi förstå det mytiska påstående, i vilket distinktionen mellan tolkning och utfyllning kommer till uttryck, bör vi rikta uppmärksamheten mot det *språkspel* i vilket det hör hemma.

Kap 7 I vägen för en sådan förståelse ligger dock den moderna förmögenhetsrättens traditionella begreppslära, den som utkristalliserades under "den skandinaviska rättighetsdebatten". Vi måste vända åter dit för att kunna distansera oss från vårt eget tänkande kring de rättsliga begreppen och deras relation till verkligheten.

Kap 8 Lyckas vi ta klivet ut ur vår nedärvda rättsuppfattning så finner vi, att rätten reellt sett är en text, en myt – och vi kan se, till exempel, hur avtalsrätten de facto är uppbyggd kring viljeprincipen.

Kap 9 Den enkla uppdelningen i rätt och verklighet kan alltså inte försvaras, men det hindrar inte att denna i sig är reell. Strävandet ut från rätten, viljan att underkasta rätten ett krav på verklig funktionalitet, är ett essentiellt drag i den moderna förmögenhetsrätten – detta samsas dock med andra, inte minst det hermeneutiska, hantverksmässiga hanterandet av faktiska fall och texter. Den moderna juridiken kan, med avseende på relationen mellan rätt och verklighet, förstås som ett spel mellan *realism* och *hermeneutik*.

Kap 10 Genom att se saken på detta sätt, kan vi göra reda för det förtingligande av viljan, och det motsvarande förrättsligande av tolkningen, som blev följden av övergången från idealism till realism – till exempel hos Ekelöf.

Kap 11 Om argumentationen varit tillräckligt övertygande kan vi slutligen förmå oss att motstå frestelsen, att projicera den moderna bilden av partsviljan på tolkningens faktiska praktik – och därmed kan vi ta avstånd från distinktionen mellan tolkning och utfyllning, i dess traditionella utformning, utan att för den sakens skull tvingas förneka, att tolkningen har en *bestämd* plats i avtalsrätten, såväl systematiskt som på den praktiska argumentationens plan.

5 Distinktionen mellan tolkning och utfyllning i praxis och doktrin – ingenting här, ingenting där?

> Endelig maa det mærkes, at de forfattere, som vil sondre mellem, hvad dommeren finder ved fortolkning, og hvad han utenfra lægger ind i kontrakten, ikke formaar at trække nogensomhelst klar grænse mellem omraadet for disse to virksomheter.
>
> *Fredrik Stang*

5.1 Inledning. Den ursprungliga distinktionen

Denna undersökning gäller förhållandet mellan tolkning och utfyllning i den allmänna avtalsrätten. Vad är det då som undersökningen gäller? Ja, det var just det. Kunde den saken omedelbart fastslås vore undersökningen överflödig. Ändock föreligger, tycks det mig, ett behov av att inledningsvis ange vad det är som skall studeras. Så att vi vet vad vi talar om.[563]

Visserligen måste alla som är bekanta med den svenska avtalsrätten – om så blott ytligt – känna till begreppen tolkning och utfyllning. De motsvarande termerna är väl inarbetade i det avtalsrättsliga språket. Men den saken underlättar knappast, i förevarande sammanhang. Snarare utgör bekantskapen ifråga en fara. Objektets alldaglighet skymmer sikten och gör det svårare att sätta ut det frågetecken som måste sättas ut, om detta verkligen skall vara en undersökning. Här måste vi, så att säga, misstro vår känsla av invandhet – vår språkkänsla. För detta att vi behärskar det avtalsrättsliga språket sätter oss inte i stånd att – annat än

[563] Jfr t ex det sätt på vilket Lehrberg, Förutsättningsläran s 24 ff, hanterar motsvarande problem (genom att definiera sina termer).

på ett ytligt, ordboksmässigt sätt – redogöra för innebörden hos de avtalsrättsliga begreppen.[564]

Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är, vidare, ett av de terminologiska komplex i det juridiska språket som försetts med en färdig definition; en definition som, så att säga, följer distinktionen åt. Möter man i källorna påståendet, att det är skillnad på tolkning och utfyllning, kan man förvänta sig att i nära anslutning finna en bestämd förklaring (i någon variant) av vari skillnaden består. Det betyder att frågan om tolkning och utfyllning redan har ett svar, och detta svar kommer den jurist, som ställs inför frågan om tolkning och utfyllning, att vilja hänvisa till. Kan vi det inte utantill, vet vi var det står angivet, eller i alla fall hur man underrättar sig om den saken. Frågan är såtillvida inte öppen.[565]

Där står frågan och där svaret. Närmar man sig nu ämnet klumpigt riskerar man att dras in i den redan färdiga mekanism som konstruerats kring detta. Skall denna undersökning ha ett värde får den emellertid inte upprepa den rutin som här satt sig. Med andra ord måste frågan bli vilken innebörd distinktionen mellan tolkning och utfyllning *egentligen* har.[566] Det är en annan fråga och den har inget färdigt svar.

[564] Motsvarande gäller naturligtvis för alla ord vars användning man behärskar. Fenomenet har idéhistorien igenom föranlett filosoferande. Följande passage hos Augustinus (Augustine, Confessions. Books ix–xiii s 237 ff) är väl känd, inte minst därför att den uppmärksammats av Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 89 (se också t ex Hart, Concept of Law s 14; Hedenius, Om rätt och moral s 73): "For what is time? Who is able easily and briefly to explain that? Who is able so much as in thought to comprehend it, so as to express himself concerning it? And yet what in our usual discourse do we more familiarly and knowingly make mention of than time? And surely, we understand it well enough, when we speak of it: we understand it also, when in speaking with another we hear it named. What is time then? If nobody asks me, I know: but if I were desirous to explain it to one that should ask me, plainly I know not." En liknande poäng gör Hart, a st, liksom t ex Arnholm, Noen metodologiske betraktninger s 520; Grönfors, Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten s 206; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 20; Zahle, Omsorg for retfærdighed s 31, genom att hänvisa till *elefanten* – som man känner igen, trots att man inte kan definiera den. Se också nedan n 993.

[565] Se härtill t ex Boström, Tolkning av testamente s 22; Malmberg, Anställningsavtalet s 55 ff; Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s 120 f; se även ovan vid n 523.

[566] Jag menar inte: "Det *måste* finnas en sanning bakom de tomma formerna", utan: "Låt oss på allvar ställa frågan, vad dessa former innebär". Jag är inte ute efter det radikala avslöjandet, utan intar, hoppas jag, en *vänligare* attityd.

Inte desto mindre vill jag, som sagt, ha någonting av substans att utgå ifrån. Det tycks viktigt inte minst för konkretionens och för framställningens skull (tänkas kan ju också, att någon som inte är vidare bekant med avtalsrätten kommer att läsa detta).

Jag väljer följande strategi. Istället för att i allmänna ordalag förklara vad som menas med "distinktionen mellan tolkning och utfyllning", och därvid löpa risken att föregripa undersökningens resultat – det som ju faktiskt är slutpunkten på distinktionens hittillsvarande historia – vill jag börja från början och här gå tillbaka till distinktionens *föregivna ursprung*. Det gör tydligt att utgångspunkten just är en utgångspunkt. Materiellt tas avstampet i den lära som jag har att arbeta med och mot. Att det rör sig om just en *lära* kan också gott understrykas. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är en doktrinär konstruktion – jag har inte för avsikt att skyla över detta förhållande genom att postulera att den realitet som skall studeras egentligen är belägen någon annanstans, såsom i "det praktiska rättslivet".

Här studeras en sanning förmedlad till oss genom auktoritativa texter, och bland de auktoriteter som åkallas i syfte att belägga att tolkning skall skiljas från utfyllning intar Henry Ussing en särställning. När det gäller denna åtskillnad hänvisar de författare som uttryckligen anger sina källor så gott som undantagslöst tillbaka till Ussings "Aftaler paa Formuerettens Omraade" och sällan hänvisas till någonting mera ursprungligt.[567] Idén, att den subjektivistiska tolkningsterminologin i avtalsrätten måste genomlysas, och konfronteras med de underliggande realiteterna, var av stor betydelse i det sena artonhundratalets livaktiga danska civilrättsvetenskap,[568] och den hade tagits upp av Lassen[569] – men det var först hos Ussing som

[567] Se Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9 f; Bo Madsen, Aftalefunktioner s 43 f; Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 42; Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi s 106 ff; Huser, Avtaletolking s 127 ff; Jørgensen, Aftalen som form s 416 n 34; dens, Kontraktsret, 1. bds 167; Lehrberg, Förutsättningsläran s 120 f; dens, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 327 f; dens, Avtalstolkning s 15; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 374 ff; Malmberg, Anställningsavtalet s 55 f; Vahlén, Avtal och tolkning s 193; dens, Formkravet vid fastighetsköp s 79; Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s 120 f.

[568] Det kanske bästa exemplet på detta är utbildandet av den danska, objektiva förutsättningsläran, varom mera nedan i avsnitt 9.3.

[569] Efter kritik från Viggo Bentzon. Se Bentzon, Noter til Privatrettens almindelige Del s 155 f; Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 372 vid n 14 a).

denna tanke kom att artikuleras och framställas som en ny, från de gamla (tyska) teorierna renad, rättsvetenskaplig produkt, som borde tillmätas avgörande betydelse för den avtalsrättsliga systematiken.[570] Till saken hör naturligtvis också att Ussings anseende var oerhört.[571] När vi i nutida avtalsrätt talar om tolkning och utfyllning är det en kvardröjande effekt – diskursens minne av Ussings starkt kända närvaro. Han är den ursprungliga auktoriteten i dessa sammanhang. *Ussing* skiljde tolkning från utfyllning, såvitt oss anbelangar – det vill säga, oavsett vad som föregått hans formulering av distinktionen är denna ursprunglig i kraft av att utpekas som sådan i diskursen. Distinktionens historia, så som vi skriver den, börjar med Ussing.

"Aftaler paa Formuerettens Omraade" utkom i tre upplagor: 1931, 1945 och 1950. Den passage i första upplagan som skiljer tolkning från utfyllning upprepas ordagrant i de två senare upplagorna – och här behandlar Ussing frågan, hur avtalets rättsverkningar skall fastställas när viljeförklaringen och de konkreta omständigheterna i fallet inte ger det erforderliga underlaget:

> Ofte bruges Udtrykket *Fortolkning* i saa vid Forstand, at det omfatter ogsaa den Virksomhed, hvorved dette Spørgsmaal besvares. Fortolkning betyder da Fastlæggelse af Viljeserklæringens Retsvirkninger overhovedet indenfor de ufravigelige

[570] Ussing Aftaler, 1 udg s 10 antar att Lassen inte kunnat frigöra sig från "sin Ungdoms Retsfilosofi". Jfr Lassen, a st, som om de s k naturalia negotii uttalar att de som "Pligter inträde uden at være lovede, og at deres Indhold ikke bestemmes *ved individuel Fortolkning* af de foreliggende Løfter, *men efter Reglerne for Udfindelsen af, hvad der er objektiv Ret*. Desuagtet siges de i Almindelighed at være stiltiende lovede, og ogsaa den Virksomhed som gaar ud paa at udfinde dem, betegnes som Fortolkning. Denne Terminologi kan være misvisende. Men alligevel fastholdes den her [...]" *Anledningen* till att Lassen behåller den äldre terminologin, och inte tar det steg som Ussing senare tog, är, enligt Lassen själv, att naturalia negotii gäller *som om* de varit lovade och att de *i juridiskt hänseende* således är att likställa med det uttryckligen lovade; se Lassen, a a s 236 f. Med sikte på detta uttalar Ussing, Aftaler, 1 udg s 228 n 61: "De af Lassen [...] omtalte ældre Teorier, der søgte at begrunde Sætningen om naturalia negotii i Overensstemmelse med Viljes- eller Tillidsteorierne, har formentlig ingen Interesse i Nutiden." Motsättningen mellan Lassen och Ussing på denna punkt går igen i deras respektive sätt att hantera förutsättningsläran, till vilken vi skall återkomma. Se också nedan n 1367.

[571] Jfr Ekeberg, Biografi över Henry Ussing s 563: "Det har sagts om Henry Ussing, att hans skrifter i danskt rättsliv verkade nära nog med lagens auktoritet. Och endast sällan har det varit en rättsvetenskapsman förunnat att se sina verk bli till så stort gagn utanför det egna landets gränser som här obestridligen är fallet."

Retsreglers Ramme. Her foretrækkes det at tage Udtrykket i snævrere Betydning, saaledes at det kun betegner Fastlæggelsen af Erklæringens *Betydning*. Den yderligere Virksomhed, der kan være nødvendig til at bestemme Retsvirkningerne indenfor de ufravigelige Retsreglers Ramme, kaldes da *Udfyldning* af Erklæringen. Fortolkning har nemlig en noget anden Karakter end Udfyldningen. Fortolkningen søger i første Række at udfinde, hvad der er lovet (erklæret) *i det enkelte Tilfælde*, og den er for en stor Del *ujuridisk*, idet den er en Anvendelse af Sprogvidenskab, Psykologi, Logik etc. Udfyldningen sker derimod for Størstedelen *med almindelige Regler*, der ikke kan findes ved en Betragtning af det enkelte Tilfælde, men kun ved *retlige* Overvejelser. Det maa imidlertid indrømmes, at det er umuligt at drage en skarp Grænse mellem Fortolkning og Udfyldning. Saasnart Fortolkningen gaar ud over at fastslaa Ordenes sproglige Betydning og den erklærendes eller begge Parters Mening, beherskes den af retlige Synspunkter og bliver mer eller mindre beslægtet med Udfyldningen.

Spørgsmaalet om, hvorledes Viljeserklæringens Retsvirkning bestemmes paa de Punkter, hvor Fortolkningen intet Resultat giver, er *et rent Retsspørgsmaal*, og det *maa løses paa samme Maade som andre Retsspørgsmaal.*[572]

Här möter oss distinktionen mellan tolkning och utfyllning som en nyskapelse, som en avvikelse från det brukliga. Distinktionens närmare utformning tjänar som motivering till avvikelsen. Argumentet är, att vi måste göra denna terminologiska åtskillnad emedan det föreligger en faktisk skillnad, som gör den äldre terminologin missvisande. Upplägget ger Ussing anledning att brodera ut distinktionen; han måste ju visa att den terminologiska nyordning han föreslår är berättigad. Den resulterande strukturen är inte okomplicerad. Ussings distinktion mellan tolkning och utfyllning är både flerdimensionell och medvetet ungefärlig (märk de många förbehållen – "en noget anden", "i første Række", "for en stor Del", "for Størstedelen" och, naturligtvis, det uttryckliga konstaterandet av att "det er umuligt at drage en skarp Grænse").

[572] Första upplagan s 227 f, andra upplagan s 432 f och tredje upplagan s 432 f. Som framgår av förordet till tredje upplagan skiljer sig denna från andra upplagan endast såtillvida att ny lagstiftning föranlett vissa rättelser, hänvisningar till andra verk av Ussing infogats samt tryckfel åtgärdats. Anmärkas kan, att redan det förhållandet att den åtskiljande manövern på detta sätt två gånger ordagrant upprepas är ägnat att befästa distinktionen i den utformning Ussing givit den.

Plockar man sönder konstruktionen får man följande beståndsdelar.

i. Vad det överhuvudtaget gäller är *fastställandet av viljeförklaringars rättsverkningar...*

ii. ...det som tidigare helt enkelt kallades "tolkning", men som vi nu får kalla "tolkning i vid bemärkelse".

iii. Gränsen dras *inom ramen för tvingande rätt.*

iv. I den nya terminologin betecknar termen "tolkning" fastställelsen av *förklaringens* (objekt) *betydelse* (egenskap).

v. "Utfyllning" definieras i förhållande till denna betydelsefastställelse som den ytterligare verksamhet som kan krävas för att fastställa rättsverkningarna. Detta säger att tolkning och utfyllning är *verksamheter* och att tolkningen är *primär* i förhållande till utfyllningen. I vilket avseende tolkningen är primär utsägs inte (Kronologiskt? Metodologiskt? Logiskt?).

vi. Tolkningen gäller det innehåll som förklarats *i det enskilda fallet*, utfyllningen det innehåll som följer av *allmänt tillämpliga regler (rättsregler).*

vii. Tolkningen är *ojuridisk* – den innebär väsentligen faktahantering (genom användning av språkvetenskap, psykologi, logik och så vidare) – medan utfyllningen är *juridisk.* Innehållet i de normer man gör användning av vid utfyllningen kan endast fastställas genom rättsliga överväganden.

viii. Frågan hur rättsverkningarna skall fastställas när tolkningen inte ger något resultat är en ren rättsfråga – av samma karaktär som andra rättsfrågor. Därav synes följa att tolkningen skiljer ut sig, och att den inte gäller rättsfrågor utan rättsfrågornas motsats, det vill säga sakfrågor.

En ren analys av detta slag ger ett något oöverskådligt resultat. Syntetiserar man istället Ussings påståenden om distinktionens beskaffenhet, erhåller man, i komprimerad form, budskapet, att *tolkningen gäller det som följer av förklaringen (den faktiskt givna), medan utfyllningen gäller det som följer av tillämpliga rättsregler.* Förklaringen är det som är fallet, det som har hänt. Genom tolkningen kommer den konkreta händelsen till tals. När den tystnar tar rätten vid, och fyller ut de kvarvarande luckorna.

Schematiskt kan de dikotomier, som Ussing litar till vid utformandet av distinktionen, presenteras på följande vis – för att på ytterligare ett sätt åskådliggöra distinktionens innebörd.

tolkning	utfyllning
faktum (vara)	rätt (böra)
sakfråga	rättsfråga
individuellt	generellt
betydelsefastställelse	regeltillämpning
språkvetenskap, psykologi och logik	juridik

Detta är, kan vi säga, det som avhandlingen handlar om. Nu är frågan vad som skall göras med denna materia.

5.2 Vad är det som vi talar om, när vi talar om tolkning?

5.2.1 En inte fullt så oskyldig början

Jag skulle vilja börja på ett oskyldigt och liksom otvunget sätt ... det är bara det att det är så svårt. Anta att det inte vore någonting särskilt med distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Anta att man skulle kunna hantera frågan, hur gränsen mellan tolkning och utfyllning skall dras, som vilken annan juridisk fråga som helst. För frågeställningen är väl *juridisk*? I så fall borde vi kunna göra som vi brukar, och helt sonika vända oss till de rättsliga källtexterna med vår fråga.

Men frågan är systematisk och här befinner vi oss på tolkningslärans område. Redan detta betyder, att vi kommer att bli besvikna försåvitt vi hade förväntat oss, att det skulle vara möjligt att *läsa sig till* hur man lämpligen bör skilja tolkningen från utfyllningen. Det går inte att helt enkelt underrätta sig om den saken. Visst, det är enkelt nog att i källorna finna ett svar på frågan om tolkning och utfyllning. Vi kan citera några rader ur, till exempel, Vahléns "Avtal och tolkning". Men det är som att dra svaret ur en säck. Det är bara möjligt att nöja sig med ett svar som producerats på det sättet, om man kunnat stanna för det utan varje eftertanke – utan att fästa något avseende vid alla de andra källställen som

kan tänkas ha bäring på frågan och utan att fråga efter *grunden* för det svar man valt. För det är väl det som är problemet med systematiken på tolkningslärans område: *Vad* skall systematiseras? Vilket underlag har alltså påståenden om tolkningslärans innehåll?[573]

Jag tror att svårigheten här kan återföras på två elementära faktorer – där den första är uppenbar och ofta uppmärksammad, medan den andra gärna hamnar i skymundan – nämligen:

a) rättskälleläget och

b) det faktum att det är osäkert i vilken utsträckning tolkningslärans materia överhuvudtaget kan betraktas som "rättslig".

Tolkningsläran tycks uppenbarligen vara en rättssystematisk konstruktion, varför det borde vara givet att det material som genom tolkningsläran systematiseras och ordnas är just rättsligt. Fokus hamnar därmed naturligen på rättskälleläget, och jag vill också börja med denna första faktor, med det som är påtagligt och tydligt. Den andra faktorn, b), lämnar jag först liggande, men det skall visa sig att den inte ligger stillsamt och harmlöst, utan som en gnagande misstanke ... som vi snart nog kommer att tvingas konfrontera.

[573] Jfr det förhållandet att det just vad gäller tolkningsläran brukar förklaras, att några systematiskt ordnade och strikt definierade regler inte kan identifieras, varför en nykter redogörelse måste begränsas till angivandet av vissa oordnade, och mer eller mindre lösliga, riktlinjer, hållpunkter eller principer. Exempel på sådana förklaringar ger Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9; dens, Om avtalstolkning, s 579 och 583; Bernitz, Standardavtalsrätt s 44; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 186 f; Vahlén, Avtal och tolkning s 190, 192, 249, 253 och 271. Jfr Bengtsson, Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor s 5. Särskilt försiktig är Hellner, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt s 205, som menar att avtalstolkningen inte kan fångas ens i några allmänt formulerade synpunkter. Se även Hellner, a a s 196; jfr dens, Rättsteori s 72. Med Husers ord: "De teoretiske fremstillinger om avtaletolking hos oss går sjelden noe særlig lengre enn til å ramse opp endel 'tolkingsmomenter', som har vært tillagt vekt i praksis."; Huser, Avtaletolking s 37. På motsvarande sätt uttrycker sig Grönfors, Fraktavtalet och den allmänna avtalsrätten s 199, men Huser och Grönfors är inte ense om hur man bör förhålla sig till denna omständighet; se Grönfors, Anm av Huser, Avtaletolking s 466 f.

5.2.2 Om rättskälleläget

> Vid tolkning har domaren i blickfältet en serie rättssatser, vilka så att säga konkurrerar med varandra därför att tillämpningsområdet för den ena regeln flyter in i tillämpningsområdet för den andra. Man kan bygga upp helt motsatta domar med hjälp av olika regler och således finna juridisk täckning likaväl för den ena som för den andra lösningen.
>
> *Folke Schmidt*

Men vi börjar alltså med *rättskälleläget*. De grundläggande premisserna kan snabbt skisseras. I svensk rätt saknas i princip direkt tillämplig lagstiftning.[574] Motivuttalanden av generell relevans för tolkningsproblematiken är sällsynta, även om de förekommer. Tolkningsläran tar i allt väsentligt form i *rättspraxis* och i *doktrin* – dessa båda textslag måste urskiljas och förklaras vara av överskuggande betydelse. Givet rättskällehierarkin och en traditionell förståelse av rättsvetenskapens uppgifter står därmed klart att vi kommer att finna systematiken i doktrinen och att det som där systematiseras är praxis i tolkningsfrågor. Här skall vi alltså finna roten till problemet, och det gör vi också, enligt vad som allmänt antas. Kai Krüger anmärker:

> [S]ystematikkproblemet i denne del av kontraktsretten [tolkningsläran] oppleves som vanskelig av alle som har behandlet spørsmålene, ikke minst når det gjelder inpassningen av det foreliggende omfattende nordiske domsmateriale.[575]

[574] Den bestämmelse om tolkning av oklara villkor som återfinns i 10 § lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden kan i sammanhanget betraktas som en anomali; jfr prop. 1994/95:17 s 51. Lagstiftaren har infört detta systemfrämmande element i avtalsrätten för att tillgodose krav som ställs i Rådets direktiv 93/13/EEG. Här kunde man använda Wilhelmssons gubben i lådan-metafor. Se t ex Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 196. Se också Teubner, Legal Irritants, som tar sin utgångspunkt i det förhållandet att just direktiv 93/13/EEG ställde det kravet på den brittiska kontraktsrätten att denna skulle omfamna den kontinentalrättsliga skälighetsprincipen. Teubner driver utifrån denna utgångspunkt tesen att harmoniseringssträvanden tenderar att generera disharmoni, åtminstone såvitt de tar sig uttryck i försök att överföra rättsliga institut till främmande rättsordningar. Jfr Bernitz, En europeisk civillag? s 506 f, som framhåller att den förevarande gemenskapsrättsliga lagstiftningen på avtalsrättens område i sig är så pass inkoherent att den verkar fragmentiserande. Se vidare Collins, Methods and Aims of Comparative Contract Law s 397 f.

[575] Krüger, Norsk kontraktsrätt s 503. Se också t ex Gorton, Stödbrev rediviva s 415; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 147; Wilhelmsson, Anm av Høgberg, Kontraktstolkning s 256. Jfr Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet

Nu kan man väl tycka att det förhållandet att fältets struktur huvudsakligen bestäms genom att tillgänglig praxis systematiseras i doktrinen inte i sig borde göra tolkningsläran *särskilt* problematisk. Är inte rättskälleläget ungefär detsamma när det gäller till exempel förutsättningsläran, jämkning, fullmaktsläran och frågor om avtalsslut? Och är inte den relation mellan praxis och doktrin, som här avtecknar sig, klassisk? Domstolarnas kasuistiska avgöranden ordnas och förklaras i de mer principiellt hållna doktrinära framställningarna. Där domstolarna ständigt har det *konkreta* fall som är uppe till bedömning för ögonen, är rättsvetenskaparens perspektiv *abstrakt*.[576] Det kan rentav hävdas – och det är den traditionella uppfattningen – att doktrinen försvarar sin ställning som rättskälla just i och med att det endast är rättsvetenskapen som har möjlighet att lyfta fram rättens abstrakta aspekter.[577]

Vill man här försvara tanken att tolkningsläran är särskilt problematisk i rättssystematiskt hänseende, skulle man kunna göra det genom att ställa upp antagandet, att praxis på detta område är ovanligt spretig och därmed ovanligt motståndskraftig mot systematiseringsförsök.[578] Just

---

s 480: "Det är icke lätt att beskriva procederet vid tolkning. Upplysningarna i litteraturen är nämligen ofta allmänna och motsägande."

[576] Jfr t ex Hellner, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning s 207; Tuori, Critical Legal Positivism s 172.

[577] Se t ex H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 177 ff; Eftestøl-Wilhelmsson, Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn s 96; Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 45 f; Lehrberg, Rättsvetenskap i praktikens tjänst?; Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 322; Stang, Om retsvidenskap s 122; Wilhelmsson, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran s 195. Detta synes också ha varit Savignys ståndpunkt; se Hagerup, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter s 21.

[578] Det kan förvisso inte påstås att svenska domstolar fullständigt saknar systematiska ambitioner när det gäller tolkningsläran. Till undantagen hör NJA 1999 s 35 där HD, trots att detta inte var nödvändigt för avgörandet, inleder sitt tolkningsresonemang genom att konstatera att i målet inte påstått att parterna vid det aktuella avtalets ingående hade en gemensam uppfattning om avtalets innebörd, samt att utredningen inte heller gav stöd för att någon av parterna vid avtalsslutet utgick från att avtalet hade en viss innebörd och att motparten insåg eller måste ha insett detta. När HD sedan påstår att avgörande för tolkningen *därför* och *främst* blir avtalets ordalydelse, har en hierarki av tolkningsregler befästs, och denna återspeglar en i doktrinen ofta angiven rangordning, nämligen 1) gemensam partsavsikt, 2) dolusregeln och 3) viljeförklaringens objektiva innehåll; se t ex Lehrberg, Avtalstolkning s 57. Samma hierarki åberopas, om än mindre tydligt, i NJA 1997 s 382 – i detta fall tas utgångspunkten för tolkningsresonemanget i ordalydelsen; jfr även NJA 1991 s 319; NJA 2007 s 35.

när det gäller tolkningsfrågorna skulle alltså ansvaret för systematiseringen vila särskilt tungt på rättsvetenskapen.[579] I denna riktning pekar följande uttalande av Lehrberg:

> En stor mängd *rättsfall* aktualiserar avtalsrättsliga frågor som har med avtalstolkning att göra. De rättsfall från vilka mer generella och preciserade slutsatser rörande tolkningsreglerna kan dras är emellertid få och domarna ofta svårtolkade. Därför kan den juridiska litteraturens praktiska betydelse knappast underskattas. Det är ofta i *doktrinen* som de olika tolkningsregler och principer som legat till grund för domstolarnas avgöranden har formulerats: ibland från teoretiska utgångspunkter, ibland utifrån en systematisering av rättspraxis. Det är också i första hand här som diskussionen rörande avtalstolkningens inriktning och ändamål samt reglernas närmare innebörd har förts.[580]

Man kan läsa in mycket i denna passage – och den är tillräckligt representativ för att det, i sammanhanget, skall vara berättigat att uppehålla sig vid den en stund.

Vid första påseende är den relation mellan praxis och doktrin som Lehrberg etablerar den förväntade – konkretion i praxis ("[d]e rättsfall från vilka mer generella och preciserade slutsatser rörande tolkningsreglerna kan dras är [...] få") och abstraktion i rättsvetenskapen (tolkningsregler och principer [...] teoretiska utgångspunkter [...] systematisering"). Läser man mindre hastigt ser man dock, att Lehrberg *också* tycks mena raka motsatsen. Ty det egentliga budskapet är väl, att när det gäller tolkningsfrågorna finner man den konkreta och reella substansen i den juridiska litteraturen.

Här är vi möjligen en mer nyanserad förståelse av förhållandet mellan de för tolkningsläran grundläggande textslagen på spåren. Samtidigt som Lehrberg erkänner rättsfallens överordnade ställning, i formellt hänseende, så tillmäter han doktrinen större praktisk betydelse – och det ena

[579] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 380: "När det gäller tolkningslärans huvudfrågor har man för nordisk rätts del endast i begränsad utsträckning ledning av avtalslagen eller dess motiv. Då domstolarna haft att lösa de otaliga tolkningstvister som under årens lopp förelagts dem, har de därför i stor utsträckning varit hänvisade till sin intuition och till common-senseresonemang. Detta har i sin tur inciterat till användande av tämligen intetsägande domsmotiveringar, vilket även gällt tolkningsspörsmål av stor principiell räckvidd. För rättsvetenskapens del måste det därför vara en viktig uppgift att ingående diskutera och systematisera reglerna om tolkning." Se också Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 429; jfr även Chydenius, Om tolkning af rättsärenden s 26.

[580] Lehrberg, Avtalstolkning s 32.

ger det andra. Litteraturen kan, vidare, enligt Lehrberg ha denna större praktiska betydelse emedan den är tydlig där domstolarnas avgöranden är "svårtolkade" *och*, märk väl, emedan den kan härleda sin legitimitet från den högre rankade källan, det vill säga från praxis. I de vetenskapliga utläggningarna kommer de regler och principer "som legat till grund för domstolarnas avgöranden" till uttryck. Och dit når man genom systematisering och teoretiserande (av och angående, får man anta, tolkningsförfarandet i domstol). Vad vi får ut av Lehrbergs uttalande synes alltså vara följande: Sanningen om tolkningsförfarandet ligger förborgad i den stora mängd av rättsfall som berör tolkningsfrågorna, men i den mån vi har tillgång till denna sanning så är det förmedlat, genom rättslitteraturen. Det är så att säga i litteraturen som denna sanning kommer *till tals* – jämför Lehrbergs påstående, att det är i doktrinen som de underliggande reglerna och principerna har formulerats, och hans anmärkning, att det är där som diskussionen rörande tolkningsspörsmålen och reglernas närmare innebörd har förts.

Jag tror att vi utan omsvep kan konstatera att det är någonting som inte riktigt stämmer med denna redogörelse för förhållandet mellan praxis och doktrin på tolkningslärans område, även om det kanske inte är uppenbart exakt vari skevheten består. Låt se om vi inte kan göra detta tydligt.

5.2.3 Två tolkningsbegrepp?

> [I]mmer nur Eine Interpretation [...]
>
> *F C von Savigny*

All juridik bedrivs – och den strax ovan citerade passagen hos Lehrberg ger ett gott exempel – under antagandet att rätten är en och enhetlig.[581]

[581] Det rör (förmögenhets)rättens själva väsen – någonting som kan antydas genom att åkalla Savigny, i hans egenskap av anfader. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 262: "Allein die Gesammtheit der [...] Rechtsquellen [...] bildet ein Ganzes, welches zur Lösung jeder vorkommenden Aufgabe im Gebiete des Rechts bestimmt ist. Damit es zu diesem Zweck tauglich sey, müssen wir daran zwey Anforderungen machen: *Einheit* und *Vollständigkeit*." Tidigt anslöt Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Första delen s 23: "Uti alla Rättskällorna (icke blott Lagarna) betraktade såsom ett Helt, måste nödvändigtvis finnas *Enhet, Fullständighet* och *Consequens*." (Om Savignys systembegrepp se Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 136 ff och om relationen mellan Savigny och Schrevelius se Peterson, Från romerskrättsligt statustänkande till en allmäneuropeisk rättssubjektivitet s 216 ff). Hur

Men detta får man förstå på rätt sätt. Det är ju inte så, att juristerna på allvar *tror* att rätten är komplett och utan luckor. Snarare har vi här – så som påpekades ovan i avsnitt 3.1.2 – att göra med en egenskap hos det juridiska språkets grammatik.

Oavsett om det gäller ett konkret fall eller rättsläget in abstracto gör den juridiska utsagan som sådan anspråk på att gälla rätt*en*, i singularis. Och i detta specifika drag kommer juridikens praktiska beskaffenhet tydligt till uttryck. Den som yttrar sig över rättsläget fäller ett omdöme – avgör den sak som det gäller.[582] Svaret på frågan: "Vad gäller i detta avseende, rättsligt sett?" kan inte meningsfullt ges formen "Detta, men samtidigt också detta."[583] Såvitt vi vill behandla tolkningsläran som ett rättsligt fenomen kan det, följaktligen, egentligen bara finnas en tolkningslära, och vi får presumera att praxis i mål som angår tolkningsfrågor och de doktrinära utläggningarna om tolkningsproblemen på ett eller annat sätt gäller *samma sak*. På det för den juridiska argumentationen karakte-

---

nära detta, ännu och trots allt, angår oss. Se t ex Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 14 f; dens, Ändamål och funktion s 526 f och 531 ff; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 175 ff; Lehrberg, Förutsättningsläran s 69 ff; dens, I aktiebolagens skymningsland s 25; Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 322 ff; Zahle, Den fortryllede ret s 33 f. Jfr Peczenik, Vad är rätt? s 278 f, som beskriver rättssystemets enhet som juridikens grundantagande och rättfärdigar denna beskrivning genom att uppmärksamma vissa övergripande drag i den juridiska diskursen, eller "juristernas argumentationspraxis" som Peczenik uttrycker det. Denna grundsats – "the axiom of completeness" – "is part of most conceptions of a mature legal system", anmärker Fried, Contract as Promise s 67; se även Weinrib, The Idea of Private Law s 12 f och 29 ff.

[582] Annorlunda uttryckt: Tolkning är detsamma som tillämpning. Det är ju emedan denna praktiska sida av det juridiska sättet att förstå fenomenen är så tydlig som Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 330 ff, kan tillskriva den juridiska hermeneutiken en exemplarisk betydelse i sin utläggning av förståelsens ontologiska struktur. Mot vad som här sägs naturligtvis varje i idéhistorisk mening *realistisk* analys; jfr t ex Ekelöfs metodologiska uppfattning, som ju bygger på att tolkningen och tillämpningen hålls isär. Om kontrasten mellan realism och hermeneutik se nedan kapitel 9 och jfr, angående det specifika förhållandet mellan Ekelöf och Gadamer, nedan avsnitt 10.6.

[583] Denna egenhet hos det juridiska språket förlänar Dworkins kontroversiella s k one right answer-thesis ett visst mått av intuitiv rimlighet. Se Dworkin, Law's Empire, särskilt s 266 ff; dens, Taking Rights Seriously s 81 ff och för en överblick över debatten Bix, Law, Language and Legal Indeterminacy s 77 ff. För kritik från nordiska författare se t ex Aarnio, Reason and Authority s 217 ff; Peczenik, Vad är rätt? s 644 ff och härtill Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 82 f; Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk? s 653 f. Jfr Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 135 f.

ristiska sättet kommer vi således här att sträva efter att läsa samman de tillgängliga källorna.

Nu säger det sig självt, att de exegetiska svårigheter som måste övervinnas för att upprätthålla föreställningen om rättens enhetlighet är proportionella mot avståndet mellan de texter som skall läsas ihop. Och avståndet mellan praxis och doktrin är obestridligen stort på tolkningslärans område. Disciplinen förföljs av ett envist rykte, som gör gällande att den är särskilt akademisk och teoretisk,[584] och det är, som Lehrberg anmärker, "i första hand [i den rättsvetenskapliga litteraturen] som diskussionen rörande avtalstolkningens inriktning och ändamål samt reglernas närmare innebörd har förts". Detta gör det möjligt att skilja diskurserna – vetenskaparens och rättstillämparens – åt. Tolkningsfrågorna behandlas på ett sätt i doktrinen och på ett annat i praxis ... men redan det är kanske för mycket sagt: När det talas om "tolkningsfrågorna", tas ju för givet att det behandlade ämnet är ett och detsamma – som om tolkning vore *en* sak.

För att göra rättvisa åt skillnaden mellan dessa båda textslag borde vi kanske hellre säga, att avtalsrätten rymmer *två* tolkningsbegrepp. Skulle vi se uteslutande till texterna, och vore vi inte bundna till det juridiska språket (som förhindrar varje antagande om, att ett och samma rättsliga fenomen skulle kunna finnas i flera varianter), skulle den slutsatsen vara oundviklig. Det är ju bara alltför tydligt, att den doktrinära debatten kring tolkningslärans problemställningar har förhållandevis lite med avtalstolkningens praktik att göra.[585] Ibland antas att domstolarna aktar

[584] Och i vår rättskultur är det inte direkt positivt. Om jag inte tar miste finns det, t ex, ett mått av förakt i följande uttalande av Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 10 f: "Tyska rättslärda har under ett hundratal år byggt upp olika läror om avtalstolkning. Hela detta område har blivit en *playground* för teoretiska övningar på ganska abstrakt nivå. Avtalstolkning anses som 'fin juridik', något för de verkliga finsmakarna – andra göre sig icke besvär."

[585] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt II s 11: "En svårighet är att det inte finns någon allmänt accepterad begreppsbildning, terminologi eller systematik på detta område. I jämförelse med lagtolkning har avtalstolkning tilldragit sig ganska ringa uppmärksamhet, fast på senare tid betydligt mer än förr. När den första upplagan av denna bok kom till, var det nödvändigt att bygga upp en egen systematik och delvis en ny terminologi. Användningen av vissa termer överensstämmer inte på alla punkter med vad som förekommer hos andra författare. Sålunda råder det inte enighet om vad som innefattas i begreppet tolkning [...]"

sig för att ta ställning i de teoretiska striderna[586] – och det ligger säkerligen någonting i det – men i betydande utsträckning gäller, att domstolarna inte *kan* ta ställning till de teoretiska spörsmålen, av det enkla skälet att rättstillämparens språk skiljer sig från rättsvetenskapens. Man talar om olika saker.

Tolkningsläran är, som akademisk produkt betraktad, i betydande utsträckning självrefererande. Diskursen är sluten och den är historiskt bestämd att vara det. Den vetenskapliga diskussionen kring tolkningsfrågorna är till exempel fortfarande hårt präglad av de mönster som växte fram i samband med viljeteorins kollaps under det sena artonhundratalet. Striden mellan subjektivism och objektivism blev i tolkningsläran till den på många sätt förvirrande motsättningen mellan subjektiv och objektiv tolkning, och denna saknar, såvitt jag kan se och såsom ofta framhållits, strängt taget helt praktiska implikationer.[587] Ialltfall har, mig veterligen, ingen lyckats visa att denna den akademiska tolkningslärans kardinalfråga egentligen har någon bäring på det faktiska tolkningsförfa-

[586] Jfr O Svensson, Viljeförklaringen och dess innehåll s 12, som noterar: "Domstolarna har [...] undvikit att anknyta till viljeförklaringsterminologin." Viljeförklaringsbegreppet figurerar i och för sig i refererad praxis – i vissa typsammanhang, som när 32 § 1 st AvtL diskuteras, eller när det motiveras av framställningstekniska skäl. Termen kan ju t ex förekomma i någonting som måste återges, refereras eller åberopas, såsom ett förarbetsuttalande, eller främmande rätt. Men viljeförklaringsterminologin används ibland också helt otvunget, även av HD – som om den inte vore särskilt laddad. Se t ex NJA 1984 s 482, NJA 1985 s 717, NJA 1989 s 95, NJA 1992 s 820, NJA 1994 s 34, NJA 1999 s 793 och NJA 2000 s 78.

[587] Jag håller med Ross, Om ret og retfærdighed s 143 f, om att motsättningen mellan subjektiv och objektiv tolkning inte kan förklaras med hänvisning till tolkningens inriktning (mot den avsedda eller den uttryckta innebörden). Skriver Ross, a st: "Al fortolkning tager sit udgangspunkt i tilkendegivelsen og søger at nå frem til intentionen. Forskellen beror på de data, der tages i betragtning ved fortolkningen. Den subjektive fortolkningen er den, der medtager et hvilket som helst forhold, der er i stand til at belyse meningen [...] Den objektive fortolkning derimod begrænser de relevante data til dem, der er kendelige for modtageren i den situation i hvilken han oplever ytringen." Och man skulle kunna tillägga, att *denna* skillnad i sin tur är betingad av tolkningsobjektets karaktär. Det är en *dålig tolkning* när man inte beaktar omständigheter som är ägnade att kasta ljus över testators vilja med hänvisning till att de inte varit synbara för förmånstagaren, och det är, omvänt, en *dålig tolkning* när man fastställer avtalets innebörd med hänvisning till omständigheter som blott varit synbara för den ena parten. Domstolarna begår heller inte den typen av misstag. Jfr Lindell, Civilprocessen s 583, om tolkning av processrättshandlingar.

randet i domstol.[588] Problemet tycks endast kunna förstås som en konflikt mellan vetenskapliga ideologier,[589] eller snarare, numera, som det bleknande minnet av en sådan konflikt.

Man kan uppskatta avståndet mellan den akademiska debatten och tolkningsförfarandet i domstol genom att försöka att tillämpa principerna från den ena diskursen på den andra. För att kunna göra ett sådant försök måste man tvinga sig – ty tanken att det som diskuteras i doktrinen just är det praktiska tolkningsförfarandet är mycket stark. Vad skulle det annars vara som man debatterat? Vad som här krävs är, att man för en stund sätter denna självklarhet inom parentes. Lyckas man med det skall man dock märka, att det är mycket *svårt* att konkret föreställa sig vad det skulle innebära att i praktiken försöka tolka någonting till exempel subjektivt istället för objektivt, eller tvärtom.[590] Visserligen *låter det sig sägas* att tolkningen av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område skall vara objektiv. Och vi tänker oss väl skillnaden som en fråga om perspektiv (avgivarens, mottagarens eller den objektiva betraktarens). Men hur gör man för att i avtalstolkningen växla mellan perspektiven?[591] När har någonsin en domstol haft att välja mellan en subjektiv och en objektiv tolkning?[592] Någonting har sagts och gjorts, i ett visst sammanhang, och det är i regel allt. Till och med maximen *falsa*

[588] Och det är naturligtvis ingen invändning mot den akademiska behandlingen av tolkningsfrågorna, annat än givet en mycket naiv syn på rättsvetenskapen och dess uppgifter.

[589] Jfr nedan n 1250.

[590] Jfr Van Hoecke, Deep Level Comparative Law s 185, som efter att ha komparerat några europeiska tolkningsläror bl a drar följande slutsats: "So, surprisingly enough, both the English and French (highest) courts have, during most of the nineteenth and twentieth centuries, applied an objective approach behind a facade of a subjective approach." Surprise, surprise ... som man brukar säga. Men Van Hoecke kanske inte borde vara överraskad med tanke på att han genom sin definition av den subjektiva tolkningen (gå på viljan, inte på förklaringen) sett till att denna omöjligen kan praktiseras, annat än just som lögn; se t ex Van Hoecke, a a s 185 och 187.

[591] En övning: Ta vilket refererat tolkningsavgörande som helst. Identifiera tolkningsunderlaget och ställ frågan hur det spelar roll om detta betraktas "subjektivt" eller "objektivt". Vad måste man *göra* för att få dessa termer operationaliserbara? Man kan konstruera olika svar på den frågan – men vi känner inte svaret på förhand. Och det säger oss att termerna egentligen är främmande i detta sammanhang, trots att vi tycker att de inte borde vara det.

[592] Ett vanligt praktiskt problem, som inte har med den nu diskuterade frågan att göra, står man inför när man måste avgöra om individuella tolkningsdata i målet tillräckligt konkret manifesterar en innebörd som avviker från den som följer av annars tillämpliga generella normer (i t ex ett standardavtal). Se härtill nedan n 1235.

demonstratio non nocet – som ofta antas vara det tydligaste uttrycket för den klassiska viljebaserade synen på tolkningen i nu gällande lära[593] – förutsätter för sin tillämpning ett objektivt konstaterbart tolkningsunderlag, som är lika synbart, och potentiellt sett lika ägnat att inge tillit, som det mest standardiserade och välspridda allmänna villkor.[594]

Här kan man få intrycket, att den teoretiska stridsfråga, som traditionellt sett varit viktigast, saknar praktiska konsekvenser, och att praktiken saknar relevans för teorin...

5.2.4 Bakom fasaden – den egentliga tolkningen

> [T]he interpretation of contracts is an unpredictable business for the simple reason that the courts often say one thing and do another.
>
> *Patrick S Atiyah*

Tolkning är alltså en sak i praxis och en annan i den juridiska litteraturen? På sätt och vis.

I domstol har man att lösa den föreliggande tvisten, och det gör man, i den mån målet har med avtalstolkning att göra, genom att relatera avtalets text till den konkreta situation som parterna tvistar om. Normalt har man att välja mellan två tolkningar – den ena partens eller den andras.[595] Skall till exempel en försäkringstagare, som under några timmars arbete legat på knä i nygjuten betong och som genom kontakten med betongen erhållit frätskador på knäna, anses ha drabbats av skadan "ofrivilligt genom plötslig yttre händelse", vilket enligt tillämpliga försäkringsvillkor är en förutsättning för att försäkringsersättning skall utgå (NJA 2006

[593] Se t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 47.

[594] Vi får med andra ord inte blanda ihop det subjektiva (i bemärkelsen det individuella) med det subjektiva (i bemärkelsen det inre, det psykiska). Maximens objektiva karaktär kommer tydligt till uttryck i följande uttalande av HD i NJA 1991 s 319: "Det har i målet inte gjorts gällande att avtalsparterna i samband med tillkomsten av avtalet [...] diskuterat den närmare innebörden av de nu aktuella avtalsklausulerna. Inte heller föreligger några andra omständigheter vid sidan av själva avtalstexten som kan bidra till att klargöra hur avtalsparterna vid denna tidpunkt tolkade dessa klausuler. Avgörande för bedömningen blir därför, förutom den språkliga utformningen av klausulerna, dessas rättsliga bakgrund och allmänna syfte samt det sammanhang i vilket de förekommer." För en illustration (godtyckligt vald), se hur HD hanterar partsavsikten i NJA 2005 s 309.

[595] Med "tolkning" menas då tolknings*resultatet*.

s 53)? Ersättning eller inte? Försäkringstagarens tolkning eller försäkringsgivarens? Denna sin grundläggande problemstruktur bibehåller tolkningsfallen historien igenom och oavsett i vilken rättsordning vi befinner oss.

Diskussionen i doktrinen kan betraktas som en löpande kommentar till domstolarnas hantering av tolkningsproblemen. Här växlar dock modet märkbart med tiden och med geografin. Under artonhundratalet skrev man inte särdeles mycket om avtalstolkning.[596] Allmänt antogs att tolkning av avtal och andra rättshandlingar inte stort skiljde sig från tolkning av lag och andra rättskällor.[597] Och tolkningen betraktade man som en *konst*, som man endast kunde tillägna sig genom övning och genom studiet av tillgänglig praxis. Med en sådan uppfattning är det givet att tolkningen inte träffande kan beskrivas rättsligt, det vill säga *i termer av regler*. I allt detta följde man Savignys exempel. I sitt skolbildande kapitel om tolkning i "System" skriver Savigny:

> Die Auslegung ist eine Kunst, und die Bildung zu derselben wird durch die trefflichen Muster aus alter und neuer Zeit, die wir in reichem Maaße besitzen, gefördert. [...] [D]iese Kunst läßt sich eben so wenig, als irgend eine andere, durch Regeln mittheilen oder erwerben.[598]

[596] Se t ex Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte s 2 f; Chydenius, Om tolkning af rättsärenden s 3; Stang, Innledning til formueretten s 445 n 1. Någonting motsvarande har fram till ganska nyligen gällt i engelsk rätt. Som Van Hoecke, Deep Level Comparative Law s 178, anmärker: "In England, interpretation of contracts does not seem to be a subject in its own right. In some publications on contract law it is hardly mentioned, and if so, it is in the context of another topic: implied terms, misrepresentation, fraud, duress, consideration and so on." I den helt moderna rättsvetenskapliga engelska litteraturen har dock ämnet ägnats åtskillig uppmärksamhet; jfr Mitchell, Interpretation of Contracts s 1.

[597] Se t ex systematiken i Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung – en år 1899 utgiven översikt över den tyska doktrinen i ämnet. Reuterskiöld laborerar med en systematik där begreppet Rechtsauslegung, som inordnas under ett allmänt begrepp Auslegung, indelas efter ändamål, medel, objekt och subjekt. Indelningen efter objekt ger underklasserna Thatsachenauslegung, Gesetzesauslegung och Rechtsgeschäftsauslegung. Se t ex hur Reuterskiöld, a a s 59, betonar de gemensamma dragen mellan de olika typerna av tolkning.

[598] Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 211. Fritt översatt: "Tolkning är en konst, som man bäst tillägnar sig genom studium av de föredömliga mönster från äldre och nyare tid, som vi i så rik mängd besitter. [...] [D]enna konst låter sig lika lite som någon annan förmedlas eller förvärvas genom regler." Se också t ex Jhering, Geist des römischen Rechts. II.2 s 310; Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 67; Regelsberger, Pandekten. Band I s 145; Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung s 85; Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Första

Denna uppfattning är mindre självklar i det moderna nordiska förmögenhetsrättsliga sammanhanget.[599] Modernismens inträde medförde här – av skäl som ingående studeras i den kommande framställningen – ett långtgående *förrättsligande* av de juridiska fenomenen, även på tolkningslärans område. Hur processen konkret skulle gestaltas förblev dock oklart. Förrättsligandet av civilrätten kom att ta sig många och skiftande uttryck.

Minimumregelns öde ger ett belysande exempel. Några nedslag: Lassen hade ägnat denna regel *en* mening i sin "Haandbog".[600] Ussing lyfte dock upp den till dansk rätts självklara huvudregel[601] – och Vahlén kunde därför inte undgå att nämna den.[602] Vahlén nämner minimumregeln – först – men han är skeptisk, och ger betydligt mer utrymme åt oklarhetsregeln, som han finner ha en mera "påtaglig betydelse för gällande rätts del".[603] I helt moderna framställningar för minimumregeln en undanskymd tillvaro. Regeln anses vara *förenlig med* åtskilliga avgöranden i praxis och utgöra ett *uttryck för* en allmän princip, men skall vara behäftad med vissa begreppsliga oklarheter.[604]

Den principiella problematik som rättsvetenskapen här står inför, skulle kunna sägas vara den moderna tolkningslärans huvudproblem: Hur långt är det egentligen möjligt att komma i översättningen från *tolkning* till *regler*?[605] Eller, annorlunda uttryckt: Hur skall man, som rätts-

---

delen s 17; Stang, Om Vildfarelse s 30 och 32; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I s 98. Tanken synes höra till dem som den juridiska hermeneutiken tagit över från filologin; jfr således t ex Schleiermacher, Hermeneutik und Kritik s 80 f.

599 Ussing, Aftaler, 2 udg s 424, upprepar den gamla maximen om tolkningens karaktär av konst som endast lärs i praxis. Hellner, Tolkning av standardavtal s 266, liksom Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s 33, tar dock explicit avstånd från detsamma. Ussings uttalande citeras med gillande i Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 376; jfr Grönfors, Ändamål och funktion s 537.

600 Lassen, Haandbog i Obligationsretten, 3 udg s 369.

601 Ussing, Aftaler, 2 udg s 425 f.

602 Vahlén, Avtal och tolkning s 272 f.

603 Vahlén, a a s 273.

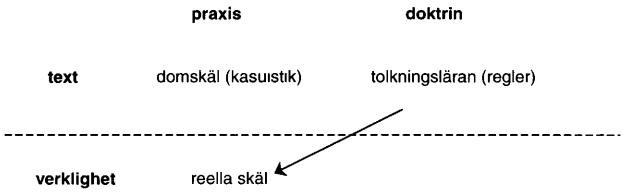
604 Se Adlercreutz, Avtalsrätt II s 100 f; Høgberg, Kontraktstolkning s 316 ff; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 402 ff; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 154; Woxholth, Avtaletrett. Viss upprättelse ges minimumregeln av Lehrberg, Avtalstolkning s 171 ff.

605 Lehrberg: "De rättsfall från vilka mer generella och preciserade slutsatser *rörande tolkningsreglerna* [min kurs] kan dras..."; se också Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9. Öppningsmeningen i Vahléns "Avtal och tolkning" lyder: "Syftet med denna bok är att

vetenskapare, kunna överbrygga avståndet till praxis, och åstadkomma en pålitlig beskrivning av rättsläget på detta område?[606] Hur tar man sig från praxis till doktrin?[607]

Genom sin blotta förhandenvaro säger oss den numera rikhaltiga tolkningslitteraturen, att vetenskapen inte resignerat inför uppgiften. En och samma retoriska figur får, typiskt sett, rättfärdiga projektet, nämligen åtskillnaden mellan *tolkningen* och *tolkningsargumentationen* – mellan det som rättstillämparen faktiskt har gjort och det som rättstillämparen säger sig ha gjort. Denna distinktion får mer eller mindre ensam bära upp disciplinen i retoriskt hänseende.

Här postulerar man alltså existensen av en realitet bakom texten, och degraderar därmed den senare till sken.



diskutera i gällande rätt tillämpade regler om tolkning och deras samband med andra allmänna avtalsrättsliga regler [...]". Jfr Kötz, European Contract Law, Vol 1 s 113: "All legal systems provide judges with maxims or rules of thumb to help them interpret contracts, but they are not really of much practical use; in general they only say what the judge's common sense would tell him anyway." Jfr Vahlén, Avtal och tolkning s 271: "De allmänna tolkningsreglerna [1. Minimumregeln 2. Oklarhetsregeln 3. Giltighetsregeln] äro mycket vaga och det vore felaktigt att tillmäta dem någon större betydelse för tolkningen."

[606] Utgångspunkten för Carl Martin Roos uppsats "Tvetydigheter i avtal", publicerad i SvJT 1972, var förkastandet av själva idén att tolkningsläran måste förankras i rätten. Roos, a a s 639, anmärkte avslutningsvis att han tvivlade "på möjligheten att fånga in [tolkningen] i generellt skrivna lagregler. Sådna skulle troligen bli ganska innehållslösa. Risken för att dylika regler skulle föra vilse i det enskilda fallet kan nog inte heller elimineras helt. En semantiskt skolad konfliktlösare skulle säkert kunna nå goda resultat med stöd av typfall och gott omdöme."

[607] Det svar på denna fråga som Alf Petter Høgberg i sitt relativt nyutkomna arbete "Kontraktstolkning" erbjuder, utgör ett alternativ till den traditionella modernistiska analysen. Genom att rikta uppmärksamheten mot de i praktiken förekommande "tolkningsstilarna", slipper författaren att spekulera i förekomsten av bakom texten liggande tolkningsregler. Se särskilt Høgberg, a a s 15 ff och 86 ff.

Manövern löser, synbarligen, elegant de exegetiska problem som infinner sig vid varje försök att läsa samman den oöverskådliga massan av tolkningsavgöranden med den rättsvetenskapliga traditionen.[608] Om domstolarna säger sig göra en sak samtidigt som de egentligen gör någonting annat, måste det vara en angelägen uppgift att avslöja detta och att rekonstruera det faktiska tolkningsförfarandet.[609] Och om det är detta som rättsvetenskapen ägnar sig åt när den diskuterar tolkningsfrågorna, är det inte direkt förvånande att språkbruket i den vetenskapliga litteraturen skiljer sig från domstolarnas. Tvärtom, det blir ju nu i doktrinen som det egentliga tolkningsförfarandet får sin beskrivning.[610] Vidare blir det enkelt att få de vetenskapsideologiska motsättningar, som den akademiska tolkningsläran strukturerats kring, att faktiskt bita i analysen av förefintlig praxis. Utan att känna sig alltför bunden av de *skäl* som domstolen i det enskilda fallet levererat kan rättsvetenskaparen, beroende på vad han eller hon finner att domstolen *verkligen* har gjort, till exempel konstatera att tolkningen varit alltför subjektiv eller alltför objektiv. Genom att separera texten från verkligheten får rättsvetenskapen tillsynes en hävstång att rubba de samlade tolkningsavgörandenas tyngd med.

Domarna på området är *svårtolkade*, därför får de doktrinära utläggningarna stor *praktisk betydelse* – de visar vad som *legat till grund för* domstolarnas tolkningsresonemang. Det var så Lehrberg, i det ovan i avsnitt 5.2.2 citerade uttalandet, skiljde rättstillämparens texter från den för den vetenskapliga analysen tillgängliga verkligheten. Ramberg och

[608] Den samlade mängden avgöranden med bäring på tolkningsfrågorna *ter* sig oöverskådlig, särskilt om man utgår från att tolkningen av någon anledning borde kunna fattas systematiskt. Detta intryck skall man inte låta komma i vägen för det faktum att domarna i tolkningsmål hänger samman genom det sätt på vilket de är avfattade. Det är, som Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9, anmärker, även på detta område så, att domstolarna sin vana trogna eftersträvar en viss regelmässighet i sin verksamhet. Man knyter ständigt an till tidigare avgöranden. Bara för att ta ett exempel kan nämnas att den formulering av principen, att ett avtal skall ses som en sammanhängande helhet, som HD använder sig av i NJA 1990 s 24 nästintill ordagrant återkommer i NJA 1992 s 403 (utan att det äldre fallet nämns) och sedan i NJA 2007 s 35 (denna gång med hänvisning till tidigare praxis).

[609] Høgberg, Kontraktstolkning s 86, anmärker: "For en rettsvitenskapsmann er det å trekke frem andre deler enn det som fremgår av den enkelte teksts overflate en nødvendig handling med et normativt preg." Ja, det är riktigt. Men frågan är (här) med vilka anspråk man genomför sin vetenskapliga analys – och på vilken grund.

[610] Jfr Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 8 f, som reagerar mot domstolars och praktikers "slappa" språkbruk.

Ramberg lägger en liknande distinktion till grund för avsnittet om avtalstolkning i "Allmän avtalsrätt":

> Avtalstolkning är svårt och kommer att så förbli. Medvetenheten om svårigheterna och viljan att metodiskt ta itu med dem bidrar emellertid till bättre tolkningsresultat. Avtalstolkningslärorna uppfattas emellanåt som en onödig teoretisk belastning. Men det är viktigt att göra klart för sig själv och även öppet redovisa *varför* man kommer fram till att den ena partens uppfattning har mer fog för sig än den andras. Då tvingas man nämligen redovisa när man utgått från annat än vad parterna givit uttryck för vid förhandlingar och i det skriftliga avtalet.
>
> Hänvisningen till den gemensamma partsviljan blir ofta en fiktion, en slags teknisk nödlögn. Det är vanligtvis bättre att låta de faktorer som i *realiteten* styrt avtalstolkningen klart framträda och att inte juridiskt kryptera dem under fiktionens täckmantel.[611]

Vad är det alltså som teorin kan bidra med? Medvetenhet. Om vad? Om den sanning som döljer sig under texten. Och hos Ramberg och Ramberg kommer den vetenskapsideologiska dimensionen tydligt till uttryck. Den antagna diskrepansen mellan text (domskäl) och verklighet (egentliga skäl) utnyttjas här för att underbygga en *objektivistisk* analys av avtalstolkningen. Domstolarna hänvisar till partsviljan, men det är en lögn ("en slags teknisk nödlögn"), för det är inte partsviljan som i realiteten varit bestämmande ... hävdar Ramberg och Ramberg.

Man hade kunnat vända på det. Den tillämpade mekanismen tillåter i och för sig en analys, som avtäcker en *subjektiv* realitet, dold bakom domstolarnas tal om rimlighet, bruk och sedvana, dispositiv rätt, praktiska skäl, gängse uppfattning i berörd bransch och vad annat som av den hågade kan stämplas som ett uttryck för en överdriven objektivism.[612] Man hade kunnat vända på det,[613] men det gör man inte – åtminstone

[611] J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 173.

[612] Jfr Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 467: "I sådana teorier som ligger bakom rättsreglerna bör man hålla sig till realiteterna. Och realiteterna i mänskliga mellanhavanden har en oerhört central subjektiv dimension som man inte kan bortse ifrån. Därför förefaller inte den av Grönfors förordade utvecklingen mot det objektiva alldeles övertygande. Teorierna bör stå på en realistisk – nog så ofta subjektivistisk – grund."; se även dens, Avtalsrättens grundelement s 203.

[613] I NJA 2001 s 191 fann HD med hänvisning till ett yttrande av Svenska Bankföreningen det vara utrett, att sedvänjan var sådan att en bankdirektör fick anses ha intagit en ställning varmed följde behörighet att för bankens räkning ingå ett kreditavtal av viss beskaffenhet. De överväganden av Bankföreningen som HD explicit hänvisar till är väsentligen av ändamålskaraktär – det talas om "verksamhetens behöriga gång" och om bankernas organisationsstruktur. HD utelämnar dock de passager i Bankföreningens

inte typiskt sett. Avståndstagandet från subjektivismen – från "viljeteorin" – är ju, som framgår bland annat av framställningen i kapitel 2 ovan, centralt för den moderna avtalsrätten. Den grundläggande realistiska analysen – genom vilken den faktiska samhälleliga verkligheten skiljs från den traditionella juridikens tomma former – kombineras på detta område med en hängiven antisubjektivism. "Viljedogmen" är den "tomma form" som man specifikt är ute efter. Detta ligger i den innersta kärnan i vår avtalsrättsliga tradition,[614] och det är, som vi skall se, dit som vi nu måste bege oss.

5.3 Där gränsen mellan tolkning och utfyllning dras

> Der er [...] noget mystisk, noget uransageligt ved retten. Dens tilblivelse og udvikling fortaber sig, den unddrager sig endda den enkelte retsanvenderes indsigt. Vi hævder en afledning tilbage til en fælles oprindelse, men denne oprindelse fortaber sig i himlen – eller i undergrunden.
>
> *Henrik Zahle*

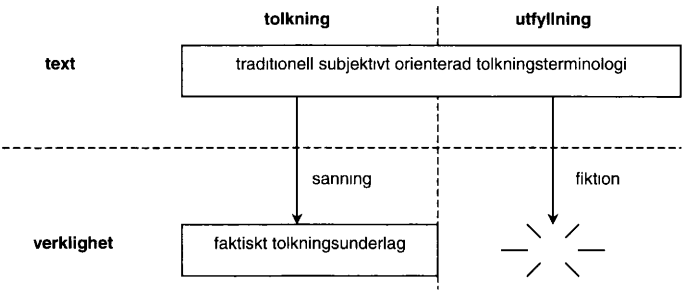
5.3.1 Ett instrument i den realistiska jurisprudensens tjänst

Bakom texten döljer sig sanningen. Det är vad vi tror, i egenskap av att vara traditionellt skolade svenska förmögenhetsrättare. Överfört på tolkningsdiskursen och med erforderlig konkretion: Bakom den subjektivis-

yttrande som rör kundens intryck av kommunikationerna med banken och den resulterande uppfattningen om behörighetsfrågan. Bankföreningen hade bl a yttrat: "Enligt Bankföreningens uppfattning måste en kund kunna fästa tilltro till de besked av olika art som denne får från de personer inom banken som kunden uppfattar som ansvariga för det aktuella ärendet. Endast om det hade funnits anledning för kunden att känna beaktansvärd osäkerhet i fråga om dessa bankens företrädares befogenhet eller behörighet är det rimligt att kunden kontrollerar om formella förutsättningar för att träffa avsett avtal föreligger." Nu *kan* man göra gällande – om man lyckas bortse från lydelsen av 10 § 1 st AvtL – att det *egentligen* är dessa "subjektiva moment" som varit bestämmande för utgången, i ett försök att, vad vet jag, hävda att även ställningsfullmakten skall underordnas viljeförklaringsmodellen (en omvänd Grönfors). För den rakt motsatta strategin se t ex J Ramberg, Oklart om oklarhetsregeln, där författaren kritiserar HD för att i NJA 1950 s 86 ha använt en tolkningsregel istället för att fokusera på relevanta (objektiva) fullmaktsgrundande rättsfakta.

[614] Det är väsentligt för varje modern (anti-traditionalistisk) avtalsrätt. Se t ex P S Atiyahs under rubriken till detta avsnitt återgivna uttalande.

tiska terminologi, som domstolarna gör användning av när de motiverar sina avgöranden i tolkningsfrågor, finner man ofta nog de överväganden och de värderingar som reellt sett varit bestämmande. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning – denna undersöknings specifika studieobjekt – kan inte förstås utan att sättas i samband med denna föreställning. Det handlar om just exakt detta. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning måste tänkas som ett instrument, ett mått, eller ett kriterium, med vars hjälp gränsen för den subjektivistiska tolkningsterminologins legitima användning kan anges. Man skulle kunna säga, att den realistiska rättsuppfattningen i avtalsrätten ges ett särskilt koncentrerat uttryck i denna distinktion – för den kräver, tillsynes, att man verkligen kan identifiera och klart avgränsa det reella underlaget för den rättsliga argumentationen. Genom åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning markeras gränsen mellan fiktion och verklighet i tolkningssammanhangen.



Kopplingen mellan den grundläggande föreställningen, att den faktiska tolkningen kan och bör skiljas från tolkningsargumentationen, å ena sidan, och distinktionen mellan tolkning och utfyllning, å den andra, är tydlig när Adlercreutz i förordet till "Avtalsrätt II" anger syftet med boken:

> Mitt syfte med denna bok är att analysera och systematisera vad domstolarna, särskilt HD, gör när de fastställer vad som vid tvist skall gälla mellan part som slutit avtal. Jag har också när det gäller till synes självklara saker syftat till att medvetandegöra vad som sker. [...] Jag har däremot ingen ambition att försöka dirigera utvecklingen på detta område, även om jag någon gång kan ge en rekommendation och även anföra kritiska synpunkter.

> Ämnet för boken är alltså vidare än bara avtalstolkning, och den viktiga roll utfyllningen spelar, ibland under tolkningens täckmantel, har jag försökt framhålla [...][615]

Ett litet stycke in i texten heter det också:

> På grund av den traditionella uppfattningen om partsviljans allt överskuggande betydelse blir utfyllningen lätt undanskymd av avtalstolkningen. Därmed sammanhänger också att utfyllningen ofta sker under tolkningens täckmantel. Domstolarna föredrar, mera förr än nu, att – om än fiktivt – förankra ett avgörande i partsviljan framför att fälla avgörandet på grundval av allmänna rättsliga överväganden.[616]

Nu kan man undra vad det är som möjliggör den genomlysning av domstolarnas tolkningsresonemang som Adlercreutz, efter vad han själv uppger, bygger sin framställning på. Vad är det som rent konkret sätter Adlercreutz och andra representanter för rättsvetenskapen i stånd att skilja de formuleringar i en uppsättning domskäl, som har täckning i realiteten, från de som inte har det?[617] Hur lyckas man "medvetandegöra" det verkliga skeendet?[618]

5.3.2 Distinktionens grund

Vi står inför något av ett mysterium. Även Adlercreutz är tydlig med att det är *praxis* som tillhandahåller underlaget för den rättsvetenskapliga analysen av tolkningsfrågorna. Han är, i likhet med Lehrberg, ute efter att i skrift fixera de flyktiga manifestationer av rättslighet som kan förnimmas vid ett samvetsgrant studium av domstolarnas avgöranden i mål

[615] Adlercreutz, Avtalsrätt II s 4. Se även Adlercreutz, Om avtalstolkning s 579.

[616] Adlercreutz, a a s 15.

[617] Se J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 171, för ett annat exempel (kursiveringarna är mina): "Domsmotiveringar innehåller anmärkningsvärt ofta ett avsnitt där man påpekar vem som skrivit eller tillhandahållit avtalstexten, trots att detta *egentligen* är irrelevant i det aktuella målet. I en del rättsfall förekommer tydliga uttalanden av HD att man *anser sig* ha tillämpat oklarhetsregeln."

[618] Går vi här inte över gränsen till rättssociologin? Jfr t ex Saldeen, Skadestånd vid äktenskapsskillnad s 114, som anger inriktningen för sin jurimetriska undersökning med orden: "[V]ad vi är intresserade av är att söka fastställa *'the true ratio decidendi'* (dvs de *'verkliga'* domskälen). Att söka fastställa detta genom ett studium enbart av de av domstolarna redovisade domskälen har vi menat vara otillräckligt. För det första är nämligen domskälen ej sällan så knapphändiga, att man svävar i tvivelsmål om vilken eller vilka faktorer, som varit av avgörande betydelse för utgången i målet. För det andra kan det icke uteslutas, att faktorer, som icke direkt åberopats eller betonats av domstolen, spelat roll för domstolens ställningstagande."

angående tolkning.[619] Och han avser att göra det genom konstaterandet av regelmässigheter och "vissa generaliseringar".[620] Hans lärobok är ett "försök att fastställa förekomsten av och innehållet i [på så sätt fastställda] regler eller principer och att i görligaste mån systematisera dem".[621]

Skall vi alltså tro att det är domstolarnas egen praxis som ligger till grund för rättsvetenskapens njugga inställning till domstolarnas hantering av tolkningsfrågorna? Det är förvisso inte *otänkbart*. Rättsvetenskapen skulle kunna tänkas som en katalysator, som uppmärksammar domstolarna på inkonsekvenser och orenheter i föreliggande praxis, som helhet betraktad.[622] I brist på andra rättskällor måste ju en strikt rättslig kritik av ett enskilt avgörande grundas på tolkningar av andra rättsfall.[623]

Det är emellertid inte en sådan *exegetisk* hållning som utmärker rättsvetenskapens bruk av distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Denna distinktion framstår inte direkt som *resultatet* av ett allvarligt menat försök att tolka och systematisera rättspraxis. En lojal tolkning kan inte vara mästrande. Individuella avgöranden kan underkännas med hänvisning till praxis som helhet, men en generell skepsis till domstolarnas argumentation i exempelvis tolkningsfrågor kan man inte gärna grunda uteslutande på en läsning av rättsfall.[624] Ingen har heller ens försökt att åstadkomma en tolkning av föreliggande avgöranden i tolkningsmål som skulle kunna ge substans åt påståendet, att det är skillnad på tolkning och utfyllning. Och den som gjorde ett sådant försök skulle snart hamna i stora svårigheter.

[619] Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9: "De regler för förfarandet som sålunda kan fastställas, är till stor del så vaga att det snarare är fråga om principer eller metoder än om regler uppbyggda på bestämda rekvisit."

[620] Adlercreutz, a st.

[621] Adlercreutz, a st.

[622] Jfr Lord Mansfields berömda omdöme om the common law, att denna har förmågan att "work itself pure". Man kan tänka sig att det är rättsvetenskapens uppgift att underlätta processen.

[623] Ett exempel på denna typ av resonemang ger Lehrbergs omtolkning av JustR Bengtssons särskilda yttrande i NJA 1977 s 717. Se Lehrberg, Förutsättningsläran s 157 f. Rättskälleläget på förutsättningslärans område påminner i mycket om det för förevarande avhandling aktuella.

[624] Se härtill Tuori, Critical Legal Positivism s 29, som gör motsvarande poäng genom att fastslå att "[i]mmanent criticism cannot expand to a *fundamental criticism* of the law".

Domstolarna är, till att börja med, inte intresserade av frågan om tolkning och utfyllning.[625] Vi måste påminna oss: Vi har att göra med en rättsvetenskaplig konstruktion, tänkt att fylla ett rättssystematiskt syfte. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är svaret på en rättsvetenskaplig frågeställning. I praxis är denna fråga en icke-fråga.[626]

Ointresset visar sig i språkbruket. Domstolarna undviker tillsynes konsekvent att på ett systematiskt sätt skilja "tolkning" från "utfyllning" i sina tolkningsresonemang.[627] Det händer att orden används, men de används inte som etablerade och entydiga *etiketter*. Detta tycks i sig garantera, att det inte går att bilda sig någon uppfattning om det syste-

[625] I NJA 1999 s 629 lät dock HD på visst sätt frågan hur tolkning skall skiljas från utfyllning bli avgörande för utgången. Denna på området centrala dom behandlas för sig strax nedan i avsnitt 5.3.4.

[626] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 385: "Den allmänna reflexionen kan icke undgås att domstolarna icke skiljer så noga mellan tolkning och utfyllning [...]". Jfr Karlgren, Passivitet s 10, som hävdar att domstolarna har en benägenhet att, av praktiska skäl, vilja sudda ut gränsen mellan de fall där passivitet verkar som en viljeförklaring och de fall där den ges legal verkan; jfr Hellner, Scandinavian Legal Realism in the Law of Contract s 68. Se också Lehrberg, Förutsättningsläran s 128 f; dens, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 332.

[627] De fall i refererad praxis i vilka orden "tolkning" och "utfyllning" (eller "utfyllnad") alls kommer till användning ger inte intrycket att domstolarna strävat efter att iaktta den av rättsvetenskapen genomförda distinktionen. Ett undantag utgör möjligen HD:s skäl i NJA 1997 s 382, där det avslutningsvis konstateras att det inte kunde anses befogat att "genom utfyllnad av villkoren i avtalet" komma till något annat slut än det man nått tolkningsvägen (JustR Håstad använder också distinktionen korrekt, ur traditionell civilrättsvetenskaplig synvinkel sett, i en passus i sin skiljaktiga mening i NJA 2006 s 53). Ibland väljs uttryckssätt som gör det möjligt att undvika att ta ställning till vari skillnaden mellan tolkning och utfyllning närmare bestämt består; se t ex NJA 1980 s 145; NJA 1980 s 188. I det senare fallet uttalade HD:s majoritet att frågan i målet fick "bedömas med ledning av vad som enligt allmänna regler om tolkning och utfyllnad får anses utgöra avtalets innebörd". Ibland slätas skillnaden ut – i NJA 1987 s 553 talas om att "tolkningsvis utfylla" avtal. I det ålderstigna avgörandet i NJA 1939 s 101 räknar HovR:n i sin av HD fastställda dom "utfyllande av luckor" som en form av "tolkning". I det ovan nämnda referatet i NJA 1997 s 382 laborerar TR:n med en tolkningen närliggande "avtalsutfyllnad". "Intolkning" är en term som kan användas för att utpeka en tolkning som alltför långtgående. Se HD:s domskäl i NJA 1963 s 643 samt JustR:n Hedfeldts och Alexanderssons skiljaktiga motivering i NJA 1965 s 427. I NJA 2005 s 142 skriver HD: "om detta framgår av avtalet eller enligt vanliga tolkningsregler kan anses vara vad parterna åsyftat" – en formulering som sedd för sig är fullt logisk och begriplig, men som inte tycks vara förenlig med den specifika logik som kommer till uttryck i distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

matiska förhållandet mellan tolkning och utfyllning genom ren iakttagelse. Här finns ingen fast terminologi att ansluta till. Och hade det funnits en sådan, hade den varit obrukbar. Ty själva poängen med distinktionen mellan tolkning och utfyllning är väl att den skall kunna läggas till grund för en *utvärdering* av domstolarnas tolkningsresonemang. Det är svårt att se hur en ren sammanfattning av språkbruket i domstol effektivt skulle kunna användas på det sättet.

Så drivs vi i analysen mot slutsatsen, att grunden för distinktionen mellan tolkning och utfyllning måste sökas någon annanstans. Ja, är det inte så, att grunden måste antas vara *utomrättslig*? När domstolarna tolkar och tillämpar rättsregler, istället för avtal,[628] är situationen uppenbarligen en annan, i så måtto att en rättsvetenskaplig kritik då kan motiveras genom en alternativ tolkning av de rättskällor ur vilka regeln framgår – i typfallet hävdas att domstolen misstolkat lagtexten. Men på avtalstolkningens område ges av allt att döma ingen möjlighet att förankra kritiken i rättskällorna. Likväl drar sig rättsvetenskapen inte för att hävda det egna språkbrukets företräde framför domstolarnas. "Detta tolkningsresonemang är *fiktivt*", säger vi ... men med vilken rätt?[629]

Hur tolkningsbegreppet skall avgränsas tycks inte kunna vara en ren rättsfråga. Kanske borde vi här verkligen ta den rättsvetenskapliga jargongen på allvar. Tolkning och utfyllning är, hävdar rättsvetenskapen, två skilda *verksamheter*. Anta att vi skulle förstå detta bokstavligt. Då skulle det här gälla, inte rättens, utan *sakernas* tillstånd – hur det är. I kraft av sin deskriptiva syftning skulle distinktionen mellan tolkning och utfyllning kunna tjäna som grund för kritik av i praxis genomförda tolkningsresonemang i samma utsträckning som domstolarna *misstagit sig på fakta*. Det är väl rent av lämpligt att vetenskapen, som ju i vår kultur i det närmaste har monopol på sanningsfrågorna, överprövar domstolarnas oreflekterade ställningstaganden i faktuella frågor. En sådan tolkning av åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning – man kunde kalla den

[628] Om det nu kan accepteras att avtal inte är en rättskälla. Se härtill Høgberg, Kontraktstolkning s 78 ff; Jørgensen, Aftalen som form s 415 ff; dens, Kontraktsret, 1 bd s 51 ff. Jfr debatten om standardavtalens betydelse för civilrätten (t ex Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet s 762; dens, Civilrättsforskningen och framtiden s 396 f, dens, Kommersiell avtalsrätt s 89 ff; dens, Lagstiftning och forskning inom den centrala förmögenhetsrätten. Inledning s 177; Sundberg, Avtalstyper och typavtal; Vahlén, Köplagen och formulärrätten).

[629] Jfr Victorin, Dissens och tolkning s 59, som ställer en liknande fråga.

scientistisk – antyds i Ussings skolbildande definition, enligt vilken ju avtalstolkningen bland annat utmärks av att den "for en stor Del [er] *ujuridisk*, idet den er en Anvendelse af Sprogvidenskab, Psykologi, Logik etc".[630]

Men är rättsvetenskapen en vetenskap i denna mening? Kan vi med andra ord på ett trovärdigt sätt förklara distinktionen mellan tolkning och utfyllning med hänvisning till "fakta"? Vilka fakta skulle det då röra sig om? Hur beskriver man i faktiska termer tolkningen som en från utfyllningen skild verksamhet?

Så länge vi i detta sammanhang tänker oss det faktiska som någonting strängt skilt från det rättsliga – det vill säga som någonting som står att finna utanför rättskälletexterna – synes vi vara tvingade att erkänna, att vi *inte vet* någonting om distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Om "tolkning" och "utfyllning" på något sätt egentligen är empiriska, utomrättsliga fenomen, så är de ännu helt outforskade – och som jurister har vi inga verktyg att nå dem.[631] All *vår* kunskap om distinktionen mellan

[630] Tanken att de subjektiva elementen i avtalsrätten skall förstås utifrån en eller annan icke-juridisk vetenskaplig disciplin (dvs just *faktiskt*) har en stolt tradition, som kan spåras tillbaka till, åtminstone, Zitelmanns år 1879 utgivna "Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung". Och inte heller Zitelmanns resonemang har uppstått i ett vakuum. Björne, Patrioter och institutionalister s 8, nämner att det i traditionen efter Christian Thomasius var vanligt att bifoga en uppräkning av juridikens hjälpvetenskaper, de s k præcognita iuris. För exempel på sådana uppräkningar se Delldén, Studie-plan för den Svenske Juristen s 100 ff; Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Första delen s 54 ff. Det kan vara intressant att notera att Schrevelius finner *teologin* vara juridikens främsta hjälpvetenskap ("Således på samma sätt som Theologien har sin Exegetik, sin Dogmatik, sin Hermeneutik; så äfven Rättsvetenskapen."). Schrevelius står på andra sidan om den skiljelinje i rätsvetenskapens utveckling som det moderna tänkandet drog upp och som, i det särskilda avseende som står i folkus i denna avhandling (textens relation till viljan), började att definieras vid tiden för samt i och med Zitelmanns "psykologiska" undersökningar. Jfr Arnholm, Omkring rettshandelsteorien s 408: "Det virket direkte overraskande da *Zitelmann* fremhevet at en teori som bygde på psykologiske kriterier, selv måtte være psykologisk underbygd [...]". Men här har utvecklingen gått varvet runt. Idag verkar det för den rättsvetenskapliga allmänheten lika överraskande att hävda att juridiken är som teologin, det är lika radikalt, och lika insiktsfullt, bedömt efter var forskningsfronten nu befinner sig, som när Zitelmann krävde en psykologisk grundläggning av rättshandlingsteorin.

[631] När Zitelmann ger sig i kast med att konstruera en psykologiskt grundad misstagslära – ett projekt som för honom motiveras av insikten att misstaget är ett psykiskt sakförhållande, som inte låter sig återföras på ett rent rättsligt begrepp – så gör han det utan att anlita den dåtida psykologins hjälp. Psykologin finner Zitelmann i ett förvirrat till-

tolkning och utfyllning har vi från rättskällorna. Vet man någonting om tolkning och utfyllning, så gör man det genom sin bekantskap med den avtalsrättsliga litteraturen – och det som där står uppteckнat är *inte* baserat på empiriska studier av en utomrättslig verklighet. Så mycket är säkert.[632]

Detta tycks visa att den distinktion mellan tolkning och utfyllning som vi känner ändock har en rättslig kvalitet. Och så är vi tillbaka vid utgångspunkten. Vi står vid det i doktrinen flitigt förekommande *påståendet,* att det är skillnad på tolkning och utfyllning, tillsynes utan möjlighet att kunna förklara på vilket sätt detta är berättigat – om det nu är det.

5.3.3 Något om problemets historiska rötter

Det dilemma som vi här möter är på sätt och vis oundvikligt, för det följer av distinktionens historia – vilket vill säga att problemet finns inskrivet i denna konstruktions själva väsen, så som detta har förmedlats till oss.

Vi har att göra med en begreppslig konstruktion som härrör från en period, under vilken det tedde sig självklart att de juridiska formerna skulle återföras på de vetenskapligt konstaterbara empiriska fenomenen. Den distinktion mellan tolkning och utfyllning, som det laboreras med i modern nordisk avtalsrätt, går som vi har sett tillbaka på några formuleringar i första upplagan av Ussings "Aftaler" från 1931. Vid denna tidpunkt var uppgörelsen med idealismen i filosofin avklarad.[633] Den nya realistiska ideologin hade spridit sig ut över akademin – även till juridiken.[634] I Uppsala förmedlades budskapet av Lundstedt, och nu var

---

stånd, och han anser den oförmögen att förse juridiken med de skarpa distinktioner och hanterbara kriterier som denna behöver. Han bedriver således sin psykologiska undersökning utanför den institutionaliserade psykologins ramar. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft s 25: "Die Wahl war nur, die ganze Arbeit entweder aufzugeben oder sie auch auf psychologischem Gebiete ganz selbständig zu machen." Jfr Grönfors, Ändamål och funktion s 528, som förvånas över amatörmässigheten i de psykologiska utläggningar som Jhering sökte grunda sin samhällstillvända tolkningslära med.

[632] Se vidare nedan n 1269.

[633] Denna uppgörelse skildras med avseende på förhållandena i de nordiska länderna i Carl-Göran Heidegrens relativt nyutkomna arbete "Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi 1860–1915".

[634] Leiter, Rethinking Legal Realism s 315: "The 1920s and 1930s marked the heyday of 'positivism' in philosophy and the social sciences: natural science was viewed as the

Uppsalaskolans inflytande som starkast.[635] Man visste inte exakt hur det skulle gå till, men man levde i trygg förvissning om, att åtskilliga av de många gånger vaga och diffusa begrepp, som juridiken tvingats laborera med under den förvetenskapliga eran, snart skulle ersättas med konkreta, mätbara och kontrollerbara storheter. Det var en spännande tid.

När Fredrik Stang lämnade sin professur 1932, gav han en avskedsföresläsning som fångar tidsandan på ett slående sätt:

> [V]i kan vel si vi lever i en revolusjon. [...] Var det ro og stillstand som først og fremst møtte den rettslige tenkning i siste halvdel av forrige århundre, er det et helt motsatt billede som nu trenger sig frem – det er først og fremst bevegelse vi ser, uro, stadig fremrykning. I forrige århundre kunde man føle retten som noget værende, hvilende; [...] Nu er det fartens århundre vi lever i; det er bevegelsen som først og fremst trenger sig inn på oss.[636]

Stang tänker här på internationaliseringen, den sociala utvecklingen, industrialiseringen och på den romanistiska rättsvetenskapens stagnation – men också på den utveckling mot en enhetsvetenskap, som i detta skede allmänt antogs vara oundviklig och på god väg. *En* verklighet och *en* vetenskap – det var en absolut central föreställning för den i vid mening realistiska modernismen.[637] Stang skisserar konsekvenserna för juridikens del:

---

paradigm of all genuine knowledge, and any discipline – from philosophy to sociology – which wanted to attain epistemic respectability had to emulate its methods: it had to be 'naturalized'." Anmärkas kan, att den framstående Yaleprofessorn Arthur L Corbin år 1919 introducerade en distinktion mellan "interpretation" och "judicial construction" i den amerikanska avtalsrätten, som i väsentliga avseenden överensstämmer med Ussings distinktion mellan tolkning och utfyllning; se Corbin, Conditions in the Law of Contract, särskilt s 741. Corbins distinktion fick dock inte tillnärmelsevis samma inflytande i den angloamerikanska rättskulturen, som Ussings fick i den nordiska.

635 Se t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 68: "Juridiken som vetenskap måste vara empirisk, grunda sig på erfarenhet och såtillvida vara naturvetenskap. Erfarenheten tillhör och faller fullständigt inom verkligheten, inom naturen." Jfr Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 99: "[J]uridiken [har] blivit en specialvetenskap, som liksom exempelvis fysik och kemi har till uppgift blott att på visst område konstatera fakta, genom induktion vinna allmänna satser och ur de induktivt vunna resultaten göra deduktioner."

636 Stang, Om rettsvidenskap s 129.

637 Med några formuleringar ur Carnaps betydelsefulla "Der logische Aufbau der Welt" (1928) – som nu låter sig betraktas som en av de mest pregnanta poetiska illustrationerna av epokens akademiska idévärld: Carnap, a a s 4 "[E]s giebt nur ein Gebiet von Gegenständen und daher nur eine Wissenschaft"; dens, a a s 252: "Indem die Gegenstände der

[H]umanistisk videnskap i de siste tiår har gjort veldige fremstøt. [...] [V]i ser sammenheng der hvor man før ingen sammenheng så. [D]e enkelte kulturfenomener – religion, sprog, rett, sagn og eventyr – har i virkeligheten en felles rot og kan ikke sees isolert. [...] Derfor har da også i nutiden de forskjellige kulturvidenskaper nærmet sig hinannen, et intenst fellesarbeide er begynt [...] Og videre – helt nye forskningsveier er tatt op. Jeg nevner et eksempel som har særlig betydning for oss jurister: en psykolgi bygget på realistisk forskning er i fremmarsj.

Skal der bli utvikling i rettsvidenskapen, må den føle sin forbindelse med de andre kulturvidenskaper og la sig befrukte af dem. [D]en rene rettsdogmatikk må tre ut av sin isolasjon. Tenk bare på den betydning det vilde ha om de psykologiske begreper vi arbeider med ble korrigert ut fra moderne realistiske forestillinger. Tenk Dem en strafferett bygget på realistisk individualpsykologi. Og tenk Dem en statsforfattningsrett konfrontert med den moderne massepsykologis iakttagelser![638]

Och tänk dig en tolkningslära anpassad efter språkvetenskapens, psykologins och logikens landvinningar...[639] Den numera "traditionella" distinktionen mellan tolkning och utfyllning är formulerad i denna anda – öppnande, verklighetstillvänd och reformistisk. Den har begåvats med en, för oss något svårhanterlig, radikal-empiristisk kvalitet. Genom distinktionen mellan tolkning och utfyllning framställs den betydelse som tolkningen syftar till att klarlägga, som ett fenomen som rätteligen borde studeras strängt vetenskapligt. I sin scientistiska 30-talsskepnad är

---

Wissenschaft in das eine konstitutionale Gesamtsystem eingeordnet werden, werden zugleich auch die verschiedenen 'Wissenschaften' als Zweige der einen Gesamtwissenschaft erkannt und in ein System gebracht. Wie bestimmt sich nun *die Aufgabe der Gesamtwissenschaft* [...]? Das Ziel der Wissenschaft besteht darin, die wahren Aussagen über die Erkenntnisgegenstände zu finden und zu ordnen."

638 Stang, a a s 130 f.

639 Tankemönstret är fortfarande aktivt, men det är inte så dominerande som det var på 30-talet. Jfr våra dagars Cognitive Legal Studies, eller Richard Posners tes att rätten måste anpassas efter de "riktiga" vetenskaperna. O Svenssons avhandling "Viljeförklaringen och dess innehåll" bygger på en uppfattning som, ytligt sett, liknar Stangs. O Svensson, a a s 12, definierar sitt projekt: "I det följande kommer att göras gällande att kritiken mot viljeförklaringsbegreppet i allt väsentligt är felaktig. Det behövs dock en förnyad analys och bestämning av begreppet. Den klassiska analysen är från 1800-talet, och en bättre begreppsförståelse kan vinnas om man beaktar senare forskningsrön, särskilt inom språkfilosofi, kommunikationsteori och psykologi.". Cognitive Legal Studies har en nordisk företrädare i Minna Gräns, som främst intresserat sig för mekanismerna bakom den rättsliga argumentationen och beslutsfattandet – se Gräns, Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories.

distinktionen inte tänkt som en rättvisande förklaring av tolkningsförfarandet i domstol, utan är snarare att betrakta som ett uttryck för det rådande vetenskapsidealet. Distinktionen har en udd, riktad mot den äldre juridikens inställning till tolkningsfrågorna. Den säger rätt besett inte vad tolkning är, utan vad tolkning borde vara – om juridiken skall kunna vara en vetenskap.

Men den attityd som här kommer till uttryck har gått förlorad för oss. Även om distinktionens *form* består, har vi inte längre någon möjlighet att förstå den som det var tänkt. Vi saknar den nödvändiga övertygelsen.[640] Följaktligen blir den uppfordrande gest, med vilken distinktionen pekar på den konkreta empiriska verkligheten, i våra ögon tom.[641] Detta vill säga, att vi inte vet hur vi skulle bete oss för att närmare beskriva de realiteter som distinktionen synbarligen syftar på. De anspråk som åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning reser, kan inte försvaras på det sättet. Det är nästan som om distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte behövde någon substans.[642] Som om blotta formen vore nog. Och vi hanterar väl den i det närmaste också som om den vore axiomatiskt given. Den är ett instrument, som tycks möjliggöra en realistisk analys av domstolarnas tolkningsresonemang. Man får inte gå över gränsen för vad det faktiska tolkningsunderlaget tillåter, och dölja sina rättsliga värderingar under "tolkningens täckmantel" – man får inte påstå att man tolkar när man egentligen fyller ut. Det har ständigt varit den moderna avtalsrättsvetenskapens budskap till domstolarna.

Men om man vänder kritiken tillbaka mot rättsvetenskapen? Får man påstå att det är skillnad på tolkning och utfyllning trots att ett sådant

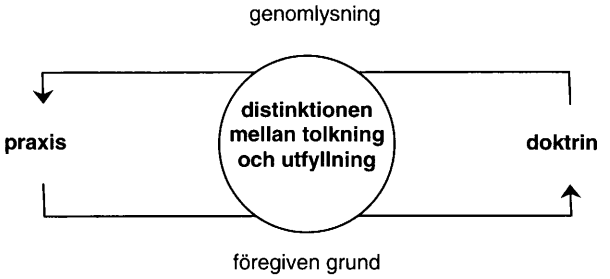
[640] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt II s 37: "[Vid tydningen] är språkvetenskapen och logiken till hjälp. Måhända är det riktigast att säga, att tydningen enligt en allmän sedvanerättslig tolkningsregel baseras på liknande normer som språkvetenskapen, närmare bestämt betydelseläran (semantiken), samt logiken, ehuru detta i allmänhet sker intuitivt på grundval av allmänmänsklig erfarenhet av språket."

[641] Jfr Eckhoff, Juss og samfunnsforskning s 211, som 1972 om Stangs i avskedsföreläsningen uttryckta vision skriver: "Da jeg første gang, som student, leste dette, ble jeg begeistret. Men senere er begeistringen kjølnet endel. [...] Stangs optimistiske tro på at rettsvitenskapen på denne måten skal kunne gjøres til noe helt annet og bedre enn den har vært, virker idag naive."

[642] Vi tänker inte längre på Stangs vis. Jfr Stang, Om rettsvidenskap s 128: "Et begrep opstilles i et bestemt øiemed. Begrepet er riktig, forsåvidt det gir et adekvat uttrykk for det det skal betegne. Og det er verdifullt eller ikke verdifullt, eftersom det øiemed det forfølger er verdifullt eller ikke verdifullt. Men derfor er også dets liv forgjenglig. Med det øiemed hvori det er opstillet, forsvinner også dets livsrett."

påstående är svårt att förlika med domstolarnas språkbruk? Får man grunda sin analys av praxis på en begreppslig distinktion som, såvitt man *vet*, mycket väl skulle kunna vara rent fiktiv? Rättsvetenskapens syn på sin egen roll i sammanhanget kanske bäst kan karakteriseras som ambivalent. Rättspraxis överordnade ställning erkänns och ifrågasätts samtidigt. Vänder man sig således till den vetenskapliga diskursen med frågan hur distinktionen mellan tolkning och utfyllning skall förstås sätts man ut på ett gungfly. Vad som förutsätts vara en deskriptiv grund visar sig vara normativ och vice versa, och man får känslan att svaret beror på åt vilket håll man för stunden riktar sin uppmärksamhet.

I och med att vi har tappat bort den ursprungliga rättfärdigande ideologin tycks det vara svårt att komma längre än så med den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Vi har två textslag – praxis och doktrin – samt den ena kategorins i distinktionen mellan tolkning och utfyllning manifesterade anspråk på, att kunna se igenom det språk som kommer till användning i den andra kategorin.



Lennart Vahlén har gjort det enda egentliga försöket att komma vidare från denna punkt – vi bekantade oss med hans projekt ovan i avsnitt 3.2.[643]

[643] I Grönfors avtalsrätt, som ju syftar till att ställa det "klassiska" systemet på huvudet, förlorar distinktionen mellan tolkning och utfyllning hela sitt berättigande. Tolkningen fattar Grönfors som en process genomträngd av rättsliga överväganden, och det kan då inte komma ifråga att av principiella skäl upprätthålla ett reservat för det "rent faktiska" betydelseutrönandet. Se Grönfors, Almén om handelsbruk s 130 vid och i n 14; dens, Tolkning av fraktavtal s 39 ff.

Vahlén skrev vid en tidpunkt då den syn på begreppsbildningen och begreppsanalysen, som i svensk juridik försvarades främst av Uppsalaskolans anhängare, hade övervunnits. Man ansåg inte längre, att de juridiska begreppen skulle *ersättas* med empiriskt-vetenskapliga alternativ. Det nya vetenskapsidealet, vars namnkunnigaste företrädare var Alf Ross, krävde istället en funktionellt korrekt analys av det juridiska normsystemet.[644] Vahlén tog denna idé om vetenskaplighet – precis lika sträng som den föregående generationens, men inriktad mot en annan verklighet – till tolkningsläran. Och med avseende på distinktionen mellan tolkning och utfyllning blev effekten en total omkastning av frågeställningen.

Vahlén vände sig, som vi minns, *mot* den hittillsvarande doktrinen. Han kunde konstatera att de allmänt hållna, normativa principer som man så långt litat till saknade verifiering i rättstillämpningen, och rekommenderade ett ingående studium av praxis i tolkningsmål. I Vahléns avtalsrätt är den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte ett instrument, ingenting som effektivt kan användas för att avslöja var tolkningsbegreppets gränser går, utan en ofullständig, alltför enkel och av förutfattade meningar bestämd bild av den komplexa realitet som återfinns i förefintlig praxis och endast där.[645]

Vi skulle kunna säga att Vahlén bibehåller distinktionen mellan fiktion och realitet – i klassisk modernistisk tappning – men tillämpar den

[644] Denna övergångs historia – från "rättskritik" (Uppsalaskolan) till "rättsfunktionalism" – beskrivs nedan i kapitel 7.

[645] Vahlén var inte *så* radikal, att han kunde överge eller ifrågasätta den grundläggande logik som den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning bygger på. Således finner han det självklart, att domstolarna, "när ett avtal förklaras 'rätteligen' ha viss innebörd, ej sällan överskrider gränsen till en rent utfyllande verksamhet". Och således utgår han i sin analys av förhållandet mellan tolkning och utfyllning från "i nordisk doktrin vanlig terminologi", varmed han tydligtvis avser Ussings klassiska begreppsbestämning: "[I nordisk doktrin vanlig terminologi] innebär som bekant att med tolkning avses det förfarande, varigenom man fastställer den betydelse i varje särskilt fall av en rättshandling eller ett avtal som skall läggas till grund för fastsställandet av rättshandlingens eller avtalets rättsverkningar. Med utfyllning avses däremot den ytterligare verksamhet som kan erfordras för att fastställa rättshandlingens eller avtalets verkningar inom ramen för tvingande rättsregler."; Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 387; jfr Ussing, Aftaler, 2 udg s 432. Han anser sig kunna bibehålla denna terminologi emedan det "uppenbarligen [är] mest ändamålsenligt att använda vedertagen terminologi så länge den ej befinnes ohållbar eller olämplig vid saklig prövning" och emedan han finner den vara tämligen innehållslös – tillräckligt för att hans egna preciseringar skall rymmas inom densamma; se Vahlén, a st.

mera radikalt.[646] *Även* rättsvetenskapens påstående, att det är skillnad på tolkning och utfyllning, skall enligt Vahlén vara grundat i påvisbara realiteter. Någon sådan vidareutveckling av begreppsbildningen har vi nu inte tillgång till.[647] Men kunde man inte tänka sig, att det slutligen har blivit dags att genomföra den analys som Vahlén ansåg nödvändig? Anta att man kunde bortse från de svårigheter som, enligt vad som påstods i föregående avsnitt, måste vara förknippade med varje försök att finna den här aktuella *rättsvetenskapliga* terminologins innebörd *i praxis*, och

[646] *Fiktionsbegreppet* synes vara i det närmaste lika gammalt som rätten själv – se t ex Honsell, Römisches Recht s 13 ff – men innebörden har (föga förvånande) förskjutits. I artonhundratalets tyska framställningar av den romerska rätten figurerar fiktionen som någonting positivt, ett praktiskt verktyg i juristens händer. Genom fiktionen kan ett nytt fall, som inte låter sig inpassas i de till buds stående rättsliga formerna, hanteras, genom att det fastslås, att detta skall betraktas *som om* det vore fråga om ett av rättsordningen redan känt fall. Skriver Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 295: "Die Formen, unter welchen diese organische Erweiterung des Rechts bewirkt wird, sind vorzüglich Fictionen und utiles actiones. Dadurch wird zugleich der innere Zusammenhang des Neuen mit dem Alten gesichert, und so die systematische Einheit des gesammten Rechts erhalten." Fiktionsinstitutets förtjänster och brister kom seklet ut att flitigt debatteras av de tyska juristerna. Se Jhering, Geist des römischen Rechts III.1 s 301 ff; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I s 307 n 5 med hänvisningar. Anmärkas kan att Jherings inställning till fiktionerna var påtagligt pragmatisk – sammanfattningsvis uttalar han (Jhering, a a s 306): "Besser Ordnung und freie Beweglichkeit mit Fiktion, als Unordnung und Unbeweglichkeit ohne Fiktion!" En sådan pragmatism kan inte accepteras av en juridik som gör anspråk på att vara "vetenskaplig" i modern mening. Gör man det till dogm att rätten skall vara "sakligt grundad" bestäms fiktionen per automatik som någonting entydigt negativt. Ett sådant språkbruk använder exempelvis Lundstedt (kanske den främste modernisten i svensk juridik). Lundstedt, Fiktion eller sanning i juridiken? s 260, kan skriva: "Det synes mig, att tiden snart borde vara inne för jurisprudensen att äntligen vända sitt intresse bort från fiktionerna och gå till verkligheten själv för undersökande av de *faktiska* sammanhang, som råda emellan vissa principala rättsregler och tillvaron av ett samhälle, som erbjuder möjligheter för ej blott existens utan också för civilisation och kultur." Märk att fiktionen hos Lundstedt inte är en rättslig figur, utan den äldre jurisprudensens själva grund. Noteras kan att Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 467, redovisat en inställning till rättsfiktionerna som medlar mellan den gammeltyskt konstruktiva och den radikalt realistiska.

[647] Allt vi har är Vahléns skiss i "Bidrag till avtalstolkningens systematik" – som i sin konkreta materialbehandling uteslutande rör frågan hur tolkningen förhåller sig till utfyllningen; se hur Vahlén, a a s 384 f, bestämmer sin uppgift. Jfr dock Lehrberg, Förutsättningsläran s 129, som synbarligen instämmer i Vahléns metodologiska grundidé på denna punkt: "För att kasta ljus över vad distinktionen mellan förutsättningar och avtalsvillkor [i Lehrbergs systematik ett uttryck för distinktionen mellan tolkning och utfyllning] innebär i praktiken är en diskussion i anslutning till rättspraxis oundgänglig."

anta att man kunde övertyga sig själv om att Vahléns projekt är lika relevant och meningsfullt nu som i början på sextiotalet. Redan Vahlén ansåg ju att tiden var "mogen för en mera konkret diskussion av [tolkningslärans] frågeställningar".[648] Att det egentligen inte har hänt någonting sedan dess – på dryga fyra decennier – får vi då försöka förklara som en tillfällig lapsus av vetenskapen. Nå, vill man återuppta arbetet får man helt enkelt se till att ta itu med analysen av den ansenliga mängd tolkningspraxis som faktiskt föreligger (och det är bäst att man därvid inte tar alltför seriöst på frågan, hur man skall kunna veta exakt vad det är man letar efter).

Lyckligtvis tycks startpunkten vara given – för i NJA 1999 s 629 fann HD för första gången anledning att explicit ta ställning till hur gränsen mellan tolkning och utfyllning skulle dras.[649] Det skulle kunna vara rimligt att börja där.

5.3.4 Ett icke avgörande avgörande

> Enligt min mening är det [...] vanskligt – för att icke säga omöjligt – att göra en abstrakt bestämning, som ger verklig ledning för konkreta gränsdragningsspörsmål, av de mycket mångfacetterade företeelser som innefattas under benämningarna tolkning respektive utfyllning.
>
> *Lennart Vahlén*

Det mest konkreta uttalande som HD gjort angående förhållandet mellan tolkning och utfyllning tar direkt sikte på en processrättslig problematik och är, vill jag mena, huvudsakligen av negativ relevans för den begreppsliga, avtalsrättsliga fråga som behandlas i förevarande avhandling. Det betyder dock inte att det inte är användbart. Här skall detta uttalande uppmärksammas, inte för att det ger konkret ledning, utan för att det kan föra resonemanget vidare. Det illustrerar nämligen på ett för-

[648] Vahlén, a a s 381.

[649] Och inte heller i valet av startpunkt får man tänka efter för noga. När det gäller metodfrågor – och här har vi att göra med en metodfråga – skall man inte förväxla den faktiskt tillämpade metoden och de metodologiska förklaringarna. Detta måste man naturligtvis ha i åtanke även vid studiet av tolkningsläran; se t ex Høgberg, Kontraktstolkning s 85. Vad HD säger om distinktionen mellan tolkning och utfyllning har således inte nödvändigtvis någonting att göra med det faktiska "tolkande" och "utfyllande" som domstolen eventuellt ägnar sig åt.

träffligt sätt vådorna av att försöka spåra de rättsvetenskapliga begreppen i praxis – och därigenom säger det oss någonting om de avtalsrättsliga begreppskonstruktionernas väsen. I synnerhet säger det oss på detta indirekta sätt någonting om vad, eller rättare sagt *hur*, distinktionen mellan tolkning och utfyllning är.

När HD i NJA 1999 s 629 behandlar frågan om tolkning och utfyllning så är det, naturligtvis, inte för sakens skull, utan som ett led i ett tillämpningsresonemang. Tack vare den möjlighet att klaga över domvilla som erbjuds i 59 kap RB ställdes HD i detta mål inför den något ovana uppgiften att rättsligt kvalificera ett av sina egna avtalstolkningsresonemang, närmare bestämt resonemanget i skälen till avgörandet i NJA 1998 s 448. Här har vi alltså två avgöranden att räkna med:[650]

> NJA 1998 s 448. Tvisten rörde tillämpningen av ett avtal om avbrottsförsäkring. HD kunde konstatera att utredningen i målet inte visade att parterna behandlat den aktuella ersättningsfrågan under förhandlingarna samt att inte heller avtalstexten kunde läggas till grund för några slutsatser om vilken partsavsikten varit. Med hänvisning till att båda parter under avtalsförhandlingarna företrätts av personer med erfarenhet och sakkunskap på försäkringsområdet fann HD det ligga närmast till hands att under sådana omständigheter lägga "allmänna principer för avbrottsförsäkring" till grund för avgörandet. HD förklarade att sådana principer kommer till uttryck i allmänt tillämpade försäkringsvillkor, och hämtade normen för sitt avgörande från i målet åberopade standardavtal.
>
> NJA 1999 s 629. Tappande part i det i NJA 1998 s 448 refererade målet klagade i HD över domvilla. I den del som nu är relevant grundades klagan på att HD i strid med RB 17:3 grundat den angripna domen på omständighet som ej åberopats av parterna. Klaganden gjorde gällande, att tillämpningen av "allmänna principer för avbrottsförsäkring [som] kommer till uttryck i allmänt tillämpade försäkringsvillkor" fick anses innebära, att HD grundat sitt avgörande på *handelsbruk* och att, emedan parterna icke åberopat något sådant, HD begått ett grovt rättegångsfel. HD lämnade klagan utan bifall, efter att ha konkluderat att domstolen i det aktuella fallet inte grundat domen på handelsbruk, utan snarare ("Det närmast till hands liggande sättet att läsa domskälen är i stället [...]") "utfyllt avtalet" med allmänna principer. I och med att utfyllnaden är ett rättsligt förfarande och de omständigheter som därvid beaktas är att hänföra till så kallade rättstillämpningsfakta, som inte behöver åberopas, hade HD inte åsidosatt bestämmelsen i RB 17:3.

Något närmare utfört: Den rättsliga frågeställning som infann sig i det senare avgörandet var alltså om HD, genom att grunda det tidigare

[650] Fallen kommenteras utförligt, ur processuell synvinkel, i Westberg, Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor.

avgörandet på sätt som skett, gjort ett sådant avsteg från RB 17:3 som skall klassas som grovt rättegångsfel, innebärande att domen skall undanröjas till följd av domvilla. Givet var, att parterna inte åberopat de principer på avbrottsförsäkringens område som HD hänvisade till i skälen. Avgörande blev därmed hur dessa "principer" skulle kvalificeras rättsligen. Utgjorde förefintligheten av dessa en sådan "omständighet" som enligt RB 17:3 måste åberopas försåvitt domen skall kunna grundas därpå? Klaganden synes ha förutsatt att förekomsten av handelsbruk är att se som just en sådan omständighet.[651] HD ifrågasatte inte denna premiss. I stället valde man att förneka att den angripna domen grundats på handelsbruk. Det resonemang som redovisades till stöd för slutsatsen i denna *processrättsliga* fråga gav HD rättslig dräkt genom att anknyta till den *avtalsrättsliga* distinktionen mellan tolkning och utfyllning. HD skriver:

> Den hänvisning HD i den angripna domen gör till "allmänt tillämpade försäkringsvillkor" ger inte belägg för att domstolen grundat sin dom på handelsbruk. Det närmast till hands liggande sättet att läsa domskälen är i stället att domstolen, sedan försöket att tolka parternas avtal i det aktuella hänseendet visat sig resultatlöst, har utfyllt avtalet med allmänna principer för avbrottsförsäkring, vilka också kommit till uttryck i de ovan nämnda standardvillkoren.

Utfyllning, förklarar HD vidare, innebär att ofullständiga viljeförklaringar kompletteras enligt allmänna normer, vanligen dispositiva rättsregler – som exempel nämns naturalia negotii och allmänna rättsprinciper – och det är att se som ett förfarande av *rent rättslig karaktär.* Man söker således klara sig undan klagandens beskyllningar genom att först skilja det faktuella från det rättsliga, och sedan rädda sig över till den rättsliga sidan. Lyckas det, är den processrättsliga problematiken desarmerad, ty den aktuella regeln i RB 17:3 tar endast sikte på rättsfakta, och dit räknas inte de faktiska omständigheter genom vilka rättsliga regler kommer till uttryck – de är, som HD anmärker, med hänvisning till Ekelöf och Boman, "att hänföra till s k rättstillämpningsfakta som inte behöver åberopas". Det förhållandet att vissa försäkringsvillkor allmänt

[651] Men man gjorde inte sin klagan beroende därav, utan anförde, som separata grunder, att HD grundat sitt avgörande på icke åberopad omständighet, och att HD grundat domen på handelsbruk trots att ingen utredning om handelsbruk företagits; jfr nedan n 656.

tillämpas får således, när det läggs till grund för utfyllning av avtal, åberopas av domstol oavsett om parterna åberopat detta eller inte.

Skälen för avgörandet är påfallande eleganta och de ger intrycket att rättssystemet här är konsekvent och välordnat. Processrätt och avtalsrätt flätas samman av en tillsynes obesvärad rättstillämpare. Närmar man sig detta gränsöverskridande äktenskap från vetenskapligt, avtalsrättsligt håll, kan man dock få för sig att det knakar en aning i fogarna.

Begreppsligt behövde domstolen här röra sig bort från det faktiska och mot det rättsliga – och emedan den konkreta materia som skulle bedömas utgjordes av ett stycke tolkningsargumentation var det naturligt att anknyta till distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Det är ju just genom denna distinktion som frågan om förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga traditionellt har hanterats på tolkningslärans område. "Faktiskt" och "rättsligt" är emellertid inte utan vidare samma sak i avtalsrätten som i processrätten.[652] Den nogräknade kan följaktligen

[652] Ett exempel. Den i processrätt obevandrade läsaren får av Westbergs ovan i not 650 åberopade arbete intrycket, att det kan ifrågasättas om det ur processrättslig synvinkel sett är rationellt att alls undanta normer som utbildats utanför ramen för den offentliga rättsbildningen – det gäller handelsbruk såväl som allmänt tillämpade standardvillkor – från det i RB 17:3 uppställda kravet på åberopande. Det synes handla om hur den processrättsliga dispositionsprincipen skall förstås. Domstolen skall företa sin prövning inom de gränser parterna ställt upp, och frågan är var dessa gränser går, eller med andra ord hur partsautonomin rättsligt skall konstrueras. Det är tydligt att den processrättsliga varianten inte är kongruent med den avtalsrättsliga. Handelsbruk omfattas inte av partsviljan i den bemärkelsen att de inte, åtminstone inte typiskt sett, utgör del av avtalet (avtalsrätt), men domstolen kränker partsautonomin när den grundar domen på icke åberopat handelsbruk (processrätt). I avtalsrättens perspektiv är, skulle man kunna säga, endast två personers autonomi relevant, nämligen de faktiska parternas. Såvitt tolkningen förstås som fastställandet av de direkta följderna av parternas handlande inom avtalsfrihetens ram måste rimligen tillämpningen av *allmänt* tillämpade, men av parterna vid avtalets ingående icke åberopade, standardvillkor på parternas *inbördes* förhållande hänföras till utfyllningen (naturligtvis förutsatt att det i det enskilda fallet saknas skäl att beakta sådana standardvillkor som tolkningsdatum). Se således Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 29, 30 och 36, men jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 1 häftet s 126. Jfr Westberg, a a s 365 som finner det "lämpligt och riktigt att här jämställa alla former av privat rättsbildning (taget i vid mening) med varandra; handelsbruk och annan sedvänja, standardavtal, branschpraxis, partsbruk etc."

finna vissa brister i HD:s skäl (bedömda efter de krav som följer av rättens egen logik) – effekter av att skillnaderna slätats över.[653]

Till stöd för sina påståenden om förhållandet mellan tolkning och utfyllning anger HD *ett* ställe i de avtalsrättsliga källorna: "se t ex Vahlén, Avtal och tolkning s 193 f". Som vi har sett är det just detta källställe man åberopar när man vill belägga den traditionella doktrinära uppfattningen om distinktionen. Och Vahléns verk är förvisso betydelsefullt – en av ytterligt få svenska monografier på området, välskriven, väl mottagen, ofta åberopad – men man bör nog inte ta för givet att vad där står är representativt och rättvisande. Inte desto mindre anger HD uttryckligen att passagen hos Vahlén utgör ett exempel, och därmed förmedlas budskapet att vi i distinktionen mellan tolkning och utfyllning har ett mer eller mindre oomtvistat grundelement i den avtalsrättsliga strukturen. Även om man *bortser från* att det vid tillfället var trettionio år sedan "Avtal och tolkning" publicerades, är detta något missvisande.[654] Ifrågavarande uttalande om innebörden av distinktionen mellan tolkning och utfyllning bör nog betraktas, inte som ett uttryck för den allmänna meningen, utan som ett försök att befästa en i svensk rätt ny lära (Ussings). Nu är väl detta inte direkt någonting att uppröra sig över. Man får finna sig i att domstolarna i sitt sökande efter hållpunkter för den rättsliga argumentationen gör nedslag i källtexterna och att resultatet, utifrån den aktuella rättsvetenskapliga debattens horisont, kan komma att te sig godtyckligt.

Det ligger dock något av en ironi i att just HD, när man nu gjort sig anledning att genom ett konkret avgörande bidra till definierandet av förhållandet mellan tolkning och utfyllning, väljer att helt enkelt hämta en definition från doktrinen, och att man åberopar just Vahlén, som är den författare som varit tydligast med att rättsvetenskapen i denna fråga har att rätta sig efter domstolarna, och som framhållit att en abstrakt bestämning av distinktionen mellan tolkning och utfyllning omöjligt

[653] *Oundvikliga* effekter. Min poäng är förvisso inte att HD "har dömt fel". Jag vill blott i detta konkreta fall synliggöra de diskrepanser som *måste* inträda när ett juridiskt omdöme fälls. Omvänt kan varje juridiskt omdöme betraktas som ett ärligt menat försök att läka rätten samman. Uppgiften är oändlig, men det gör den inte meningslös. Jfr ovan n 581.

[654] Sedan dess har ju den svenska avtalsrättsliga diskursen splittrats i två huvudfalanger: en traditionalistisk och en anti-traditionalistisk. Och den senare falangen, som har anförts av Grönfors, har varit mycket skeptisk till bl a distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

kan ge verklig ledning för konkreta gränsdragningsproblem.[655] Det är en smula ironiskt – särskilt som HD:s sätt att handskas med den inlånade konstruktionen synes bekräfta Vahléns skeptiska inställning.

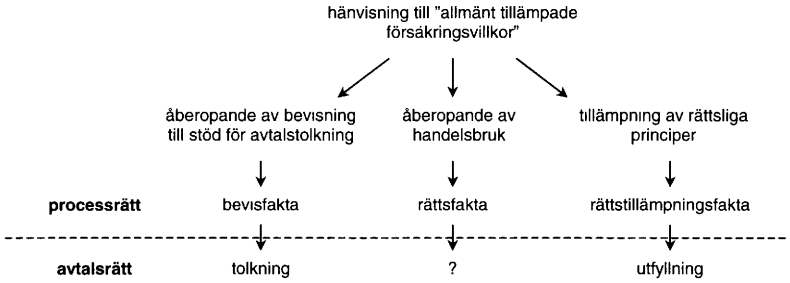
Det gällde att rättsligt kvalificera HD:s åberopande av "allmänt tillämpade försäkringsvillkor". I skälen för avgörandet i det senare fallet figurerar åtminstone tre alternativa etiketteringar: 1) Vad klaganden gjorde gällande, nämligen att HD grundat domen på en icke åberopad omständighet (ett icke åberopat *rättsfaktum*) – ett alternativ som i skälen flyter samman med alternativet att klassificera de åberopade villkoren som handelsbruk;[656] 2) Ett alternativ som nämns inledningsvis, indirekt och liksom i förbifarten, nämligen att villkoren kan betraktas som *bevisfakta* till stöd för tolkningen av det ifrågavarande försäkringsavtalet;[657] 3) Det alternativ som HD stannar för, det vill säga att de allmänna principerna är att betrakta som rättsliga principer som HD använt vid utfyllningen av avtalet och därmed som *rättstillämpningsfakta*, som inte behöver åberopas. Indelningsgrunden är uppenbarligen och naturligen processrättslig. Vi har tre kategorier av fakta att välja mellan: rättsfakta, bevisfakta och rättstillämpningsfakta. Det är när HD motiverar valet mellan dessa kategorier som distinktionen mellan tolkning och utfyllning kommer till användning. Man hade fyllt ut avtalet, utfyllning är en rättslig verksamhet (se Vahlén), *alltså* var de aktuella omständigheterna, de åberopade villkoren, att betrakta som rättstillämpningsfakta. Men ... distinktionen mellan tolkning och utfyllning är en dikotomi, och den är en så kallad äkta dikotomi, i den bemärkelsen att den uttömmer alternativen såvitt

[655] Se särskilt citatet under rubriken till detta avsnitt, som hämtats från Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 388 f.

[656] I överensstämmelse med en traditionell uppfattning, enligt vilken förekomsten av handelsbruk är att betrakta som en sådan omständighet som måste åberopas. Se Ekelöf-Boman, Rättegång IV s 242 n 48; Lehrberg, Avtalstolkning s 197; Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s 375; Westberg, Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor s 364.

[657] De standardvillkor som HD fann ge uttryck för de tillämpade "allmänna principerna för avbrottsförsäkring" har, anmärker HD, "införts i målet av [tappande part] som skriftlig bevisning till stöd för [tappande parts] tolkning av det omtvistade avtalet mellan parterna. Det kan inledningsvis anmärkas, att principen beträffande bevisfakta är att rätten kan ta hänsyn till all bevisning som införts i målet, således även till nackdel för den part som förebringat bevisningen. Kravet på åberopande hänför sig endast till rättsfakta." Jfr Westberg, a a s 365 f, som närmare utför tolkningen, utan att definitivt stanna för den, att det HD gjorde i NJA 1998 s 448 var att tolka avtalet.

gäller fastställandet av avtals rättsverkningar. Det som inte är utfyllning är med andra ord tolkning. Tolkningen har HD gjort reda för – i den specifika systematik som inrättas i skälen – genom att förklara, att de omständigheter som läggs till grund för avtalstolkning är att betrakta som bevisfakta, som inte behöver åberopas. Härav synes dock följa, att handelsbruk inte är att betrakta som tolkningsdata, ty förefintligheten av handelsbruk klassificeras som rättsfakta. Ur avtalsrättslig synvinkel sett är detta dock svårt att förstå, redan av det skälet att det inte finns något tredje alternativ – *om* det nu är så att vad det här gällde var att fastställa avtalets rättsverkningar, vilket bruket av utfyllningsterminologin förutsätter. Handelsbruket faller tillsynes på ett otillåtet sätt mellan stolarna.



Vad vi här har att göra med är, skulle man kunna säga, ett *översättningsproblem* – en effekt av hoppandet mellan diskurserna. HD bygger upp sin argumentation i NJA 1999 s 629 genom att kontrastera detta att grunda en dom på handelsbruk (någonting faktiskt, *processrättsligt* sett), mot utfyllandet av ett avtal med allmänna principer (någonting rättsligt, *avtalsrättsligt* sett). Detta innebär en halv tillämpning av distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Utfyllningens motsats är tolkning, inte det att grunda domar på handelsbruk. Frågan, vad domen grundats på, är överhuvudtaget inte avtalsrättslig, utan processrättslig. Den relevanta avtalsrättsliga frågan gäller vilket förfarande som bör och skall anlitas vid fastställandet av ett avtals rättsverkningar. Dessa båda frågor kan, det medges, i ett konkret fall vara svåra att hålla isär. Och man kan tycka att svaren, i ett fall som det förevarande, borde överlappa. Men det gör de bevisligen inte. Genom att tillämpa distinktionen mellan tolkning och

utfyllning till hälften, lämnar HD den överblivna termen – "tolkningen" – hängande. Men man kan inte göra sig av med den – således får man en tredelning istället för en tudelning. Förloppet är tydligt i det ovan i detta avsnitt efter referaten återgivna uttalandet. Det finns inte, säger HD, belägg för att man grundat den angripna domen på handelsbruk (1). Istället får skälen läsas så, att domstolen sedan det kunnat konstateras att tolkningen (2) inte givit något resultat, fyllt ut avtalet med allmänna principer (3). Vad man har gjort är att byta tema under uppräkningens gång – någonting som blir uppenbart om man ställer sig frågan, vad åberopandet av handelsbruk är, betraktat från den horisont som tillhandahålls av den lokala diskursen kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

Har man två lådor – en för tolkning och en för utfyllning – och frågar sig i vilken av dem "handelsbruk" skall läggas, så är svaret: "Det beror på omständigheterna." Ty medan det processrättsliga klassifikationssystem, som HD synbarligen haft för ögonen i NJA 1999 s 629, ytterst gäller arten av de *omständigheter* som domstolen grundat sitt avgörande på, gäller den avtalsrättsliga distinktionen mellan tolkning och utfyllning arten av den *verksamhet* som domstolen rätt besett ägnat sig åt vid fastställandet av ett avtals rättsverkningar. Den senare indelningen tar inte sikte på *vad* rättstillämparen använder, utan på *hur* han använder det – för att tolka, eller för att fylla ut.[658] Handelsbruk kan således och till exempel komma till användning såväl vid tolkning som vid utfyllning, vilket gör kontrasten mellan "handelsbruk" och "principer som kommer till uttryck i allmänt tillämpade standardvillkor" verkningslös, såvitt syftet varit att avgöra huruvida domstolen ägnat sig åt utfyllning eller ej.[659] Till den Vahlénska definition av utfyllningens begrepp som HD åberopade hör också en uppräkning av de viktigaste bland de källor som nyttjas vid utfyllning, och denna avslutas med anmärkningen: "Vidare är sär-

[658] Jfr t ex detta uttalande hos Vahlén, Avtal och tolkning s 223: "Vidare kan det antagas att hela systemet av utfyllande rättsregler har betydelse också för tolkningen, bl a på så sätt att man, när bedömningen av föreliggande tolkningsdata icke leder till något säkert resultat, ofta torde föredraga den lösning som framgår av en utfyllande rättsregel eller som följer av eljest tillämpligt handelsbruk eller sedvana."; se också Ussing, Aftaler, 2 udg s 438. Jfr Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 92 f.

[659] Jfr Lehrberg, Avtalstolkning s 188 f; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 27. Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 457 behandlar kutymer som utfyllande rättskälla *och* konstaterar att de processuellt skall sorteras "under sagens *faktum* (ikke jus)".

skilt att beakta handelsbruk och andra sedvänjor."[660] HD hade alltså, synes det mig, lika gärna och med användning av samma källa, kunnat konstatera att domstolen genom att grunda domen på handelsbruk fyllt ut avtalet och således inte förfarit i strid med RB 17:3. Det hade varken varit mer eller mindre korrekt, ur avtalsrättslig synvinkel sett (men det hade förstås varit oförenligt med den traditionella processrättsliga inställningen till handelsbruk).[661]

Det är väl så, att man inte med hjälp av den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan hantera den typ av gränsdragningsproblem som HD stod inför i NJA 1999 s 629. Utfyllning är, enligt traditionell uppfattning, mer eller mindre detsamma som rättstillämpning – närmare bestämt tillämpning av dispositiv rätt[662] – och RB 17:3 handlar just om ingenting annat. Genom denna bestämmelse avgränsas ju den krets av rättsfakta som domstolen, såvida "saken [är] sådan, att förlikning därom är tillåten", kan beakta i sin tillämpning, vilket vill säga att därmed även avgörs vilka regler och vilka rättsföljder domstolen kan ge effekt åt. Tillämpningen av utfyllande regler – "utfyllning" – förutsätter att de omständigheter som i de ifrågavarande reglerna tas upp som rättsfakta har åberopats.[663] Vad de formuleringar av den klassiska distinktionen mellan tolkning och utfyllning, som återfinns hos till exempel Ussing och Vahlén, gör gällande, genom att framhålla att utfyllningen är ett förfarande av "rent rättslig natur" är helt enkelt, att

[660] Vahlén, Avtal och tolkning s 194. Vahlén följer Ussing, Aftaler, 2 udg s 437: "En overordentlig stor Betydning som Hjælpemiddel til Udfyldning af Kontrakter har *Sædvane (Coutume, Skik og Brug)*. Ganske særlig gælder det de i Handelslivet udviklede Sædvaner, Handelssædvane eller Handelsbrug (Usancer)." Se även Stang, Innledning til formueretten, 3 utg s 454.

[661] Se ovan n 656.

[662] Anmärkas kan att Lehrberg avviker från traditionen på denna punkt. Se således Lehrberg, Avtalstolkning s 187: "Vid utfyllning tillämpas i första hand *tvingande rättsregler*, när sådana finns. De tvingande reglerna skiljer sig från de utfyllande, eller dispositiva, genom att de blir normerande också i strid med det vid tolkningen fastställda avtalsinnehållet. När tvingande regler tillämpas i situationer där utfyllning behövs, fyller de emellertid samma funktion som utfyllande regler." Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt II s 15; Vahlén, Avtal och tolkning s 193.

[663] Denna poäng gör Lehrberg, Avtalstolkning s 197. Lehrberg, a st, framhåller också "att utfyllning inte alltid är ett förfarande av rent rättslig natur som innebär att ofullständiga viljeförklaringar kompletteras enligt allmänna normer. Utfyllning kan också ske individuellt, efter en lämplighetsbedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet (s k individuell utfyllning)".

utfyllningen är juridik som alla annan juridik. Och det är viktigt att understryka detta, eftersom det inte är försvarbart att som rättstillämpare skyla över sin juridiska verksamhet med tolkningsterminologi. Det är i alla fall budskapet. Åtskillnaden mellan rättsfakta och rättstillämpningsfakta kan följaktligen lika lite göras genom att det i det enskilda fallet konstateras att det rör sig om utfyllning, som genom konstaterandet att domstolen har tillämpat rätten.

Lägg härtill, att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är tänkt som en ungefärlig beskrivning – av tolkningsförfarandet i domstol. Detta gör det rent logiskt något märkligt, att under detta tolkningsförfarande använda distinktionen för att avgöra konkreta gränsdragningsfrågor. Ett sådant beteende är rimligen inte lojalt mot tanken bakom distinktionen. Vad den kräver av domstolarna är snarare att de verkligen tänker efter när de ägnar sig åt avtalstolkning, och strävar efter att se till, att själva tolkningsresonemanget har täckning i de individuella omständigheterna i det konkreta fallet. Problemet är väl att distinktionen inte ger någon direkt ledning för hur denna självrannsakande verksamhet egentligen skall gå till. Allt den erbjuder är en stelbent, men samtidigt tämligen diffus, begreppsbestämning.

Om det är riktigt, att HD:s avgörande i NJA 1999 s 629 är det avgörande i förefintlig praxis, som närmast berör läran om skillnaden mellan tolkning och utfyllning,[664] är det svårt att se hur denna lära skulle kunna förses med en "ordentlig verifiering i rättstillämpningen", så som Vahlén önskade.[665] HD hänvisar tillbaka till Vahlén, och den som söker *grunden* för distinktionen mellan tolkning och utfyllning i rättskällorna, kastas fram och åter, mellan praxis och doktrin.

[664] Detta kan i och för sig diskuteras. Någon kanske hellre skulle vilja lyfta fram ett fall i vilket domstolen tydligtvis avfärdar ett tolkningsresonemang till förmån för en tillämpning av utfyllande rätt. Se t ex det klassiska avgörandet i NJA 1949 s 134 och härtill särskilt Lehrberg, Förutsättningsläran s 115 f. Frågan är dock vad av relevans för den rättsvetenskapliga gränsdragningsfrågan som egentligen kan utläsas av ett sådant enskilt avgörande.

[665] Se ovan vid n 493. Märk att Vahléns egen skiss till lösning byggde på att tolkningsbegreppet knöts till misstagsläran, särskilt 32 § 1 st AvtL. Ytligt sett i strid med sina egna utgångspunkter lät han gränsdragningsfrågan bli beroende av en tolkning av lagtexten. Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 389: "Eftersom enligt den av mig tillämpade systematiken gränsen mellan tolkning och utfyllning anknyter till avtalslagens misstagsregler blir den närmare bestämningen av densamma att avgöra genom en tolkning av dessa stadganden. Mest vägledande synes därvid vara att uppställa frågan, om i

Är det så, att grunden bör sökas på annat håll (till exempel i semantiken)? Eller är det möjligen så, att distinktionen mellan tolkning och utfyllning de facto är grundlös (vilket borde innebära att vi skulle kunna överge den)? För egen del håller jag fast vid en tredje möjlighet. Jag tror inte att frågan om distinktionens grund behöver något svar. Eller rättare sagt: Ställer man frågan med tillräcklig radikalitet, skall man finna, att den är missriktad – och det är förvisso också ett svar. Distinktionen visar sig vara sin egen grund, om vi kan förlika oss med det faktum att den ofrånkomligen hör till det avtalsrättsliga språket. Frågan är bara, vad den *betyder*. Grunden kan man endast fråga efter så länge som man tror att det gör någon skillnad huruvida man lyckas peka ut en grund eller inte. Om inte annat borde erfarenheten ha lärt oss att så inte är fallet. Vilket element i den avtalsrättsliga begreppsapparaten har en "grund", som inte blott är tillfällig och på något sätt ett utslag av det akademiska modet?

Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är inte "grundad", *utan en myt.*[666] Jag tror åtminstone att det hjälper, om vi kan betrakta saken på så sätt.

5.3.5 Distinktionens mytiska beskaffenhet

> Alltså: *kraften* i kunskapen ligger inte i dess grad av sanning, utan i dess ålder, dess rotfasthet i oss, dess karaktär av livsbetingelse.
>
> *Friedrich Nietzsche*

Hur skiljer sig tolkning från utfyllning? Låt oss återigen börja där.

Tolkning förhåller sig uppenbarligen inte till utfyllning på riktigt samma sätt som till exempel höger hand förhåller sig till vänster. Händerna kan hållas fram under det att man – kanske för ett barn eller för någon som inte talar svenska – förklarar skillnaden mellan höger och vänster. Tolkningen och utfyllningen kan däremot inte definieras ostensivt

---

det fall som föreligger till bedömning, relevant förklaringsmisstag enligt 32 § 1 st avtalslagen skulle kunna anses föreligga." Det kräver en djup förståelse för den "klassiska" svenska avtalsrätten – den som man finner hos Karlgren och Vahlén – för att få detta att gå ihop. Jfr Karlgren, Tolkning och omtolkning, särskilt s 166 f – om att härleda "den förmögenhetsrättsliga tolkningsprincipen" just från 32 § 1 st. Se härtill Hellner, Högsta domstolen och avtalsrätten 1920–1989 s 202 ff; jfr Huser, Avtaletolking s 304 f och 342 f.

[666] Därmed inte sagt att distinktionen är falsk. Ingen kunskap är väl bättre grundad än den som hårdnat till myt.

– det finns inga omedelbart givna företeelser att peka på.[667] Det vi här skulle vilja hålla fram är ett stycke juridisk argumentation som tar sikte på någon rättshandlings innehåll, men det torde vara omöjligt att den vägen finna ett exempel som träffande illustrerar *skillnaden* mellan tolkning och utfyllning. Möjligen kan man ge rena exempel på tolkning respektive utfyllning,[668] men allt däremellan, det vill säga det som skulle kunna ge en känsla för gränslinjen, måste vara kontroversiellt. Och det beror på att vi inte har lärt oss att tala om tolkning och utfyllning genom att sätta termerna "tolkning" och "utfyllning" i förbindelse med konkreta och urskiljbara objekt, och att vi följaktligen inte heller använder dessa ord för att utpeka sådana objekt. Skillnaden mellan tolkning och utfyllning kan inte iakttas.[669] Det skulle kunna sägas, att den inte är klar på det sätt som skillnaden mellan höger och vänster hand är det.

Man kan fråga sig *hur* vi under dessa omständigheter vet att det är skillnad på tolkning och utfyllning. Och det vill säga att detta att veta någonting inte alls behöver likna den förvissning som kan infinna sig när man kontrollerat någonting genom att se efter. Wittgenstein skriver:

> [M]in världsbild har jag inte därför att jag förvissat mig om dess riktighet; inte heller för att jag är övertygad om dess riktighet. Utan den är den nedärvda bakgrund mot vilken jag skiljer mellan sant och osant.[670]

Och vidare:

> De satser som beskriver denna världsbild kunde höra till ett slags mytologi.[671]

[667] Se och jfr Jareborg, Begrepp och brottsbeskrivning s 68 och 71 f.

[668] Möjligen. Problemet här är väl det, att även om vi mycket väl vet vad avtalstolkning, å ena sidan, och tillämpning av dispositiv lagstiftning, å den andra, är, så kan inte den traderade "distinktionen mellan tolkning och utfyllning" utläsas ur dessa verksamheter som sådana. Med vilken rätt kallar vi då ett klart fall av avtalstolkning – ett fall i vilket vi känner oss bekväma med att tala om "avtalstolkning" – för tolkning *i distinktionens mening*? Jfr t ex NJA 1997 s 382, ett referat vars rubrik kort och gott lyder: "Avtalstolkning." – och som i flera avseenden är just så typiskt som rubriken antyder. Men till och med här tycks tolkningsargumentationen vara genomträngd av rättsliga överväganden, och det på ett sätt som gör det svårt att frilägga "tolkningen". Avgörande i detta mål var huruvida det ifrågavarande avtalet kunde klassas som ett efterställningsavtal, dvs om det skulle ges det typiska efterställningsavtalets rättsverkningar – skall vi anta att parterna rent faktiskt haft denna juridiska klassifikationsfråga "uppe i medvetandet" vid tiden för avtalsslutet?

[669] Att detta gäller de rättsliga fenomenen *i allmänhet* är vedertaget – och då brukar man hänvisa till att dessa är "normativa" snarare än "faktiska". Se t ex Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 537.

[670] Wittgenstein, Om visshet § 94.

[671] Wittgenstein, a a § 95.

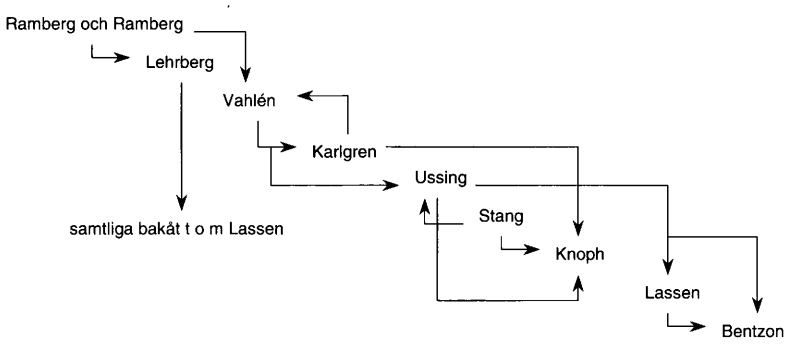
Till den svenska avtalsrättens mytologi hör då kanske påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning.[672] Det är ett påstående vi har tagit för vana att upprepa och varje upprepning stärker sanningshalten. Det rör sig inte längre om en hypotes, ett systematiseringsförslag eller en trend, utan om någonting hävdvunnet.

Reifieringen har visserligen inte gått så långt, att det utan vidare kan tas för givet att påståendet ifråga är sant. Fullt så påtaglig och närvarande har distinktionen inte blivit, trots sin ålder, och det har att göra med att det alltid har funnits skeptiker – skeptiker som Stang, Schmidt och Grönfors. Åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning har således inte den starka mytiska ställning som tillkommer exempelvis åtskillnaden mellan rättsfaktum och rättsföljd. Ett tecken för detta är att man alltjämt har att *visa,* att de anspråk, som man reser genom att göra gällande att det är skillnad på tolkning och utfyllning, är berättigade. Man måste anföra grunder – så som HD gjorde i NJA 1999 s 629.

Någon omfattande bevisning krävs emellertid inte. Påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning belägger man typiskt sett genom att hänvisa till vissa bestämda passager i de avtalsrättsliga källtexterna där just detta påstående förekommer. Här har en tradition småningom utbildats. Hänvisning läggs till hänvisning och resultatet blir intrikata kedjor

[672] Relationen mellan det rättsliga och det mytiska belyses av Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law. Jfr Gräzin, Law is Myth; dens, On Myth, Considered as a Method for Legal Thought, som driver tanken att rätten är mytisk *som tes*, vilket inte är vad som eftersträvas här. Inte desto mindre finns det klara paralleller mellan Gräzins texter och den föreliggande. Jag är t ex benägen att acceptera ett påstående som det följande (Gräzin, Law is Myth s 44): "Law does not represent anything but itself as a myth." – men då bara som en påminnelse, eller en ungefärlig anvisning. För tydlighets skull bör måhända betonas att det "mytiska" vare sig här, hos Fitzpatrick eller hos Gräzin har de negativa konnotationer som begreppet fick i det tidiga nittonhundratalets empiristiska realism, vars projekt ju var att *avslöja* rätten genom att påvisa dess mytiska/metafysiska/fiktiva/ideologiska karaktär (jfr Vattimo, The End of Modernity s 24 f). Vi känner genren främst genom Hägerström, Lundstedt, Olivecrona och Ross, men den var internationellt gångbar. Här kan nämnas Theodor Jaehners, av Lundstedt uppmärksammade, år 1933 utgivna "Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen" och Felix Cohens "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", ett särskilt tydligt exempel från den amerikanska debatten vid samma tid. Cohens artikel behandlas av Kinander, The view from within s 57 ff.

som sträcker sig bakåt i tiden, mot ett antytt ursprung. Principen kan åskådliggöras så:[673]



Lägg märke till att figuren beskriver ett *skeende* – ett skeende som man skulle kunna kalla "det gradvisa förrättsligandet av distinktionen mellan tolkning och utfyllning". Vad det här rör sig om är inte det likformiga traderandet av en viss bestämd ursprunglig sanning, en insikt som, när den väl vunnits, intakt bevarats av generation efter generation av rättsvetenskapare. Ty förmedlingen är inte ren. *Kedjebildningen som sådan* är noga taget det som konstituerar traditionen – vanan – och den har efter hand trätt istället för de skäl som ursprungligen bar upp och fick rättfärdiga distinktionen. Vilka de nu var – vi känner dem egentligen inte. Vi är överhuvudtaget blinda för de enskildheter som utgör distinktionens historia. Alla egenheter och särdrag utplånas i talet om "den klassiska"

[673] Se Lassen, Haandbog i Obligationsretten (1908) s 305; dens, Haandbog (1917–1920) s 372; Karlgren, Kutym och rättsregel s 37; Knoph, Nogen ord om dommerens stilling til kutymene; Lehrberg, Förutsättningsläran s 120; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 147; Stang, Innledning til formueretten s 448; Ussing, Aftaler, 1 udg s 227; Vahlén, Avtal och tolkning s 193. Bentzons "Noter til Privatrettens almindelige Del", som här markerar kedjans slut, utgavs 1898. Bilden skall illustrera en epistemologisk princip och utgör långt ifrån en rättvisande eller heltäckande beskrivning av den helhet av hänvisningar som ger distinktionen mellan tolkning och utfyllning dess liv. Lägg också märke till att kronologin här är hänvisningarnas, vilket t ex placerar Knoph före Stang trots att den senare var nära tre decennier äldre. Stang anpassade sin terminologi till distinktionen mellan tolkning och utfyllning i ett sent skede av sitt författarskap; se Stang, a st; jfr dens, Handelskoutumer s 304 f.

eller "den traditionella" distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Således förlorar sig – och det kan tyckas paradoxalt – den faktiska historiska identiteten i hänvisningarna bakåt mot det antagna ursprunget.[674] Traditionen tillskapar sin egen, enhetliga, identitet. Homogeniseringen har till exempel lett till att det inte längre är nödvändigt att vara konkret i sitt hänvisande. I synnerhet i grundläggande läroböcker är det tillfyllest att konstatera att "man" skiljer på tolkning och utfyllning, eller någonting i den stilen.[675]

I nu angiven riktning tror jag att distinktionens nuvarande, av den rättsvetenskapliga praktiken bestämda, existensmodus bör sökas. Enkelt uttryckt tycks det vara så, att *det är skillnad på tolkning och utfyllning emedan det står skrivet att så är fallet.* Det kan vara idé att för ett ögonblick stanna upp för att besinna detta.

Distinktionen mellan tolkning och utfyllning uppträder vanligen i deskriptionens gestalt. Den beskriver, om vi tar den på orden, en skillnad mellan verksamheter, och som beskrivning gör den anspråk på att vara korrekt, alltså på att säga sanningen. Denna beskrivning presenteras emellertid aldrig som en rapport, utan har fixerats i en på förhand bestämd form, som får användas endast under förutsättning att de namn som är förbundna med formen ifråga samtidigt åkallas, direkt eller indirekt. Deskriptionens grund förefaller således att vara heltigenom normativ, heltigenom auktoritativ – mer magisk än vetenskaplig.[676]

Men kan det verkligen vara så, att vi fortfarande, på 2000-talet,[677] alltjämt, och när det gäller en så central fråga som tolkningens förhållande till utfyllningen, litar till rena auktoritetsskäl? Den epistemologiska teknik

[674] Foucault, Vetandets arkeologi s 35, ville utmönstra traditionsbegreppet, ty: "med dess hjälp kan man göra sig nya föreställningar om historiens spridning i form av likheter, det ger oss rätt att reducera den i all begynnelse inneboende olikheten och att utan avbrott förflytta oss bakåt i tiden för att där utpeka ett allt avlägsnare ursprung".

[675] Se t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 10; Arnholm, Privatrett II s 37; Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret s 320 f; Giertsen, Avtaler s 96; Gomard, Almindelig kontraktret s 245 ff; Hov, Avtalerett s 71 f; dens, Avtaleslutning og ugyldighet s 137 och 167; Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 206 ff; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 374; Woxholth, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning s 411 ff; dens, Avtalerett s 432.

[676] Jfr Lyotard, The Postmodern Condition s 26: "A statement of science gains no validity from the fact of being reported."

[677] Just nu låter detta uttryck – "2000-talet" – så *modernt.* Jfr C Rambergs nedan vid n 1099 återgivna uttalande.

som vi på denna punkt synbarligen tillämpar, alltså den som går ut på att låta sanningen vara avhängig en korrekt utläggning av vissa privilegierade texter, vill vi ju förknippa med tänkandets förvetenskapliga stadier.[678] Vår juridik skall vara vetenskaplig.[679] Hur kan det då komma sig att vi oförblommerat laborerar med en dogm som "den klassiska distinktionen mellan tolkning och utfyllning"?[680]

Nåja – det faktum att den frågan här låter sig ställas säger, tror jag alldeles bestämt, mindre om rättsvetenskapens faktiska tillstånd,[681] än om den självbild vi som rättsvetenskapare underhåller. Ett stort antal uttrycksformer, vars bruk kommit att signalera ovetenskaplig auktoritetstro och metafysik, skall förvisso under det gångna seklet ha rensats ut ur det juridiska språket – uttryck som "bindande kraft", "rättvisa" och "äganderätt"[682] – men det betyder bevisligen inte att juridiken lagt bort de vanor som ursprungligen väckte frågan om disciplinens vetenskaplighet. Får vi tro Jean-François Lyotard gäller motsvarande för det vetenskapliga fältet rent generellt. Han skriver, angående frågan hur den vetenskapliga kunskapen ytterst kan legitimeras:

> [T]he apparently obsolete solutions that have been found for the problem of legitimation are not obsolete in principle, but only in their expression; we should not be surprised if they have persisted to this day in other forms.[683]

Och vidare:

> Scientific knowledge cannot know and make known that it is the true knowledge without resorting to the other, narrative, kind of knowledge, which from its point of view is no knowledge at all.[684]

[678] Jfr t ex Foucault, Diskursens ordning s 19 f.

[679] Jfr t ex argumentationen i Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?

[680] Bygger vi inte här på just den förvirrande motsättning mellan ett "skolastiskt underlag" och "realitetssträvanden" som Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 151, ville göra oss uppmärksamma på?

[681] Ämnet för klassiska skrifter som Jherings "Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?", Lundstedts "Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft" och Ekelöfs "Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?" Se härtill Victor, Rättssystem och vetenskap s 145 ff, för en genomgång av ett antal inflytelserika inlägg i den svenska debatten under nittonhundratalet.

[682] Se nedan n 1284.

[683] Lyotard, The Postmodern Condition s 28.

[684] Lyotard, a a s 29.

Överfört på vår specifika vetenskapliga diskurs: Den berättelse på temat förnuftets seger över fördomarna, som gör tjänst som den moderna skandinaviska civilrättens tillkomsthistoria,[685] och hela den retorik som denna är förbunden med, är måhända bra för det vetenskapliga självförtroendet, men räcker inte så långt när det gäller att göra reda för disciplinens faktiska praktik.[686] I sig själv är den ju ett utmärkt exempel på, att berättelser som vilar på auktoritet och tradition, och som således förblir sanna enkom genom det enkla faktum att de upprepas och förs vidare, alltjämt fyller en funktion i rättsvetenskapen.[687]

Vi ansluter visserligen till den förment allmängiltiga åtskillnaden mellan *auktoritet* och *förnuft* som går tillbaka på upplysningstänkandet, och som i grunden präglat den västerländska synen på rationalitet[688] – men allt vi därigenom åstadkommer är att blockera förståelsen för auktoritetens väsen. Så sker till exempel i distinktionen mellan "sakskäl" och "auktoritetsskäl".

Sakskälen gäller själva saken, den som är uppe till behandling, och således nuet, till skillnad från auktoritetsskälen, som griper tillbaka på rättskälletexterna och traditionen. Inom denna ram är det givet att sakskälen övertrumfar auktoritetsskälen. Varför skulle man nämligen fästa avseende vid en ståndpunkt som nedtecknats av någon som inte hade den aktuella situationen för ögonen, som kanske inte kände till den bransch det gäller och som kanske rentav varit död i decennier, eller i århundraden?[689] Såvida inte ståndpunkten ifråga råkar vara saklig förstås

[685] Se vidare nedan i avsnitt 7.6.2.

[686] Eller, för den delen, när det gäller att göra reda för historiska förlopp. Jfr den större berättelse som binder samman de avslöjande beteckningarna "medeltid", "renässans", "vetenskaplig revolution" och "upplysning". Historieforskningen synes åtminstone sedan artonhundratalets slut ha varit medveten om att den illa dolda normativa agenda som finns nedlagd i denna berättelse inte kan tas på fullt allvar. Ett exempel, som måste bli godtyckligt, men som inte saknar relevans i det här aktuella sammanhanget: Lindberg, The Beginnings of Western Science s 213, beklagar sig över att: "[t]he stereotype of the Middle Ages pictures the professor as spineless and subservient, a slavish follower of Aristotle and the church fathers (exactly how one could be a slavish follower of both, the stereotype does not explain), fearful of departing one iota from the demands of authority."

[687] Se härtill Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 92 ff.

[688] Se t ex Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 276 ff.

[689] Habermas, Faktizität und Geltung s 246, framhåller att, i den realistiska analysen: "[d]ie Rechtsproduktion der Vergangenheit verliert ihre Herrschaft über die aktuelle Entscheidungen, weil diese weitgehend im Ermessen des Richters liegen."

– det kan ju hända, men i sådana fall saknar den omständigheten att argumentet förts fram av en "auktoritet" självständig betydelse.[690]

Här förlorar noga taget ordet "auktoritet" sin innebörd:[691] Är alla ense om att det saknas *egentlig* anledning att respektera en text, har denna knappast någon auktoritet.[692] Genom att skilja sakligheten från auktoriteten reducerar man tillsynes juridiken till en fråga om rationalitet, men frågan är, vad av det juridiska som då återstår. Åtskillnaden tycks förutsätta att det är legitimt att göra uppror mot traditionen, mot texten – det vill säga, *mot lagen.* Konsekvent genomförd sätter den juristens känsla för vad som är sakligt över lagtexten.[693] Och den tycks visa tillbaka på ett skede i rättsutvecklingen, i vilket juridiken behärskades av traditionalism – ett tillstånd som vi nu skall ha övervunnit – ty skulle juristerna i alla tider ha respekterat denna åtskillnad skulle det inte finnas någon tradition att förkasta.[694] Vi bör dock vara på det klara med att det specifika krav på saklighet som ligger implicit i tudelningen saklighet/auktoritet inte kan drivas igenom med mindre än att de karakteristiskt juridiska argumentationsformerna trängs undan.[695] Såtillvida kan det sägas att det sakligheten herravälde som förutskickas i den, i vår rättskultur så populära, pragmatiska retoriken förutsätter juridikens död. En juridik som fullständigt behärskas av "sakligheten" rationalitet är den radikala realis-

[690] Jfr Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk? s 654: "Man kan [...] hävda att alla rättskällor har *argumentationens halt* som yttersta grund för sin auktoritet."

[691] Auktoritetens här antydda *mystiska* karaktär är temat för utläggningarna i Derrida, Lagens kraft.

[692] Jfr t ex Atiyah, Essays on Contract s 119.

[693] Graver, Keiserens garderobe s 455, påpekar att den konsekvensen följer av Eckhoffs rättskällelära. Något motsvarande kunde sägas om Ekelöfs teleologi. Se Madsen, Aftalefunktioner s 5, för en intressant variant: Omdömet i rättsfrågan måste kunna inordnas i det på förhand existerande rättssystemet, men den juridiska metoden sätter juristen i stånd att skönsmässigt ta till vara "accepterede samfundshensyn".

[694] Således t ex Kleineman, Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet s 59: "Medan man vid tidpunkten för lagens tillkomst inte torde ha varit benägen att besvara denna fråga med fristående rättspolitiska argument så torde vi idag ha större benägenhet att snarare lösa frågan med ändamålsargument än auktoritetsargument."

[695] Språkligt sett kan det naturligtvis vara "sakligt", i bemärkelsen rationellt, att utgå från rättskälletexterna (och auktoritetsskäl är också skäl). För Peczenik, t ex, handlar kravet på saklighet främst om koherens – till sin natur ett vitt begrepp, som när det tillämpas på juridiken kan fås att omfamna samtliga juristens argumentationsvanor. Se t ex Peczenik, Vad är rätt? s 610 ff.

mens utopi. Ingen torde på allvar vilja göra gällande att vi redan är där.[696] En åtskillnad som den mellan sakskäl och auktoritetsskäl får således tillskrivas ett lågt *deskriptivt* värde.[697] De facto underhåller vi våra myter och vårt panteon.[698] Vi håller Almén, Karlgren, Hellner och deras likar högt i ära.[699] Och vi arbetar med texter, inte med någonting annat, som bekvämt skulle kunna rangeras in under beteckningen "verkligheten".[700] Som juris studenter insocialiserades vi i rättsideologin – för att använda realisternas fras – och det är denna vi gestaltar när vi skriver och argumenterar i juridiska frågor.

Det står skrivet att det är skillnad på tolkning och utfyllning – alltså upprepar vi detta påstående. Vem skulle *på allvar* vilja göra gällande, att denna distinktion egentligen är "rationellt" grundad? Skulle vår specifika rättstradition vara mer rationell än till exempel den tyska – enligt vilken tolkningen som sådan är att betrakta som en rättsfråga ("eine Rechtsfrage")[701] – eller den amerikanska – i vilken tolkningen bedöms som "a

[696] Allra minst de radikala realisterna själva. Kampen förutsätter att utopin är utopisk. Se härtill Broekman, Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State, särskilt s 93.

[697] Vilket vill säga att den inte skall förstås som en teori – utan kanske snarare som en retorisk trop.

[698] Jfr R Posner, Frontiers of Legal Theory s 145 ff, som, föga överraskande, finner detta faktum outhärdligt. Posner ser inga rationella skäl att lyssna till "auktoriteter" i det förgångna. R Posner, a a s 162: "[E]ven if the lawyers and judges of the fabled past were abler than the current crop, they knew so much less than we about conditions today that it is ludicrous to accord them a mystical power over the present."

[699] Jfr Sandström, Rätt eller vetenskap? s 286, som framhåller att den enskilda rättsvetarens auktoritet de facto har ett mycket konkret – ekonomiskt – värde.

[700] Se härtill H Andersson, Barthesianska meditationer s 76 f. Vad som här avses är ingenting mystiskt (världsfrånvänt). Jurister tänker, talar och skriver om texter. Under mina första veckor som juridikstudent försökte jag och några av mina medstudenter lösa en seminarieuppgift, som gällde priset för en byggkran eller liknande, genom att ringa upp en byggfirma och fråga efter priset. När vi använde den aktuella prisuppgiften i vår argumentation avfärdades vi av seminarieledaren, Staffan Rylander, med orden: "Verkligheten?! Juridik har inte med verkligheten att göra." Jfr Zahle, Praktisk retsfilosofi s 344: "Retten eksisterer som en mængde tekster i vekslende harmoni eller konflikt." Se härtill White, The Edge of Meaning s 221 ff; dens, Heracles' Bow s 77 ff; Zahle, a a s 285 ff.

[701] Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 28 Rn 128, uttalar att "die eigentliche normative Auslegung" är en "dem Richter obliegende Rechtsfrage", och till tolkningen räknas då "die richtige Anwendung der Auslegungsregeln und die Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Bedeutung der Erklärung unter den festgestellten Umstämden als die rechtlich maßgebliche anzusehen ist".

question of law"?[702] Och är det rimligt att hävda att vi är klokare nu, än för hundra år sedan – att vi således tog *ett steg framåt,* i någon sorts sökande efter sanningen om avtalsrätten, genom att ta upp distinktionen mellan tolkning och utfyllning i vår terminologi?[703] Nej, känner man sig frestad att hävda att juridiken ytterst vilar på saklighetens grund, så är det nog emedan man känner att det *måste* vara så, snarare än därför att man finner de konkreta bevisen överväldigande. Jag vill lägga denna observation angående den moderna svenska förmögenhetsrättens psykologi till grund för den fortsatta undersökningen.

Vad jag hitintills gjort gällande är:

i. att distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte kan rättfärdigas som en beskrivning eller systematisering av det faktiska tolkningsförfarandet i föreliggande praxis, och...

ii. ...att distinktionen därför, givet sin konstruktion, inte heller har en legitim grund i de rättsvetenskapliga redogörelserna för tolkningsläran. Samt...

iii. ...att, om man tänker sig att distinktionen mellan tolkning och utfyllning tar sikte på tolkningsförfarandet som faktisk, empirisk realitet – vilket skulle göra det fullt legitimt och logiskt att den saknar grund i rättskällorna – så förpassar vi den till en okänd existens, utanför ramen för det den juridiska erfarenheten och det juridiska språket. Vilket har att göra med...

iv. ...att distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte är grundad på rationella överväganden och empiriska realiteter, utan en traderad dogm – eller, om man tål uttryckssättet, en myt. Detta trots att det strider mot vår för-givet-tagna självbild och vetenskapliga övertygelse.

Resonemanget styr frågeställningen i en viss riktning och det visar vad som gör frågan värd att ställa.[704] Om det som här har sagts är riktigt, kan frågan om tolkning och utfyllning med ett antropomorfiserande

[702] Se t ex Whitford, The Role of the Jury (and the Fact/Law Distinction) in the Interpretation of Written Contracts, med hänvisningar.

[703] Som om Ussing, eller vem man nu vill peka ut, hade *upptäckt* att tolkning skiljer sig från utfyllning.

[704] "Fragewürdig", med ett av Heideggers uttryck – det som gör undersökningsobjektet *värt* att utfråga.

uttryckssätt sägas utgöra en *personlig* utmaning för avtalsrätten: Problemet kan liknas vid det som man ställs inför, när man inser att man stoltserat med sin ödmjukhet.

5.4 Mellan traditionalism och traditionskritik

Den realistiska juridiken söker upphäva sig själv genom att vara icke-juridisk – saklig, i bemärkelsen obunden av traditionen och auktoriteterna. Till dess man ger upp försöket, eller slutligen lyckas, synes vi som jurister nödgade att leva med ett visst mått av självförakt, att vantrivas bland våra egna dogmer. Detta, vill säga, så länge vi inte istället, på något sätt, förmår finna oss i vårt tillstånd. Med avseende på distinktionen mellan tolkning och utfyllning skulle detta betyda, att vi har att göra reda för den spänning som denna figurs mytiska ursprung och beskaffenhet – dess dogmatiska karaktär – ger upphov till givet den pragmatiskt realistiska ideologi som behärskar den omgivande diskursen.[705]

Ideologin tycks sätta ett frågetecken efter det påstående som distinktionen uttrycker: "Det är skillnad på tolkning och utfyllning, men vad betyder det i praktiken? Till vilken nytta anpassar vi vårt språk efter denna klassiska lärosats?" Och resultatet blir ofrånkomligen paradoxalt. Klassiska lärosatser verkar inte i kraft av sin nytta, utan i kraft av att vara klassiska. Distinktionen för, följdenligt, ett slags skuggtillvaro. Man nämner den – i vissa bestämda sammanhang, varav det viktigaste är öppningsavsnittet i kapitel om tolkning i avtalsrättsliga läroböcker – för att i nästa andetag ta avstånd från den. I vår tradition skall man vara anti-traditionell, på just detta sätt.[706] Av denna anledning förmår inte ens

[705] Här kan vi verkligen tala om en "ideologi" – någonting som man bekänner sig till och som man visar vördnad, utan att det med nödvändighet återspeglas i det faktiska livets praktik på något annat sätt. Vi måste påminna oss: Även Grönfors använde ord som "klassisk" och "traditionell" i positiv bemärkelse, åberopar auktoriteter, hänvisar till romersk rätt, bygger resonemang på ren textanalys, säger sig använda en "rättsgenetisk förklaringsmodell"... han kan kalla en ikon som Nial "mästerlig". Med andra ord: Även Grönfors var jurist. Finns det för övrigt i sentida svensk juridik ett tydligare exempel på auktoritetsdyrkan än den som ligger till grund för kanoniseringen av Grönfors. Jfr S O Johansson-C Ramberg, Kurt Grönfors in memoriam s 1122: "Några dagar före sin bortgång på sjukhuset sade Kurt Grönfors med svag röst och stor pondus: 'Avtalslagen är en ruin.'".

[706] Jfr Tuori, Critical Legal Positivism s 162: "Modern society is a *post-traditional* society, and modern law is post-traditional law." Se också Wilhelmsson, The Ethical

framställningar som till äventyrs är lojala mot "den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning" skänka denna mer än en villkorad giltighet. Vördnadsbetygelserna framträder prompt som en markering mot traditionskritikerna, även när dessa inte nämns, och så blir konflikten synlig – åtminstone för dem som känner den avtalsrättsliga litteraturen. Det anspråk på enhetlighet som ligger i påståendet att distinktionen är "traditionell", är helt enkelt inte *fullt ut* berättigat.

Man skulle kunna tro att denna spänning – mellan klassicism och pragmatism, om man så vill – kunde förklaras med hänvisning till att avtalsrätten befinner sig i ett övergångstillstånd. Kontroversen kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning skulle då vara att betrakta som ett sista utbrott, larmet under det att det klassiska paradigmet slutligen faller sönder.[707] Men det vore att överdramatisera, och att misstolka läget. Vad vi ser är inte en storstilad uppgörelse mellan två distinkta och välartikulerade förklaringsmodeller, en gammal och en ny. Motsättningen är avgjort inte explicit på det sättet. Vi har till exempel inte en öppen vetenskaplig debatt om tolkningsbegreppets ställning i avtalsrätten. Spänningen är snarare latent, eller undertryckt. Det finns inget tydligt alternativ till distinktionen mellan tolkning och utfyllning som man skulle kunna samlas kring. För att tänka distinktionen på nytt behövs teori, och teori är någonting som vi aktar oss för.[708] Att skriva

---

Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law s 132; dens, Senmodern ansvarsrätt s 103 ff. Schütz, Nietzsche between Jews and Jurists, visar att *hela* det västerländska projektet kan förstås som en antitraditionalistisk, i bemärkelsen antilegalistisk, rörelse. Schütz, a a s 144: "The Western cultural tradition has ever been defined, first by its antilegal values, and only second by its law. It has been, in a word, a critical legal movement." Jfr Votinius, Varandra som vänner och fiender s 51 f.

[707] I denna riktning J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 512: "Ett envist fasthållande vid traditionella juridiska begrepp och strukturer, när de med hänsyn till förändrade förhållanden i form av standardiserad och kollektiviserad avtalsteknik och krav på differentiering i ett allt mer komplicerat samhälle upphört att fungera för sina ändamål, är emellertid ingen lämplig utväg. I stället får vi finna oss i att under en sannolikt ganska lång övergångstid avvakta utformningen av lämpliga lösningar för olika typfall. Det får bli rättsvetenskapens uppgift att på grundval av en mångfald av olika sådana bedömningar finna nya ändamålsenliga juridiska begrepp, strukturer och indelningar."

[708] Jfr Atiyah, Essays on Contract s 385: "This entire problem, concerning the relationship of consensual and non-consensual liabilities, is obviously a matter of great importance [...] it does very vividly illustrate the profound importance of some overall theoretical structure to the law of obligations."

avtalsrättslig teori är att skriva i periferin. Pragmatismen härskar oinskränkt.[709]

Samma pragmatism som gör det svårt att ta den traditionella distinktionen på fullt allvar, gör det likaledes svårt att övervinna densamma. Vi fogar oss efter språkets faktiska beskaffenhet – håller tillgodo med den terminologi som är oss given. Det är enklast så, och här blir avståndet mellan oss och de ursprungliga realisterna uppenbart. De ville i sin modernistiska iver riva sönder språket – vi har inga sådana ambitioner.[710]

Så hålls traditionen vid liv, men den är inte stark, utan svag, ifrågasatt, villkorad. Spänningen förblir oupplöst. Svensk avtalsrätt tycks här frusen i ett tillstånd av stagnation. Eller befinner den sig kanske bara i vila?

Efter dessa linjer kan, vill jag mena, distinktionens grundläggande existensbetingelser i nuläget förstås. Det faktum, att distinktionen mellan tolkning och utfyllning låter sig kallas "traditionell", ger den dess legitimitet samtidigt som detta utgör den främsta anledningen att sätta den ifråga.[711] Den är traditionell – alltså gäller den, alltså tar vi avstånd från den.[712]

Syftet blir här – i denna framställning – att finna ett sätt att förhålla sig till den dubbelhet som vidlåder distinktionens my(s)tiska, auktoritativa grund. Jag tror att det är nödvändigt att finna ett sådant förhållningssätt om vi skall kunna komma vidare, det vill säga, om vi vare sig vill nöja oss med att bekräfta traditionen, eller att underkänna den (ingetdera alternativet gör avtalsrätten rättvisa).[713] Och om vi har förträngt den ursprungliga innebörden hos distinktionen mellan tolkning och utfyllning, är det möjligt att nu läsa denna distinktion som en uppfordran. Genom sin blotta närvaro i den avtalsrättsliga diskursen ställer den

[709] Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 315, talar om "den svenska rättsvetenskapens principlöshet".

[710] Jfr Koskenniemi, Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism s 658: "Sometimes resistance to changing the idiom has followed from a healthy self-assurance. 'If it works, do not fix it.' This is the ground from which today's legal pragmatism grows."

[711] Vi vill sätta distinktionen ifråga därför att den inte bärs upp av sakskäl, därför att den saknar reell, praktisk betydelse.

[712] Jfr Lehrberg, Praktisk juridisk metod s 140 f.

[713] Jfr Ulfbeck, Fortolkning af ansvarsfraskrivelser s 498, som menar att utmaningen för avtalsrättens del, i en tid som präglas av spänning mellan invand pragmatism och neoklassisk formalism, består i att komma vidare: "Også i kontraktsretten må det være muligt at springe ud – med eller uden faldskærm – lande på begge ben og finde 'den tredje vej'".

oss *återigen* inför frågan om förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga i avtalstolkningen. Återigen, exakt av det skälet att det svar den själv ger har blivit svårt att tyda. Kanske har vi för oss att det gällde någonting viktigt – och det kan i så fall ha att göra med att figurer som Karlgren och Vahlén säger oss att distinktionen är just viktig[714] – men vi tycks vara osäkra på vad. Måhända är det säkrast att med professorerna Ramberg konstatera att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är teoretiskt värdefull samtidigt som den i praktiskt hänseende saknar betydelse.[715] Men gör man det, kringgår man helt enkelt den frågeställning som denna avhandling söker behandla – bevarar distinktionens relikta väsen, istället för att utforska det. *Frågan* är hur distinktionen nu skall förstås – i det senmoderna, som det ibland heter, det vill säga efter det att möjligheten att förstå det moderna på det modernas egna villkor gått förlorad.

Vad skall vi egentligen ta oss till med "den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning"?

[714] Vi kan läsa oss till att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är viktig, men vi kan knappast *känna* det. Åtminstone inte som det var tänkt.

[715] J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 505 och 512; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 148; se också J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder s 502 n 6. Jfr Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 168; Madsen, Anm av Bert Lehrberg, Avtalstolkning s 191.

6 Riktningsangivelse

> Damit stellt sich die eigentliche Kernfrage der juristischen Hermeneutik. Was sind diese Sachen, von denen die Rechtstexte handeln und die in den Blick des Lesers kommen müssen, wenn er die Texte verstehen will?
>
> *Joachim Hruschka*

6.1 Inledning

Analysen i föregående kapitel slutade i en kontradiktion. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning vilar på traditionens grund, och är därför ifrågasatt. I detta konstaterande ligger också en fråga: Hur skall motsättningen hanteras? Det är en fråga som vi kan läsa oss fram till. Diskursen kring tolkning och utfyllning ställer den till oss. Det är onekligen så, och det är en fråga som en lyhörd undersökning av distinktionens problematik måste behandla. Frågefältet är dock inte så snävt som det i förstone kan verka. Av det förhållandet att striden på denna punkt står mellan traditionalism och antitraditionalism vill åtminstone inte jag dra slutsatsen, att varje avgörande måste ta formen av ett ställningstagande för eller mot traditionen.

Så kunde man i och för sig ha hanterat problemet. Vi kan konstatera att det finns en tradition – traditionen efter Ussing – som litar till vissa argument, och att det finns en mottradition, som är mera spretig, men som ändock resonerar på ett visst, karakteristiskt sätt. Här hade man kunnat göra det till sin uppgift att slita tvisten, genom att helt enkelt försöka avgöra vilken ståndpunkt som har mest fog för sig. Gjorde man det, skulle man inta den attityd till problemet som kanske ligger närmast till hands så som vår specifika rättsvetenskapliga kultur är beskaffad. Jag är emellertid inte intresserad av att producera en lösning av det slaget. För att göra det måste man ta allt för mycket för givet. Till exempel tar man med ett sådant tillvägagångssätt för givet, att det som motsättningen gäller är en och samma sak – att det här finns *ett* problem att lösa, och att

alla de argument som producerats och som kan produceras har bäring på just detta. Därmed gör man sig blind för möjligheten att de enskilda argumenten motiveras av skilda rättsuppfattningar – skilda uppfattningar om sådant som innebörden av tolkningsbegreppet och rättsvetenskapens uppgifter. Man skär kort sagt av sina möjligheter att faktiskt förstå konflikten. Det vill jag undvika.

I detta kapitel söker jag mig fram mot ett förhållningssätt, som skall göra det möjligt att faktiskt undersöka den historiskt bestämda problematiken kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Det som efterfrågas är, kunde man säga, ett sätt att förstå problematikens struktur. Vad är det egentligen som gör att det är svårt att se klart här? Jag utgår – i avsnitt 6.2 – från den helt abstrakta frågan "Var är undersökningens föremål?"[716] Det som motiverar att vi i detta skede ställer denna fråga är väl närmast upptäckten, i föregående kapitel, att distinktionen mellan tolkning och utfyllning vare sig tycks ha stöd i rättskällorna eller i erfarenheten. Hur skall vi alltså kunna underrätta oss om hur relationen mellan tolkning och utfyllning egentligen är beskaffad? Jag försöker att hantera denna fråga genom att ta avstånd från själva tanken att termerna "tolkning" och "utfyllning" måste stå för någonting – genom att motsvaras av någonting, i källorna eller ute i den empiriska verkligheten. Det är uppenbarligen inte i kraft av en sådan relation som de är meningsfulla. För vi förstår dem väl – och det gör vi utan att kunna peka ut deras objekt och utan att på något annat sätt kunna definiera dem (om vi inte nöjer oss med att helt enkelt upprepa den traditionella definitionen). Jag föreslår att vi inte skall söka efter objekten, utan att vi istället borde se till den funktion termerna fyller i det avtalsrättsliga språket – det som vi faktiskt gör med dessa termer, vad vi har gjort med dem, vad det vill säga att använda dem. För att göra tydligt vad jag menar analogiserar jag till *spelandet av ett spel* (spel som praktisk verksamhet). Åberopandet av distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan, liksom förnekandet av distinktionens relevans, betraktas som ett drag i ett spel ... och vi kan ställa frågan vad spelet går ut på. Med denna strategi hamnar jag emellertid

[716] Jfr kapitelrubriken. Denna fixering vid termernas relation till objekten – som är en specifik variation av den Kantianska frågan efter kunskapens grund – finner antagligen sin förklaring i det förhållandet att detta tema var centralt för Wittgenstein (vars texter är min primära inspirationskälla). För den idéhistoriska kontexten se t ex Hacker, Wittgenstein: Connections and Controversies s 242 ff. Det är i detta ljus som man får se avsnitt 8.5 (särskilt 8.5.3) nedan – där resonemanget härifrån och dit knyts samman.

omedelbart i svårigheter, för idén att de rättsliga begreppen kan betraktas funktionellt, och att det juridiska språket i linje härmed kan liknas vid ett spel, ligger oss, som svenska förmögenhetsrättare, mycket nära – bara på ett helt annat sätt än det som här avses. I avsnitt 6.3 försöker jag möta denna svårighet, och jag finner att frågan om de juridiska begreppens relation till verkligheten redan har ett svar i vår tradition. Det rör sig om ett svar som vi repeterat in väl, och som nu, tack vare att det ytligt sett ligger så nära det svar som jag själv försöker närma mig, riskerar att skymma sikten alldeles. Men det är utmärkt. Egentligen befinner vi oss här nära själva kärnan i den problematik som undersökningen i denna avhandling gäller. Hur förhåller sig det rättsliga till det faktiska? Här bör vi söka efter grunden för den förvillelse som distinktionen mellan tolkning och utfyllning bevisligen ger upphov till. Det är, så att säga, någonting med vår attityd till verkligheten, någonting med den förmögenhetsrättsliga verklighetsuppfattningen. I symboliskt hänseende har ingen historisk företeelse varit av större betydelse för denna uppfattning än den så kallade skandinaviska rättighetsdebatten. Jag drar slutsatsen att vi borde intressera oss för vad det var den gjorde med oss. Och där lämnar framställningen över till kapitel 7, i vilket de historiska betingelserna för utbildandet av den nu härskande attityden till rättsbegreppen granskas närmare.

6.2 Något om var undersökningens föremål kan tänkas befinna sig

6.2.1 Gränsen mellan tolkning och utfyllning är inte skarp

Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är en hal figur. Den går inte att peka ut, med en enkel gest – det lyckas åtminstone inte denne författare att göra det. Här föreligger nu en svårighet *av en bestämd sort.*[717]

Naturligtvis är problemet, för min del, i en viss mening självförvållat. Ingenting kräver att vi stannar upp inför det. Man skulle också oberört

[717] Det handlar nog inte så mycket om undersökningsföremålet, som om sättet att ställa frågan. Anmärkning: Det är mycket vanligt att teoretiker, i juridiken och i övrigt, noterar att just det begrepp som de för stunden försöker analysera är vagt, undflyende och svårdefinierat. Vad man kanske ofta glömmer är dock, att precis alla begrepp kan göras vaga på detta sätt – bara man stirrar tillräckligt stint på dem.

kunna gå vidare. Ingenting i juridiken hänger på att denna svårighet hanteras.[718] Det är inte precis så att vi måste höra upp med all juridisk verksamhet till dess saken är utredd.[719] Men jag är inte ensam om att se en svårighet av något slag i förhållandet mellan tolkning och utfyllning. Bland de teser som i litteraturen får ackompanjera påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning – och som sammantagna kan betraktas som en, något löslig, *lära* om tolkning och utfyllning – återfinns en, som proklamerar, att distinktionen är besvärlig, svår eller problematisk.[720] Ofta går den tesen upp i en annan, som vi vid det här laget är väl bekanta med, nämligen den som fastslår, att gränsen mellan tolkning och utfyllning *inte är skarp*, att distinktionen inte kan "genomföras fullt ut i praktiken".[721]

[718] Många civilister skulle instinktivt hävda motsatsen, särskilt de som är benägna att tänka i rättssystematiska termer – men det är någonting *annat* som här avses. Jag bestrider inte att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är av stor rättssystematisk betydelse, utan vill peka på det förhållandet att vår civilrätt *i praktiskt hänseende* tydligtvis fungerar utmärkt trots att den rättssystematiska/rättsteoretiska fråga som är förbunden med distinktionen mellan tolkning och utfyllning aldrig har fått någon lösning (men: vad innebär det överhuvudtaget att om en språklig praktik säga, att den fungerar mer eller mindre väl?). Jag vill markera mot en viss typ av överskattning av teorins betydelse; inte därför att jag vill ta ifrån rättsteorin dess värde (hur det nu skulle gå till), utan därför att jag menar att vi kanske borde lära oss att uppskatta den *bättre*, dvs utan orealistiska förväntningar.

[719] Motsvarande torde gälla för de flesta rättsvetenskapliga undersökningar, vilket vill säga att det innebär ett missgrepp att ta den nyttoretorik som rättsvetenskapliga projekt regelmässigt sveps in i under det att de sjösätts (medeltilldelning, tjänstetillsättning etc) på fullt allvar. Monografins värde ligger helt visst inte i att juridiken *behöver* den – men det hindrar inte att en enskild monografi, när den väl föreligger, kan komma att få en oerhörd betydelse för sitt ämne. Man kan påminna sig om att åtskilliga rättsfigurer har sitt upphov i rättsvetenskapliga framställningar, figurer såsom förutsättningsläran, culpa in contrahendo och kombinationsfullmakten.

[720] Se Agell, Anm av Lehrberg, Avtalstolkning s 747; Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 216; dens, Kutym och rättsregel s 33 n 4 *in fine*; Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 388 f; se även Stang, Handelskoutumer s 305.

[721] Se Adlercreutz, Avtalsrätt II s 11, 16 och 53; Bengtsson, Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor s 6; Bentzon, Begrebet Vis Maior s 311; Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret s 322; Boström, Tolkning av testamente s 11, 23, 31 och 299; Ekelöf-Boman, Rättegång IV s 240; Giertsen, Avtaler s 96; Gomard, Almindelig kontraktret s 248; Guldberg, Om bristande förutsättningar vid avtal s 11; Haaskjold, Kontraktsforpliktelser s 100; Hellner, Anm av Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 149; Hov, Avtaleslutning og ugyldighet s 137 och 169; Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 168; Karlgren, Passivitet s 10; Knoph, Nogen ord om dommerens stilling til kutymene s 179; Lehrberg, Avtalstolkning

Man torde kunna tillåta sig följande utläggning, om man kan sätta sig över enskildheterna, det vill säga de specifika verk och sammanhang i vilka dessa teser konkret manifesterar sig.[722]

Distinktionen utsäger att en skillnad föreligger. Rent abstrakt är det, naturligtvis, varje distinktions grundbetydelse. Är nu den gräns som dras upp oskarp, i den bemärkelsen att den inte klart kan skönjas vid betraktande av den verklighet som distinktionen tar sikte på – vi får hålla i minnet att varje distinktion är ett påstående, vilket vill säga att vi inte tänker oss distinktioner som i erfarenheten givna företeelser – utgör det ett problem *om* det innebär att distinktionen inte fyller sitt syfte. För denna typ av oklarhet behöver inte i sig utgöra ett problem. Ta den distinktion som ligger i det vardagliga bruket av orden "gå" och "springa". Skillnaden är *kristallklar* i den bemärkelsen att det inte kan råda något som helst tvivel om att dessa ord betyder olika saker.[723] Därmed inte sagt att det inte finns svåra fall – för att använda juridisk terminologi. Tänk på uttrycket "halvspringa" och dess användning. Vi betraktar dock inte skillnaden mellan gående och springande som problematisk, för vi har

s 18 och 20; dens, Avtalsrättens grundelement s 209; dens, Förutsättningsläran s 121; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 375; Madsen, Aftalefunktioner s 12; dens, Anm. av Bert Lehrberg, Avtalstolkning s 191; Malmberg, Anställningsavtalet s 56; Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s 6 f; Naundrup Olesen, Samfundsloddet s 128 f; Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt s 356; J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 505; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 148; Stang, Innledning til formueretten s 448; Sundberg, Avtalstyper och typavtal s 13 n 8; dens, Om ansvaret för fel i lejt gods s 36; Ussing, Aftaler, 1 udg s 227; Vahlén, Avtal och tolkning s 193 f och 204; dens, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 390; dens, Formkravet vid fastighetsköp s 80; Woxholth, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning s 412 f; dens; Avtalerett s 432 f; jfr Corbin, Conditions in the Law of Contract s 741. Jfr även Larenz, Über das Verhältnis von Interpretation und richterlicher Rechtsfortbildung, som med avseende på frågan hur tolkning av lag förhåller sig till domarens rättsskapande verksamhet driver tesen "daß zwischen der sich innerhalb der Grenzen des möglichen Wortsinns haltenden Interpretation und der Rechtsfortbildung durch Lückenausfüllung nur ein gradueller Unterschied besteht", vilken synes vara närmast vedertagen i tysk litteratur. Se för vidare hänvisningar Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung s 220; Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 187 f.

[722] Så får vi tänka oss saken, om vi vill hålla fast vid idén att inbegreppet av de i litteraturen förekommande uttalandena om tolkning och utfyllning skall betraktas som en lära i ämnet.

[723] Jfr ovan vid n 48.

ingen anledning att vara missnöjda med språket på denna punkt. Gränsen är liksom just så skarp som den behöver vara.[724]

Jämför nu med den märkliga idrottsgren som kallas "gång". Där är uppenbarligen gränsen för vad som skall räknas som gång viktig på ett annat sätt. Nu betyder rentav "gräns" någonting annat. En idrottsgren har vanligen regler, i en mycket handfast bemärkelse – det finns regelböcker, domarkurser, kommittéer som reviderar reglerna, diskussioner kring reglernas tolkning och så vidare. Och det ligger i konceptet att utövarna lägger sig på gränsen för vad reglerna tillåter, till och med att de aktivt letar efter luckor, som skulle kunna ge dem ett försteg. Reglerna för gång måste innehålla en definition av gångbegreppet, och denna måste i en alldeles bestämd mening vara effektiv – "tillräckligt skarp". Det är fullt tänkbart att man inom sporten skulle kunna vara missnöjd med den för stunden rådande definitionen av den anledningen att den upplevs som oskarp, *och det skulle då betyda* att den definitionen gör gång till någonting som man inte vill att gång skall vara, till exempel genom att den ger vissa en fördel som anses oschysst, att den gör sporten tråkig att titta på, med ekonomiska bekymmer som följd, att den gör gången skadlig för de aktiva, eller någonting sådant.

[724] Men detta uttryckssätt leder på sitt sätt fel. Vi får inte förledas att tro att det finns givna gränser för ordens betydelser, som kan vara mer eller mindre skarpa. Det är denna fördom som får oss att anta att ett ord som "decimeter" har en innebörd som är skarpare avgränsad än innebörden hos ett ord som "rättvisa". Antagligen är det rimligare att betrakta jämförelsen som absurd, och det är denna absurditet vi förlitar oss på när vi som jurister böjer rygg inför företrädare för "mer exakta" vetenskaper. Men, för att parafrasera en formulering hos Heidegger, Varat och tiden, Del 1 s 199: Inte ens matematiken är strängare än juridiken; jfr Gadamer, Wahrheit und Methode, bd II s 449; Wittgenstein, Om visshet §§ 43–47, 447 och 651–657. Se härtill Patterson, Normativity and Objectivity in Law; Rorty, Philosophy and the Mirror of Nature s 155 ff, och jfr t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 68 f. Jhering, Geist des römischen Rechts II.2 s 311 f, råkar ha skrivit: "Mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der mathematischen Methode für alle Zeiten unwandelbar dieselben bleiben werden, läßt sich ein Gleiches auch für die der juristischen Methode behaupten." Även om Jhering avsåg att uttrycka motsatsen – i syfte att rättfärdiga sitt studium av de romerska juristernas teknik – kan passagen läsas så, att den till sin innebörd överensstämmer med det budskap jag vill se i ovan anförda textställen hos Heidegger och Wittgenstein: Ja, det kan med samma apodiktiska visshet hävdas, att den matematiska metodens principer transcenderar historien, som detta kan hävdas för den juridiska metodens del – nämligen ingen alls. Matematik och juridik är båda spel vi spelar efter regler som ytterst saknar annan grund än den de förlänas av det förhållandet att vi lever efter dem. Jfr Stang, Viljesdogmet s 284. Se också ovan i och vid n 61.

Vad jag vill säga är, att vi får fästa oss vid detta att en distinktion saknar skärpa, i nu diskuterat hänseende – det vill säga visavi sin verklighet – endast när det av bestämda skäl har betydelse. *I sig* är det förhållandet att svåra fall kan tänkas förekomma inte på något sätt uppseendeväckande, och utgör ingen anledning att kritisera den ifrågavarande distinktionen – vilket blir uppenbart när man betänker att *ingen* distinktion kan vara absolut skarp i den bemärkelsen. Som Wittgenstein påpekat saknar föreställningen om en *absolut* skarp distinktion *all* innebörd:

> Om jag säger åt någon "Stå ungefär här!" – kan inte denna förklaring fungera perfekt? Och kan inte också varje annan misslyckas?
>
> "Men är inte förklaringen i varje fall inexakt?" – Jo; varför skulle man inte kalla den "inexakt"? Men vi måste ha klart för oss vad "inexakt" betyder! Ty här betyder det ju inte "oanvändbar". Och låt oss tänka efter vad vi, i motsats till denna förklaring, skulle betrakta som en "exakt" förklaring! Kanske avgränsningen av ett område genom ett kritstreck? Men då slår det oss genast att ett streck har en viss bredd. En färggräns vore alltså exaktare. Men har då denna exakthet här någon funktion; går den inte på tomgång? Och vi har ännu inte fastställt vad som skall betraktas som ett överskridande av denna skarpa gräns; hur, med vilka instrument, ett överskridande skall fastställas. Och så vidare. [...]
>
> "Inexakt" är egentligen ett klander och "exakt" ett beröm. Och det betyder ju: det inexakta uppnår inte sitt syfte lika fullkomligt som det exaktare. Då beror det alltså på vad vi kallar "syftet". Är det inexakt om jag inte anger solens avstånd från oss på metern när, och inte ger snickaren bordets bredd på tusendelen av en millimeter?[725]

Jag tror att vi kan säga, att när det framhålls att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är problematisk, emedan det inte står klart hur den skall genomföras i praktiken, så betyder detta någonting mer och utöver just det att det finns svåra fall. Dessa vanligt förekommande påståenden skall, så att säga, inte förstås strikt efter ordalydelsen. *Naturligtvis* kan inte distinktionen mellan tolkning och utfyllning genomföras fullt ut i praktiken. *Ingen* juridisk begreppsbildning är klar i den bemärkelsen. Men av någon anledning tycks vi vilja framhålla att just åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning är besvärlig.[726]

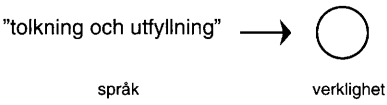
[725] Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 88.

[726] Inom juridiken finns det förvisso gott om begreppsliga konstruktioner som har rykte om sig att vara knepiga – på avtalsrättens område t ex begreppet avsiktsförklaring, oklarhetsregeln, oskälighetsrekvisitet i 36 § AvtL och viljeförklaringsbegreppet. Nu är det inte dessa som studeras. Av vad som nu sagts följer dock att man i dylika sammanhang bör beakta *skillnaderna*. Begreppslig oklarhet är inte *en* sak.

6.2.2 Spelanalogin – ett stöd för tanken

Det faktum att distinktionen anses besvärlig är, kan gott hävdas, avhandlingens problem. Från början till slut vrider sig texten kring en och samma svårighet, och det är den första svårighet som möter den som vill ta ämnet tolkning och utfyllning på allvar, nämligen denna: "Tolkning och utfyllning" – *Vad vill det egentligen säga?*

Denna fråga har jag i det föregående lite obestämt kallat "frågan om tolkning och utfyllning". Den kan formuleras som en fråga gällande innebörden av uttrycket "tolkning och utfyllning", och den kan ställas direkt till den företeelse som uttrycket betecknar: Hur förhåller sig tolkning till utfyllning? I båda fallen är frågans riktning densamma:[727]



Försöker man börja så – in abstracto, på ett tillsynes neutralt sätt, och inte som i föregående kapitel i texterna – visar det sig omedelbart att frågeställningen ändock är beroende av den tradition i vilken termerna "tolkning" och "utfyllning" hör hemma, det vill säga den avtalsrättsliga traditionen. Beroende, i den bemärkelsen att frågan för att vara meningsfull måste förstås utifrån denna traditions horisont. Texterna kallar. Själva uttrycket "tolkning och utfyllning" gör detta uppenbart, för vi kan inte förmå oss att uppfatta det som en godtycklig sammanställning av termer, utan ser en redan given innebörd i det "och" som i uttrycket binder tolkningen och utfyllningen samman.

"Tolkning *och* utfyllning" uttyder vi "å ena sidan tolkning, och å andra sidan utfyllning" – det finns tolkning, det finns utfyllning och dessa företeelser är inte identiska. Och mera ändå: Tolkning och utfyllning är till varandra gränsande företeelser, *en* gräns skiljer dem åt, och då de ligger varandra nära, är besläktade, kan de tänkas som varandras motsatser. Tolkning är inte utfyllning, och utfyllning är inte tolkning.[728]

[727] Vilket vill säga att den semantiska frågan och den ontologiska frågan här löses upp i varandra.

[728] Jfr Lindblom, Processens arktiektur s 174: "Man brukar tala om *gränsen* mellan sakfrågan och rättsfrågan, mellan faktum och rätt. Detta sätt att uttrycka saken kan ge ett felaktigt intryck av att konkreta rättsfakta bara behöver avgränsas åt ett håll."

Sammantaget betecknar uttrycket en distinktion, och är alltså att förstå som ett påstående: "Det är skillnad på tolkning och utfyllning". Det handlar om hur saker och ting förhåller sig, och emedan påståendet är juridiskt är det samtidigt normativt – det förmanar oss, såvitt vi är jurister: "Vet, att det är skillnad på tolkning och utfyllning".[729]

Nu kan juristen ställa sig frågan vad han eller hon skall göra av detta påstående. Hur bör man reagera på denna förmaning? I någon mening rör förhållandet mellan tolkning och utfyllning tydligen gällande rätts beskaffenhet. Varför skulle jurister annars, i juridiska sammanhang, hävda att dessa företeelser bör hållas åtskilda? Samtidigt är det svårt att riktigt få grepp om det sätt på vilket detta påstående angår rätten. Det är inte svårt att finna texter i vilka påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning framkastas, tas för givet, försvaras eller angrips. Det är betydligt svårare att bilda sig en uppfattning om vad det är dessa texter handlar om. Det är, så att säga, inte enkelt att få syn på *föremålen* tolkning och utfyllning – det som man, i någon mening, behöver ha sett för att själv kunna uttala sig om tolkningens och utfyllningens beskaffenhet.

Den som fastnar i denna tankegång får lätt intrycket att hela diskursen kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning är *ihålig* – som om alla debattörer enats om att tillsammans iscensätta en stor bluff, eller som om var och en håller skenet uppe i övertygelse om att alla andra vet vad det hela egentligen handlar om.[730] "Tolkningen är väsentligen ojuridisk"; "Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är mycket betydelsefull för gällande rätts del"; "Gränsen mellan tolkning och utfyllning är inte skarp". Hur kan de som slänger sig med dylika fraser *veta* någonting om dessa ting? Övervinner man inte den tanken förblir denna del av avtalsrätten obegriplig, och distinktionen mellan tolkning och utfyllning som skalbaggarna i en av Wittgensteins anmärkningar:

> Antag att var och en har en ask vari finns något vi kallar "skalbagge". Ingen kan någonsin titta i en annans ask; och var och en säger att han vet vad en skalbagge är bara genom att se på *sin* skalbagge. – Då kunde det ju hända att alla hade olika

[729] Motsvarande gäller ju, som framhållits av Arnholm, Omkring rettshandelsteorien s 399, definitioner i allmänhet: "Selv om man aldri så klart pointerer at definisjonen er ens subjektive, underforstår man jo normalt – og bør man normalt underforstå – en formaning: 'Gå du hen og gjør likeså'. Men former ikke begrepene for å drive privat tankegymnastikk, men fordi man søker å skape det beste redskap – for seg selv og presumtivt også for andre."

[730] Jfr figuren ovan s 277. Vad betyder uttrycket "tolkning och utfyllning" om cirkeln till höger visar sig vara tom?

saker i sina askar. Ja, man kunde tänka sig att dessa saker ständigt förändrade sig. – Men om nu dessa människors ord "skalbagge" i alla fall hade en användning? – I så fall vore den inte användningen av beteckningen på ett ting. Tinget i asken tillhör överhuvudtaget inte språkspelet; inte en gång som ett *något*: ty asken kunde också vara tom. – Nej, detta ting i asken kan 'förkortas bort'; det upphäver sig självt vad det än är.[731]

Såvitt orden "tolkning" och "utfyllning" och den jargong som följer med dem har innebörd,[732] är denna inte beroende av att de som dristat att yttra sig i ärendet har exklusiv tillgång till tolkning och utfyllning som någon form av fenomen. Det intryck av ihålighet, som kanhända drabbar den tillfällige betraktaren av de avtalsrättsliga utläggningarna om tolkning och utfyllning, orsakas inte av att diskussionens objekt är dolda, annat än i den bemärkelsen att de regler som denna diskussion följer inte är omedelbart överblickbara. Förväntar man sig att tolkning och utfyllning på ett okomplicerat sätt skall vara "saker", vars förhållande till varandra lätt kan iakttagas, kan man inte undgå att bli förvirrad.

Orden "tolkning" och "utfyllning" bör kanske snarare betraktas som brickor i ett *spel*, där spelsättet bestämmer innebörden.[733] För att kunna betrakta saken på så sätt, måste vi släppa tanken att orden ifråga står för, refererar till, föremål, och att det är denna deras egenskap som ger dem

[731] Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 293. Jfr t ex Ross, Tû-Tû, för en påminnelse om att tematiken inte är främmande, att den ryms inom ramen för vår rättsvetenskapliga tradition. Nästa kapitel ägnas åt att relatera förevarande resonemang till den skandinaviska rättighetsdebatten – och som vi där kommer att se är avståndet mellan Wittgenstein och Ross inte så stort som man kanske kan tro.

[732] Inte för att det skulle vara meningsfullt att betvivla den saken.

[733] Den tanken utgör den andra sidan av Wittgensteins beryktade "private language argument" (som det strax ovan, vid n 731, återgivna citatet hör till), såväl som ett centralt tema hos Saussure. Förhållandet mellan Wittgenstein och Saussure granskas med utgångspunkt i spelmetaforen i Harris, Language, Saussure and Wittgenstein. How to play games with words; en framställning som har den förtjänsten att den förmår ge en känsla för det särpräglade i tanken att språket kan betraktas som ett spel. Texten färgas måhända av att författaren först och främst är Saussure-kännare. En annan introducerande text i ämnet är Segerdahl, Språkteorier och språkspel, där Wittgensteins spelmetafor konstrasteras mot den traditionella filosofins strävan att teoretisera över språket. Wittgensteins spelbegrepp kan jämföras med Gadamers, så som det läggs ut i Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 107 ff; se härtill t ex Horn, Gadamer and Wittgenstein on the Unity of Language s 73 ff och 111 ff; Lawn, Wittgenstein and Gadamer s 21 ff. I sin artikel "There Are Nothing But Hard Cases" hanterar Wennström Gadamers spelmetafor som ett uttryck för den för Wittgenstein kännetecknande metoden.

innebörd. I detta avseende får vi inte vara "moderna" – för det är utmärkande för den ur det tidiga nittonhundratalet sprungna modernismen, också i juridiken, att den på ett teoretiskt plan smälter samman språklig mening och referens. Som den amerikanske rättsvetaren Gary Minda uttrycker det:

> Modern legal scholars uncritically assume that language is like a mirror capable of accurately reflecting the meaning of objects in reality. The metaphor that captures the modernists' view of language is *conduit* – language is viewed as a *conduit* used by lawyers and judges to "get their message across."[734]

Vi får med andra ord ge upp varje föreställning om att undersökningen kan bedrivas "empiriskt vetenskapligt" på det enkla vis som man inom de i vid mening logiskt-positivistiska tankeriktningarna tänkte sig att vetenskapliga undersökningar skulle bedrivas.[735] Angrep man distinktionen mellan tolkning och utfyllning som ett empiriskt fenomen i denna mening (Enkäter? Elektroder? Statistik? Vetenskap förknippas här med *datagenererande* metoder) skulle resultatet, såvitt det kommer an på den juridiska förståelsen, säkerligen bli magert. Med spelmetaforens hjälp kan uppmärksamheten istället riktas mot det som vi de facto *gör* med orden "tolkning" och "utfyllning". *I språkanvändningen* är de förenade i distinktionen mellan tolkning och utfyllning, och vill vi påminna oss om vilken betydelse de har där, får vi intressera oss för saker som när distink-

[734] Minda, Postmodern Legal Movements s 238. I scientistiskt orienterade analyser tenderar sanningsfrågan och meningsfrågan att på detta sätt gå upp i varandra. (Lyotard, The Postmodern Condition s 25: "Scientific knowledge requires that one language game, denotation, be retained and all others excluded.") Semantiken antas vara "referentiell" – orden antas ha mening i kraft av att de refererar till föremål "ute i verkligheten". Exempelvis förklarar A P Martinich, i inledningen (s 14) till Martinich (ed), The Philosophy of Language, semantikbegreppet så: "Semantics is the study of the meaning of words and sentences. The chief ideas used in semantics are reference and truth. It is plausible that the function of language is to connect words with the world. The connection or relation between words and the world is often said to involve reference. [...] In the twentieth century, the most popular formal semantic theory has been what is called 'a referential semantics'. The basic idea behind such a semantic theory is that the meaning of a word or sentence is the object that it refers to or denotes." Språket (form) skiljs från verkligheten (materia). Detta är, som framställningen i nästa kapitel skall visa, alltjämt premissen bakom den i svensk förmögenhetsrätt gängse synen på förhållandet mellan språk och verklighet.

[735] Jfr Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 68 ff.

tionen åberopas, i vilka sammanhang, för att belägga vad och varför? Vi får se till distinktionens *liv*.[736]

Detta innebär, kan tilläggas, inte att undersökningens fokus helt enkelt förflyttas – från en "empirisk" verklighet, till en "språklig" sådan. (Skulle då inte "språket" vara "empiriskt"?) Distinktionens "liv" är ju någonting som vi redan känner, i egenskap av att vara civilrättare, och är alltså ingenting som kan upptäckas (så som man upptäcker en ny molekyl, en art, eller en sjukdom). Den hör till vårt språk, och i den bemärkelsen till våra *egna* liv. Här gäller det, som sagt, snarare att påminna sig om någonting, och det i ett bestämt syfte, nämligen att komma till rätta med de svårigheter som distinktionen tydligtvis är förknippad med. Uppgiften blir språkkritisk.

Anmärkas kan att den civilrättsliga språkgemenskapen – tänkt som den krets inom vilken de civilrättsvetenskapliga frågeställningarna diskuteras – på flera avgörande punkter skiljer sig från t ex den svenska språkgemenskapen. Det civilrättsvetenskapliga samtalet har ytterligt få deltagare och de är utspridda över tid och rum. Det rör sig om en skriftlighetskultur. En civilrättare kan också existera på olika sätt och delta i samtalet på olika villkor. Karlgren är död och kan inte svara, men det hindrar inte att han talar. Andra kan man stöta på i verkliga livet. Somliga för en ren skuggtillvaro och är blott ett minne, ett namn. Meningsvillkoren är ständigt glidande och varierande – en text från 30-talet kan inte läsas som om den var skriven igår, och det är, för att ta ett annat exempel, på sitt sätt barockt att räkna Jhering till realisterna (men det är samtidigt comme-il-faut). Återerinring i denna kultur är, föreställer jag mig, att gräva bland texterna, och att återupptäcka sanningar och samband som gått förlorade.

[736] Den som på detta sätt vänder sig till språket kan inte ta förhållandet mellan "språk" och "verklighet" för givet. Inställningen öppnar därmed för en problematiserande hållning visavi det rättsvetenskapliga projektet, så som detta konstruerats av den modernistiska/realistiska jurisprudensen. I svensk civilrätt har antagligen Håkan Andersson gått längst i denna riktning – se t ex dens, 24 preludier utan fuga s 20 ff; dens, Barthesianska meditationer s 75 ff, särskilt s 83; dens, Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum?, särskilt s 903 n 20; Likhetsargumentation – analogi och metamorfos s 36; dens, Rätt och fel ... och "fel" på "rätt" sätt, Del II.2. Om den språkliga vändningen i norsk rättsvetenskap, under det senaste decenniet, se Høgberg, Kontraktstolkning s 58 ff, med hänvisningar. För utvecklingen i Danmark se Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 85 ff – notera jämförelsen med svenska förhållanden s 205.

Om språket är att betrakta som ett spel,[737] så är det avtalsrättsliga språket ett spel som inte bara har rättssystematiska, utan också vetenskapsideologiska och, därmed, historiografiska dimensioner. Frågan om tolkning och utfyllning angår inte endast avtalsrättens systematiska beskaffenhet, utan även sättet för den avtalsrättsliga vetenskapens bedrivande och denna disciplins historia. Dessa aspekter av frågeställningen är oskiljaktiga. Påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning uttrycker någonting mycket bestämt i alla dessa avseenden. Tolkning och utfyllning framträder som fenomen endast inom ramen för en specifik avtalsrättsvetenskaplig tradition.

Den som vill utforska tolkningens och utfyllningens väsen bör med hänsyn tagen till detta förhållande iaktta ett betydande mått av försiktighet. Objektet tål inte att avtäckas med ett hastigt ryck. Det kan inte bara pekas ut, för att sedan beskrivas, för det omges i sig av en redan färdig inställning till vad det innebär att beskriva någonting rättsligt – som om luften intill föremålet böjde ljuset på ett särskilt sätt, så att betraktarens syn förvrängdes. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning närmar man sig endast genom att sätta sig in i de villkor som upprätthålls inom den rättskulturella sfär som omsluter den. Det är också detta – det ofrånkomliga faktum att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är situerad i en viss, given, avtalsrättslig tradition – som grundlägger den fråga om tolkning och utfyllning som denna avhandling reser och söker behandla. För det är inte givet att avtalsrätten nu skall anses vara sådan,

[737] Jag säger inte att språket nödvändigtvis *skall* betraktas så. Här framförs inga uppfattningar om vad "språket" *är*. Det är en befängd fråga, och *det* är poängen – den poäng som spelanalogin används för att driva hem, av Wittgenstein. Jfr det förhållandet att Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 307, fann anledning att framhålla att han inte var behaviorist (den åskådningen tillskriver honom bl a Wedberg, i inledningen till sin översättning av "Tractatus"). Språkkritik är inte språkfilosofi, dvs, inte ett försök att åstadkomma en teori om språket. I det ögonblick man reifierar språket genom att uttala sig om det, skiljer man detta från de livssammanhang i vilka det har mening (och redan detta är för mycket sagt – för påståendet att någonting inte bör skiljas från någonting annat innebär i sig en sådan åtskillnad; se härtill Heidegger, Identitet och differens s 57 f). Se Wittgenstein, Filosofiska undersökningar §§ 19 och 65; dens, Om visshet § 501, och härtill Anscombe, A Theory of Language?; Diamond, The Realistic Spirit s 14 ff; Malcolm, Wittgenstein. A Religious Point of View? s 40 ff; Patterson, Against a Theory of Meaning; Rorty, Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language; Wilhelmi, Språk och mänsklig förståelse s 81 ff.

det vill säga sådan att den gör skillnad på tolkning och utfyllning. Och varje omdöme i en avtalsrättslig fråga uttrycker en viss uppfattning om vad avtalsrätt är.

Är det alltså skillnad på tolkning och utfyllning? När vi nu ställer frågan, ställs den inte ut i luften. Frågan har en bestämd riktning, ty det som efterfrågas är de specifika meningsvillkor som bestämmer tolkningens relation till utfyllningen. En beskrivning av den relationen måste teckna dragen av de former som konstituerar den svenska avtalsrättens liv. Det perspektiv som här anläggs innebär alltså att (avtals)rätten uppfattas som någonting som är i rörelse och som ges sin identitet i kraft av denna rörelse. Vi borde intressera oss för rörelsemönstret. Det betyder, mindre abstrakt uttryckt, att vi här har att se till texterna och till dialogen dem emellan. Men är inte det självklart?

Det är möjligt att innebörden här framstår som något svårgripbar, men det beror i så fall, tror jag, mycket på att budskapet egentligen är negativt. Det handlar om vad man *inte* skall göra, och det kan endast förstås genom att kontrasteras mot det som man *förväntas* göra. Vad vi är intresserade av här är att tänka mot vanan.

6.3 Så ... vad annat är nytt?

6.3.1 Inledning

Har jag nu inte sagt: "Leta inte efter *föremålen*, utan se till det juridiska *språket*!"? Och försöker jag inte därmed sparka in dörrar som redan står vidöppna? För vad utmärker den moderna skandinaviska förmögenhetsrätten annat än *just exakt detta*, det vill säga att vi sedan länge har kommit till insikt om, att de rättsliga begreppen inte kan behandlas som naturliga fenomen, med ett eller annat givet innehåll (begreppsjurisprudens), utan att de måste betraktas rättsfunktionellt. Var det inte denna slutsats som den så kallade "skandinaviska rättighetsdebatten" mynnade ut i? Vad skiljer i så fall mitt perspektiv på meningsskapande från det som varit *Stand der Lehre* i det senaste halvseklets civilrättsvetenskap?

Inte för att det nödvändigtvis måste föreligga någon skillnad ... men det gör det. Jag har, i föregående avsnitt, inte velat skilja "föremålen" från "språket" och jag är avgjort inte intresserad av att stämma in i den gamla trötta kritiken av "begreppsjurisprudensen". Men det finns förvisso

anledning att stanna upp här. Det jag har att säga om förhållandet mellan det juridiska språket och verkligheten – vad det nu kan vara – låter så pass likt det som vi är vana att höra och säga, när de rättsliga begreppen och analysen av desamma kommer på tal, att missförstånd nästan är oundvikliga. Här krävs ett förtydligande.

Det jag vill säga låter sig beskrivas som motsatsen till det som man brukar säga. Till grund för den moderna förmögenhetsrättens hållning till de juridiska begreppen ligger en viss språksyn – den i föregående avsnitt berörda referentiella meningsteorin – en språksyn som har växt fram under frigörelsen från det gamla, tyska, idealistiska vetenskapsidealet vid artonhundratalets slut och under nittonhundratalets första decennier. Min hållning förstås bäst som antitesen till denna språksyn (som vi kan kalla modernistisk), men jag vill inte vända på den, utan lösa upp den – och det samman med *frågan* om språkets förhållande till verkligheten. Min hållning bygger på ståndpunkten att vi, som tolkande jurister, *inte behöver ha någon språksyn*.

Idéhistoriskt sett är den mest inflytelserika representanten för den modernistiska språkuppfattningen utan tvekan Ludwig Wittgenstein och lika tveklöst är samme Wittgenstein den som bär det primära ansvaret för denna språkuppfattnings tillintetgörande. I symboliskt hänseende gäller det således nu att skilja Wittgenstein från Wittgenstein, och det på ett sätt som gör det klart, vad distinktionen mellan den modernistiska språkuppfattningen och dennas sen-Wittgensteinianska motsats har med förmögenhetsrätten i allmänhet samt tolkning och utfyllning i synnerhet att göra. Här kommer den språkkritiska metoden till god användning.

6.3.2 Schackspelsmetaforens användning i traditionell förmögenhetsrättslig teoribildning

Istället för att i detta skede i resonemanget ge mig in på filosofins område, för att där försöka nå fram till ett resultat eller en förklaring som sedan möjligtvis kan tillämpas på det avtalsrättsliga problemet – det vore att följa ett välkänt recept på konstruktiv vetenskap[738] – tänkte jag arbeta deskriptivt-kritiskt, och gräva där jag (vi) står. Jag skall alltså inte försöka lösa det juridiska problemet genom att importera någon filosofisk "för-

[738] Med alla problem som det innebär. Jag är ju t ex inte filosof.

klaring".[739] Det skall dock visa sig att den juridiska myllan inte kan separeras från den filosofiska.

Om vi vore närmare bekanta med den förmögenhetsrättsliga traditionens genealogi, skulle vi veta, att vår vetenskap är genomsprängd med filosofiska postulat, i rent teknisk mening. I synnerhet gäller det vad man, med en hastig blick åt Tuoris håll, kunde kalla diskursens djupstrukturella element, det vill säga de drag och egenskaper som inte förändras i första taget: till exempel systematiseringsprinciper, grundläggande begrepp och vårt sätt att inför oss själva och inför andra rättfärdiga våra vanor.[740] Jag tänker mer specifikt på sådant som distinktionen mellan rättsfakta och rättsföljd, vår hållning till tolkningsbegreppet, antisubjektivismen och föreställningen att de juridiska begreppen är tekniska, i den bemärkelsen att de saknar egentlig substans.[741] Här litar vi till sedan länge *stelnad* filosofi. Vi har med oss mängder av filosofiska lärosatser från vårt mindre teorifientliga förflutna, i synnerhet från den hektiska perioden 1880–1950, under vilken den moderna svenska förmögenhetsrätten fick sin karakteristiska form.[742] Filosofin är, i viss mening, där, men vi har svårt att se den – inifrån traditionen. Vi misstar våra ned-

[739] Jfr Fish, The Trouble with Principle s 293 f: "Some people do philosophy, some people (lots more) don't, and those who do have not ascended to some rarified realm of reflection or critical self-consciousness from which they bring back the news to their less enlightened brethren; they merely have a knack of doing a trick some others can't do, and the competence they have acquired travels no further than the very small arenas in which that trick is typically performed and rewarded."

[740] Detta är inte en renlärig applikation av Tuoris rättsmodell. Främst av två skäl: 1) Tuori gör sin nivåindelning på det rättssystematiska planet, han beskriver alltså en relation mellan *normer*, 2) När jag relaterar filosofi till rättssystematik blandar jag samman Tuoris två underliggande nivåer (rättskulturen och djupstrukturen), alternativt gör jag gällande att distinktionen är konstlad (och jag är mycket riktigt av den uppfattningen, att de vanemässiga försöken att placera filosofin *längst bort* från juridiken – den får vara det mest abstrakta, det djupaste – bygger på en ren fördom (föreställningen att praktiken är ytlig och teorin djup är hårt präglad i oss)).

[741] Allt detta är ju sådant som på ett eller annat sätt ifrågasätts i denna avhandling.

[742] I den internationella civilrättsvetenskapen efter 1950 är *den* stora händelsen den omformulering av den i vid mening realistiska rättskritiken som sker under vänstervågen på 70-talet – först och främst i USA. Av detta märker vi inte mycket i Sverige – förrän vi mot slutet av åttiotalet konfronteras med den progressiva civilrätten i finsk tappning. Något egentligt alternativ till den hos oss hävdvunna dikotomin rätt/verklighet, hann dock nynormativisternas dikotomi liberal/social aldrig bli. Svensk civilrätt förhöll sig överlag oförstående – se härtill ovan avsnitt 2.2.2 till och med 2.2.4.

ärvda postulat för att vara naturligt givna sanningar, och vår dogmatism i teoretiska frågor för att vara förnuftig pragmatism – för vi tror inte att vi har några teorier.[743]

Ett resultat av detta sakernas tillstånd är, att vi har svårt att se den materiellrättsliga relevansen i resonemang av den typ som fördes ovan i avsnitt 6.2. Det som vi kan inordna i vår redan färdiga teoretiska matris vill vi betrakta som trivialt sant. Det som faller utanför kan vi avfärda som "teoretiskt" pladder. Jag tror att argumentationen i avsnitt 6.2 ligger precis på gränsen, och att den följaktligen i den traditionellt skolade förmögenhetsrättarens ögon kan te sig något fladdrig: ömsom trivialt sann, ömsom obegriplig. Alternativt riskerar den att tolkas som ett tillkrånglat försök att säga någonting enkelt. "Begreppen lever endast i språkanvändningen..." Var det inte någonting åt det hållet? Jag tillgrep Wittgensteins *spelmetafor* för att göra min Wittgensteinianska poäng. Fascinerande nog, och som för att illustrera vad som nu sagts om vårt teoretiska arv och de kommunikationssvårigheter som detta betingar, kan samma metafor användas också för att göra den motsatta poängen, den som vi tar för given, och den *har* använts i detta syfte, av våra egna teoretiska auktoriteter – den spelar till exempel en viktig roll i den så kallade rättighetsdebatten. "Betrakta juridiken som ett spel!", föreslår jag. "Det är ju det jag gör...", kan den svenska förmögenhetsrättaren alltså svara. Spelanalogin – måste man välja ett specifikt spel påbjuder traditionen att man tar schackspelet – åstadkommer följaktligen inte *i sig* någonting. Inte i detta sammanhang. Och det kommer sig av, att den tanke som jag vill framföra och den tanke som jag vill opponera mig mot, har gemensamma idéhistoriska rötter.

Idealismens dominans under artonhundratalet provocerade fram en längtan efter *påtaglighet*, och när vändningen kom så var det med högljudda krav på robust verklighetsanknytning i vetenskapen. Detta ställde alla vetenskaper som hade svårt att producera "hårda fakta" inför avsevärda problem. Var är, nämligen, *föremålen* ... i till exempel logiken,

[743] Denna tro proklameras öppet – i avtalsrätten hos t ex Grönfors, J Ramberg och Adlercreutz; se ovan n 221, nedan n 1175 och 1547 – men den tar sig också andra uttryck, såsom t ex när Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, efterlyser en rättsvetenskaplig teoribildning. Jfr t ex Sandgren, a a s 297: "I denna artikel drivs tesen att teoribildning om den materiella rätten, dvs om rättsreglernas innehåll, är både möjlig och önskvärd."

lingvistiken, litteraturvetenskapen, filosofin, teologin, psykologin och juridiken? Spelanalogin var en av de retoriska figurer som man använde för att hantera kravet på direktkontakt med "verkligheten". Den tycks i det närmaste ha varit akademiskt allmängods. Den var viktig för Wittgenstein.[744] Saussure använde den i lingvistiken.[745] Även Carnap, den logiska positivismens kanske mest ryktbare företrädare, hänvisade till schackspelet för att förklara sin angreppsvinkel på språket.[746] Kelsen mötte den scientistiska utmaningen på juridikens område genom att konstruera en rättsteori som gjorde det möjligt att betrakta rätten som en uppsättning spelregler.[747] Och Kelsenanhängarna Undén, Strahl och Ross använde alla schackmetaforen när det blev nödvändigt att försvara den juridiska terminologin och de rättsliga fenomenen mot Lundstedts anklagelser – i den skandinaviska rättsvetenskapen var det ju Uppsalaskolan som hårdast drev den scientistiska agendan.[748]

Vi kan citera Undén, för det är med hans invändning mot Uppsalaskolans syn på rättighetsbegreppet som rättighetsdebatten tar sin början, och när Ross avslutar den ett kvarts sekel senare, är det i allt väsentligt

[744] I "Filosofiska undersökningar" hänvisar Wittgenstein vid flera tillfällen just till schackspelet; se t ex Wittgenstein, a a §§ 31, 197 och 205.

[745] Saussure, Kurs i allmän lingvistik s 116 f: "Den mest fruktbara jämförelsen är mellan språkets funktion och ett schackspel. I båda fallen ställs vi inför ett system av värden och deras förändringar. Ett schackparti är som en artificiell framställning av vad språket erbjuder i naturlig form." Se Harris, Language, Saussure and Wittgenstein s 121 ff, om spelanalogin hos Wittgenstein och Saussure och reaktionen mot den inomakademiska scientismen.

[746] Carnap, On the Character of Philosophic Problems s 57: "The formation and transformation of propositions resembles chess: like chess figures words are here combined and manipulated according to definite rules. But thereby we do not say that language is nothing but a game of figures; it is not denied that the words and propositions have a meaning; one merely abstracts methodically from meaning. One may express it also thus: *language* is treated as a *calculus*."

[747] Schackmetaforen är intimt förbunden med den moderna rättspositivistiska traditionen. I en nyligen publicerad artikel med titeln "How Law is Like Chess" behandlar, bara för att ta ett exempel, Andrei Marmor den gamla frågan, om Harts "rule of recognition" är att föredra framför Kelsens "Grundnorm", genom att undersöka hur analogin till schackreglerna bäst skall förstås.

[748] Se Ross, Om ret og retfærdighed s 22 ff; Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 316 f; dens, Till frågan om rättighetsbegreppet (1947) s 496 ff; Undén, Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken s 176. Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 314 f, jämför också med kortspel, särskilt bridge.

Undéns uppfattning som han ger uttryck för och befäster – Undén använder här begreppet juridisk person som exempel:[749]

> Det förhåller sig med begreppet juridisk person som med begreppet "häst" i schackspelet. Hästen är icke någon mystisk, överindividuell häst, men icke heller enbart en bild av en häst, en fiktiv häst. Beteckningen häst är överhuvud lika oväsentlig för schackpjäsen i fråga som beteckningen person för den juridiska personen. Det trä- eller benstycke, varav schackpjäser bruka vara förfärdigade, kunde lika väl formas på annat sätt än såsom en hästbild, utan att hästens uppgift i spelet underginge någon förändring. Man behöver inte ens något materiellt substrat alls såsom det objekt, varå begreppet häst i schackspelet syftar. "Hästens" förflyttningar på brädet kunna markeras på annat sätt. Pjäsens karaktäristikon eller dess verkliga betydelse ligger däremot i spelreglerna, som angiva pjäsens säregna förflyttningar och de "rättsverkningar", som inträda i samband därmed.
>
> Den juridiska personens begrepp avser, då det användes för beskrivning av en konkret rättslig situation, att angiva en relation mellan vissa rättsfakta och vissa rättsverkningar, sådan denna relation ter sig enligt det teoretiska innehållet av det rättsliga regelsystemet.[750]

Detta är förvisso filosofi. Ett stycke ren modernistisk vetenskapsteori – och nu, i halvglömd, förenklad form: en integrerad del av den förmögenhetsrättsliga världs- och självbilden. Vi har överhuvudtaget svårt att se, hur man med de rättsliga begreppens innebörder skulle kunna avse någonting annat än de relevanta rättsfunktionella sammanhangen. Den explicit funktionalistiska syn på de juridiska begreppen, som Undén här låter illustrera med hjälp av spelmetaforen, är emellertid just vad jag för min del vill ifrågasätta. Jag vill ge spelanalogin en *helt* annan betydelse.[751]

[749] Bakom båda står Kelsen. Båda behandlade äganderättsproblematiken och kunde bygga på Carl Torps analyser; se härtill nedan n 773. Undén hade i sin uppsats "Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken" efter den tyske vetenskapsteoretikern Ernst Cassirer skiljt på "substansbegrepp" och "funktionsbegrepp" (en distinktion som Kelsen, enligt Undén, a a s 170 n 2, hade överfört på rättsbegreppen); se vidare nedan avsnitt 7.2.2. Och denna distinktion tar Ross efter Undén till tema för inledningskapitlet i sin "Ejendomsret og Ejendomsovergang"; se hänvisningarna till Undén hos Ross, a a s 11 n 1 och s 21 n 7.

[750] Undén, Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken s 176.

[751] I den internationella rättsteoretiska debatten har spelanalogin använts så flitigt och för så många olika syften att den nästan förlorat all innebörd – eller, snarare borde man väl konkludera, att det är nödvändigt att vara mycket precis när man talar om att rätten, eller det juridiska språket, "kan liknas vid ett spel". Analogins popularitet är naturligtvis till stor del beroende på Wittgensteins inflytande. Ingen enskild tänkare har varit av större betydelse för det analytiskt-filosofiska paradigmet och det är detta som anger ramarna för den anglosaxiska världens mainstream-filosofi. Följaktligen finner man i

Hur skall det gå till? Här ligger en tolkning i vägen, och den är till på köpet så gammal och så etablerad att vi inte ens är medvetna om att det rör sig om en tolkning. Att man skulle kunna förstå de juridiska begreppens relation till verkligheten på ett alternativt sätt är knappt ens tänkbart. Vi vet ju vilket alternativet till vårt förhållningssätt är: Begreppsjurisprudensen – det som Undén och hans samtida befriade oss från. För att nå fram här måste jag synbarligen visa, att vi lurar oss själva när vi intalar oss att valet står mellan begreppsjurisprudens och den moderna skandinaviska förmögenhetsrättens realistiskt-funktionalistiska hållning.

6.3.3 Om behovet av återerinring

> Jag tror nämligen att vi ofta mer än vi själva vet är bestämda av teoretiska premisser, och att vårt arbete kan komma in på nya banor om vi frigör oss från beroendet av en äldre teori vars inflytande vi inte själva märker därför att den godtas som tämligen självklar.
>
> *Jan Hellner*

Låt oss börja omedelbart, och just där. Valet står *uppenbarligen* inte mellan begreppsjurisprudens och funktionalism. Formulerar vi oss så är valet nämligen redan gjort. "Begreppsjurisprudensen" är naturligtvis inte ett alternativ i ordets egentliga mening, utan den nedsättande beteckning som vi åsätter det annorlunda. Vad distinktionen begreppsjurisprudens/realism egentligen utsäger är, att man antingen kan tänka som vi gör, eller tänka galet.[752] Lägger man historieskrivningen till det ("Undén och

---

angloamerikansk rättsteori många exempel på konstruktivt bruk av Wittgensteins "language games", som här hos R Posner, Overcoming Law s 8: "I use the metaphor of game frequently [...] Not in the sense in which [...] Rather the sense in which Wittgenstein spoke of 'language games,' that is, of human activities constituted by a set of rules. There is a judicial game in this sense; and a major goal of this book is to nudge the judicial game a little closer to the science game. This is a feasible aspiration because the rules of the judicial game are fluid in comparison to those of chess, for example. But not even the rules of chess are immutable; a point the game metaphor brings out is that rules, unlike metaphysical foundations, can be changed by people, though not always easily." Jfr Wittgensteins gissning, återgiven i Diamond (ed), Wittgensteins' Lectures on the Foundations of Mathematics s 293: "The seed I'm most likely to sow is a certain jargon."

[752] Jfr Sundberg, fr Eddan t Ekelöf s 7: "Det pejorativa har förmått bita sig fast långt bättre än insikten i själva läran. Att 'naturrätt' och 'begreppsjurisprudens' är något fult, det vet varje student i dag, men vad det är som är så fult, därom kan han sällan lämna besked och än mindre varför läran en gång florerade."; se också dens, a a s 175 f.

hans samtida befriade oss från begreppsjurisprudensen"), blir resultatet en smakfull evolutionism, som placerar oss ett trappsteg högre än alla andra.

Detta borde vara nog (det *borde* det verkligen) för att vi skall betrakta den moderna förmögenhetsrättens traditionella självbild med misstänksamhet. Lyckas man uppbåda en sådan misstänksamhet – någonting som kräver viss självövervinnelse försåvitt man råkar vara en "modern förmögenhetsrättare" – borde man rimligen börja intressera sig för de funktionalistiska tropernas egentliga innebörder.[753] Och väl där kan man börja umgås med tanken att spelmetaforen faktiskt skulle kunna förstås på ett alternativt sätt. Men här kommer man ingen vart med enkla förklaringar, eller med teorier. En reell förändring av det förmögenhetsrättsliga medvetandet kan endast åstadkommas, förefaller det mig, om man lyckas göra detta självmedvetet. Den bedrägliga enkelheten i förmögenhetsrättens nuvarande självbild måste *visas* vara förhastad, vilket förutsätter *återerinring*. Vi måste försöka se traditionen, traderandet av de budskap som vi svär vid och de villkor under vilka detta traderande skett. Det är först när vi förstår traditionen som vi ges möjligheten att göra någonting av den, eller rättare sagt: att reagera på den, istället för att *blott* föra den vidare. Med Heideggers ord:

> Först när vi på ett tänkande sätt vänder oss till det redan tänkta, kommer vi att tas i bruk av det som återstår att tänka.[754]
>
> För oss har samtalet med tänkandets historia inte karaktären av upphävande, utan av ett steg tillbaka. [...]
>
> Steget tillbaka visar in i det tidigare överhoppade området, med utgångspunkt i vilket sanningens väsen först kan bli tänkvärt.[755]

Låt mig – här – ge detta en mycket handfast tolkning. Jag vill påstå, att den avtalsrättare som umgås *bekvämt* med de traderade postulat som bygger upp diskursen kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning – denna studies specifika objekt – är effektivt förhindrad från att säga någonting intressant om denna distinktion, någonting som rör vid pro-

[753] Vad gör en innebörd *egentlig*? Vad jag menar med "egentlig innebörd" just här kan inte framgå på något annat sätt än genom sammanhanget. Och hänsyn måste tas till det sätt på vilket resonemanget utvecklas i de kommande kapitlen. Därutöver menar jag ingenting med "egentlig innebörd".

[754] Heidegger, Identitet och differens s 27.

[755] Heidegger, a a s 35.

blemets själva kärna.[756] Hurså? Diskursen saknar på sitt sätt centrum och struktur. Utgår man från något visst enskilt postulat och försöker ta det på allvar – om man, så att säga, försöker följa den tråd som där lagts ut – så stöter man snart nog på ett annat postulat, en annan sanning, som är oförenlig med den första, och så tvingas tanken ur spår, försåvitt man inte är beredd att ifrågasätta endera av de kolliderande sanningarna. Och vi är, trots den anti-traditionalistiska retorik som vi strör omkring oss, obenägna att sätta oss upp mot traditionen. Är det distinktionen mellan tolkning och utfyllning som man skall uttala sig om, är det naturligt att utgå från det påstående som denna uttrycker, det vill säga att man måste hålla isär det individuellt-faktiska och det generellt-rättsliga i tolkningsförfarandet. Detta stämmer väl överrens med den sällan artikulerade, men i moderna avtalsrättsliga sammanhang nästintill undantagslöst förgivet-tagna, föreställningen, att partsviljan måste förstås som ett psykiskt-faktiskt fenomen, som någonting i parternas medvetanden vid tiden för avtalsslutet. Men det rimmar mindre bra med påståendet att viljan blott är ett tolkningsdatum bland andra, och det är svårt att förena med traditionen att knyta avtalstolkningen till misstagsreglerna och till tillitsprincipen. Tolkningen skall ju vara objektiv, inte subjektiv. Är det tolkning man tillgriper för att avgöra huruvida avtal ingåtts eller ej? Ja, det påstås åtminstone ofta att tolkningen har en roll att spela i det sammanhanget, även om man brukar poängtera att det rör sig om en särskild form av tolkning. Men avtalsläran är väl uppbyggd av rättsregler, enligt vilka vissa rättsfakta ger upphov till avtalsverkan som rättsföljd... Vad har då tolkningen, förstådd som en icke-rättslig process, med avtalsslut att göra?

Man förlorar sig i myllret av enskildheter. Och i bakgrunden, som det kan verka, mullrar den stora och segdragna bataljen mellan de som velat ifrågasätta avtalsfrihetens överhöghet och de som uppträtt till dennas försvar. Lika lite som något annat avtalsrättsligt tema kan frågan om tolkning och utfyllning behandlas isolerad från denna strid. Ser man bara upp från de tekniskt-terminologiska aspekterna skall man märka att man står mitt uppe i den.

Vad jag här föreslår, är att vi borde ta det *mycket lugnt*. Istället för att – så som man väntar sig att en författare av en studie över en materiell-

[756] Zahle, Den vitenskapelige narrativitet s 840 f, beskriver det rättsvetenskapliga problemets lösning som det som gör det möjligt att *komma vidare*: "Som en knude løses op, således at den fastbundne kan bevæge sig frit".

rättslig problematik skall bete sig – sätta igång med att inventera och klassificera "materialet", kommer jag i nästa kapitel att, i enlighet med vad som utlovades i avhandlingens första avdelning, att gå baklänges och i sävlig takt sysselsätta mig med historien.[757]

Det skulle kunna sägas att problematiken kring tolkning och utfyllning har sin rot i det förhållandet, att det är svårt att inomrättsligt förverkliga det krav på autonomi, på frihet från rättslig inblandning, som ligger i avtalskonstruktionen. Vi säger: "Vi överlåter *detta* till parterna." Men därmed har vi redan gjort oss ett rättsligt begrepp – det som betecknas med termen "detta" – och för det fall att överlåtelsen skall ha några konsekvenser på det rättsliga planet, så kan det inte vara upp till parterna att fastställa dem. Det som parterna gör, försåvitt vi alls intresserar oss för det, är per se rättsligt relevant, vilket vill säga att det inte gärna kan vara blott faktiskt. Det faktiska som vi intresserar oss för är inte faktiskt på ett okvalificerat sätt, utan det är *rättsfakta* i ordets vidaste bemärkelse. Det där, som parterna har gjort, är "avtalet", och avtalsbegreppet står i ett oöverskådligt fält av rättsliga förbindelser.

Tänker man nu rättsfunktionellt, som Undén, är uppgiften given. Det egentliga avtalsbegreppet, det vill säga gränsen för det faktiska i aktuellt hänseende och det som är avtalstolkningens objekt, är helt enkelt summan av de rättssystematiska kopplingar som, så som den gällande rätten är beskaffad, möts på den plats som markeras av termen "avtal". För min del vill jag dock omedelbart invända, att den platsen helt och hållet är *imaginär*. Ingen har naturligtvis besökt den, men vad mera är: Ingen har beskrivit den. Vi har inte tillgång till en beskrivning av ett sådant avtalsbegrepp, varför det är uppenbart att det avtalsbegrepp som vi faktiskt använder inte är beroende av en dylik beskrivning. Den avtalsrättsliga diskursen kring avtalsbegreppet – som handlar om avtalsfrihet, om tolkning, om arvet från uppgörelsen med viljeteorin och mycket annat – vilar, i sitt befintliga skick, garanterat inte på funktionell grund (och jag tror inte att någon skulle vilja opponera sig mot det påståendet). Men vi är benägna att vara blinda för de levande rättsliga begreppen. Vi har svårt att se dem, för vi håller upp en viss bild av rättsbegreppen för ögonen. Och det är inte utan skäl, utan av de ovan antydda historiska orsakerna – för att garantera vår verksamhets vetenskaplighet. Jag tror inte att det är

[757] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 51: "För att se klarare måste vi här, liksom i otaliga liknande fall, uppmärksamma detaljerna i händelseförloppen: betrakta vad som sker *på nära håll*."

möjligt att säga någonting av egentlig betydelse om förhållandet mellan tolkning och utfyllning utan att diagnosticera och behandla detta beteende, och av detta skäl kommer jag i nästa kapitel att rikta uppmärksamheten mot just *rättighetsdebatten* som specifik historisk företeelse. Inte för att man kan sätta likhetstecken mellan rättighetsdebattens budskap och den nutida förmögenhetsrättens syn på de rättsliga begreppen, utan därför att studiet av denna debatts upprinnelse, förlopp och efterspel på ett mycket konkret sätt kan ge oss en förståelse för de grundläggande förskjutningar i attityden till de rättsliga begreppen som vår disciplin upplevt under det senaste seklet.[758] Genom att rekonstruera rättighetsdebattens historiska utveckling skapar jag en ingång till den specifika materiella diskurs som undersökningen gäller och en brygga mellan detta kapitels i viss mening abstrakta, Wittgenstein-influerade analys av undersökningsobjektets begrepp och den vidare analysen. På så sätt utnyttjar jag den omständigheten, att det tänkande som förknippas med etiketten "den tidige Wittgenstein" och det tänkande som kommer till uttryck i "rättighetsdebatten" har ett påvisbart gemensamt ursprung och en påvisbar strukturell likhet. Jag sätter den spelmetafor som Wittgenstein använde i uppgörelsen med sitt tidigare tänkande, mot den spelmetafor som Undén, Strahl och Ross använde för att illustrera sin begreppsfunktionalism. Därigenom kan jag utveckla ett resonemang som rör sig inom ramen för frågan, *i vilket avseende rätten kan betraktas som ett spel.*[759] Mitt intresse för denna fråga är primärt materiellrättsligt. Poängen är, att den artegna relation mellan rättsliga begrepp och faktisk verklighet, som kommer till uttryck i distinktionen mellan tolkning och utfyllning, på ett effektivt sätt kan göras rättsligt hanterbar genom den

[758] Jfr Petrusson, Patent och industriell omvandling s 315, som för sin del finner att "förståelsen för den kommunikativa omvandlingen av uppfinningsbegreppet, patentbegreppet och även patentinstitutet rimligen bör ta sin utgångspunkt i diskussionen om rättighetsbegreppet inom den skandinaviska realismen." Jag ser alltså i likhet med Petrusson rättighetsdebatten som en *nyckel* till förståelsen av min specifika materiellrättsliga problematik. Och jag håller med Petrusson, a st, om att "[d]en livliga diskussion som genererades av de rättsrealistiska rättighetsanalyserna från 20-tal fram tom 60-tal har givit nordisk rättsvetenskap en relativt unik position i förhållande till andra språkområden."

[759] Denna fråga besvaras slutligen, för denna framställnings del, nedan i avsnitt 8.5 ("Det sätt på vilket rätten är som schack"), som markerar det nu skisserade resonemangets slutpunkt.

form av eftertänksam återerinring som vi här skall ägna oss åt. Och jag vill göra gällande, att om rättsvetenskapen på allvar skall vara reflekterande – vilket den väl skall – så finns det, såvitt gäller denna fråga, i nuläget ingen annanstans att gå än bakåt.

7 Begrepp, verklighet och minnet av rättighetsdebatten

> Movements of undoing the law exist and flourish; but wherever they are endowed by the chance of surviving, once their immediate context has disappeared, has the form of their survival not been that of a relapse – its metamorphosis into a referential order of its own right?
>
> *Anton Schütz*

7.1 Inledning

I detta kapitel skall vi (åter)bekanta oss med fenomenet "den skandinaviska rättighetsdebatten". Vid första påseende kan texten ge intryck av att vara en traditionell historisk redogörelse, och visst låter den sig betraktas som en sådan – stoffet presenteras mer eller mindre i kronologisk ordning och jag antar att även "traditionell historieskrivning", om det finns någonting sådant, förutsätter den typ av kontextualiserande strategi som nyttjas här. För förståelsens skull bör man dock betrakta redogörelsen i detta kapitel instrumentellt. Det kan vara värt att hålla det i minnet, för texten är relativt lång och även om läsaren får en del påminnelser så lämnas argumentet i långa stycken underförstått. Detta måste man vara klar över: Det rör sig om ett argument, inte om ett försök att objektivt redovisa fakta så-som-de-verkligen-var-för-sakens-skull. Naturligtvis eftersträvas saklighet. Ingenting får förvrängas i en vetenskaplig text. Men urvalet och upplägget är hårt styrt. Framställningens syfte har varit bestämmande.

Vilket är då argumentet och hur återspeglas det i textens disposition? Argumentet är givet redan i kapitlets första mening. Vi skall (åter)bekanta oss med fenomenet "den skandinaviska rättighetsdebatten". Detta vill säga, att det som åsyftas med beteckningen "den skandinaviska rättighetsdebatten" är någonting, ett fenomen, som vi inte redan är bekanta med, eller som vi behöver bekanta oss med på nytt. Det kan tyckas paradoxalt,

för vi är säkerligen bekanta med uttrycket ifråga, och den som har studerat svensk förmögenhetsrätt har antagligen också, i större eller mindre utsträckning, stiftat direkt bekantskap med de texter som brukar räknas som inlägg i denna debatt. Rättighetsdebattens begrepp har med andra ord en innebörd för oss, och enligt vad jag själv försökte göra gällande i föregående kapitel är det lönlöst att försöka gå bakom det levande begreppet för att avslöja en dold innebörd som det korresponderande språkliga uttrycket per stipulation redan skall ha: "Ni pratar alla om avtalet som om det handlade om X, men *egentligen* så handlar avtalsrätten om Y!". Nej, det är inte för att korrigera felaktiga uppfattningar om det förmögenhetsrättsliga språkets innebörder som jag i det följande kommer att redogöra för rättighetsdebattens förlopp.

Argumentationen skall vara ägnad att verka *distanserande*. Den syftar till att åskådliggöra ett drag i vår nuvarande förmögenhetsrätt, och jag vill alltså att vi som förmögenhetsrättare, vad gäller en viss sak, skall försöka att se oss själva. Saken det gäller är komplicerad. Här har vi att göra med ett komplex av föreställningar. Omedelbart gäller det den juridiska begreppsbildningen – som väl var ämnet för rättighetsdebatten? Men därigenom gäller det också det som vi anser vara utmärkande för vår juridik. (Vad är rättsdogmatik utöver hanterandet av de rättssystematiska sambanden, det vill säga utöver begreppsbildningen? Någonting, säkerligen, men exakt vad är kanske oklart, och vad det än är så är det sekundärt.) Och sålunda gäller det också vår historia. Ett koppel av föreställningar tycks på ett osorterat sätt samlas kring *minnet* av rättighetsdebatten (om man väljer det som utgångspunkt). Till exempel och som vi skall se:



Detta skulle vi kunna kalla en ungefärlig bild av rättighetsdebattens *ideologiska* betydelse. Naturligtvis är det så, att minnet är falskt. Sammanhangen har ohjälpligt gått förlorade. I detta avseende skiljer sig inte

rättighetsdebatten från någon annan historisk företeelse – men vi har anledning att rikta uppmärksamheten mot det sätt på vilket minnet har förvanskats i detta specifika fall. Ty av de föreställningar och minnesfragment som associeras med rättighetsdebatten, har vi förfärdigat den enkla, men synnerligen starka och effektiva, grundläggande berättelse som håller upp och samman förmögenhetsrätten, den berättelse som ger disciplinen dess identitet och som ger normen för vad som räknas som god förmögenhetsrättslig analys. Den föreskriver, till exempel, vad en utredning om förhållandet mellan tolkning och utfyllning borde innehålla. Den önskar bestämma de förmögenhetsrättsliga fenomenens ontologi. Och den gör allting lika – vilket bland annat vill säga att den raderar skillnaderna mellan texterna och får oss att bortse från historien.

Den *metod* som rekommenderas genom denna förmögenhetsrättsliga grundberättelse kan betraktas som motsatsen till den som praktiseras i denna avhandling, och vad gäller de objekt som här studeras är den särskilt intressant av det skälet, att den gör sina åhörare fientligt stämda mot tolkning och exegetik. Bland annat av detta skäl måste det vara svårt att förstå distinktionen mellan tolkning och utfyllning, och i synnerhet villkoren för dennas utbildande, om man tänker så som man i nu diskuterad mening *bör* tänka, det vill säga rättsfunktionellt, på rättighetsdebattens vis. Syftet med framställningen i detta kapitel blir därför att ifrågasätta minnet av rättighetsdebatten, och de innebörder som detta är förknippat med, genom att ställa minnet mot historien.

Någonting om upplägget. Framställningen är, som sagt, kronologisk. Jag kommer dock först att följa två separata trådar – vi har här att räkna med två traditioner och således med två startpunkter – och låta dem sammantvinnas i själva rättighetsdebatten.

Den första tråden kan man följa tillbaka till den filosofiska fakulteten i Uppsala och Axel Hägerströms verksamhet där. Vill man med precision lokalisera en startpunkt kan man finna den i utgivandet av "Das Prinzip der Wissenschaft" år 1908 – en omtalat dunkel skrift som skall ge uttryck för den, enligt författarens eget förmenande helt avgörande, vändning i Hägerströms kunskapsteoretiska tänkande som kan sägas markera Uppsalafilosofins brott med det förmoderna (med Tyskland, med det spekulativa tänkandet, med idealismen).[760] Överfört på juridiken och i Vilhelm

[760] Se Heidegren, Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi 1860–1915 s 344 ff och 504 f. Jfr Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 37 ff.

Lundstedts tolkning resulterar den nya principen för vetenskaplighet i en radikal rättskritik, som riktat sig mot de juridiska begreppen och *rättighetsbegreppet* i synnerhet (helt enkelt beroende på att rättighetsbegreppet var centralt enligt då härskande rättsuppfattning). I Östen Undéns reaktion på Lundstedts kritik och i det resulterande meningsutbytet har vi embryot till den unga efterkrigstidens rättighetsdebatt.

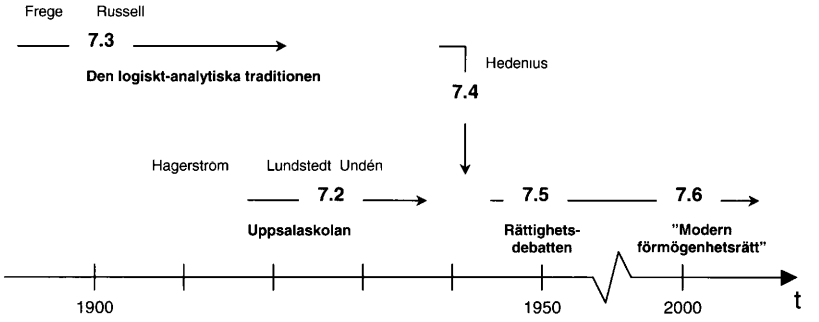
Den andra tråden följer vi från år 1892 och publikationen av den tyske logikern Gottlob Freges uppsats "Über Sinn und Bedeutung" – en händelse som, enligt en populär version av historien, markerar den så kallade analytiska filosofins födelse. "Den analytiska filosofin" kan vi betrakta som en systerrörelse till Uppsalafilosofin – de är samma tids och, i väsentliga avseenden, samma andas barn. Den analytiska filosofin skulle dock visa sig vara mer livskraftig, och den skulle slutligen konkurrera ut Uppsalafilosofin – också i Uppsala. Det är av denna anledning som den analytiska filosofins historia intresserar i förevarande sammanhang. Faktum är, att när Hägerströms lärjunge Ingemar Hedenius bryter med sin lärofader, och träder fram som den förste analytiske filosofen i Sverige, så gör han det i en skrift – "Om rätt och moral" från år 1941 – som innehåller ett direkt avfärdande av Lundstedts rättskritik och som antagligen blir den avgörande impulsen till rättighetsdebatten. Uppsalaskolans ställning hade varit förkrossande stark – i synnerhet under 30-talet – och de svenska rättsvetenskapsmännen hade inte, på det teoretiska planet, övertygande kunnat bemöta Lundstedts rättskritik. Nu, när Uppsalafilosofin plötsligt visat sig vara överspelad, gavs möjlighet att komma ur de låsta positionerna. Nu tycktes man åter kunna tänka konstruktivt. "Rättighetsdebatten" är det viktigaste exemplet på detta. Genom att studera den kan vi lära oss något om hur den svenska rättsvetenskapen tog sig vidare efter Uppsalaskolan.

I rättighetsdebatten mötte Ekelöf – som förvaltade arvet från Hägerström – Strahl, Ross och Wedberg – som representerade den internationella, "vetenskapliga" filosofin. Deras meningsutbyte kan med fördel betraktas som en förhandling angående vad i Uppsalaskolans rättskritik som var värt att bevara. I fokus stod det av Lundstedt så hårt kritiserade rättighetsbegreppet och slutsatsen, sådan den presenterades i Ross berömda artikel "Tû-Tû", blev, att man kunde behålla detta. Grunden för Ross ståndpunkt här var den via Hedenius förmedlade analytiska synen på *meningsbegreppet*. För att kunna förstå rättighetsdebatten, bör vi alltså förstå skillnaden mellan Uppsalatolkningen av (till exempel de rättsliga) begreppens

förhållande till verkligheten och den för den analytiska filosofin kännetecknande begreppsanalysen. Av detta skäl ägnar jag i avsnittet om den tidiga analytiska filosofin viss uppmärksamhet åt Cambridgefilosofen Bertrand Russells skolbildande analysteknik (det var Russells exempel som Hedenius följde). Den stora poängen med mitt sätt att beskriva rättighetsdebattens förlopp och karaktär skall vara, att vi kan förmås att se denna debatt som en reaktion på det hot, som det tidiga nittonhundratalets scientistiska filosofi ställde juridiken inför – i Uppsala specifikt det hot som Lundstedts rättskritik utgjorde. Jag vill visa att vi kunde hantera detta hot endast genom att ansluta till en annan, annorlunda men lika scientistisk, filosofi. Följden blev visserligen att vi kunde behålla rättighetsbegreppet, och all den traditionella juridikens terminologi, men det skedde till priset av att den segrande filosofins premisser kom att cementeras i vårt språkbruk.

Efter att ha redogjort för rättighetsdebattens förlopp avslutar jag kapitlet med en diskussion direkt inriktad på den *bild* av rättighetsdebatten som vi gör användning av i den nutida förmögenhetsrätten. Med den föregående redogörelsen i ryggen är det lätt att peka på att denna bild är platt och statisk – och utifrån detta konstaterande gör jag den observationen, att vårt sätt att förstå oss själva, som "moderna skandinaviska förmögenhetsrättare", rymmer en paradox. För de auktoriteter som vi här litar till – och i detta ärende hemfaller vi verkligen åt dyrkan av auktoriteter – var själva en del av sin tids vetenskapsteoretiska debatt. Vi agerar som om debatten vore avslutad. Istället för att tänka själva nöjer vi oss med att återge ekot från rättighetsdiskussionen och det som vi tror var den definitiva uppgörelsen med äldre tiders "begreppsjuridik". Men om det verkligen var fråga om en frigörelse så har den, synbarligen, sedan länge stelnat till myt.

Grafiskt kan dispositionen återges på följande vis:



7.2 En form av ursprung – Lundstedt och Undén, sanning och funktion

> [I]n the opinion of the savage both things and words may [...] be charged or electrified, either temporarily or permanently, with the mysterious virtue of taboo, and may therefore require to be banished for a longer or shorter time from the familiar usage of common life.
>
> *James Frazer*

7.2.1 Uppsalaskolan och det juridiska språket

Uppsalaskolans rättskritik var riktad mot det juridiska språket. Man kan åtminstone framställa saken på det sättet. I synnerhet Lundstedt vidhöll att de gamla, ideologiskt belastade, juridiska begreppen måste utmönstras ur juridiskt språkbruk – just med hänvisning till att de saknade verklighetsunderlag.[761] Särskilt bekant blev hans kritik av rättighetsbegreppet. Lundstedt hade ingenting emot att rättighetsterminologin upprätthölls i dagligt tal, ty bakom denna ligger, enligt Lundstedt, ändock realiteter, nämligen "det faktiska rättsmaskineriet" – en social mekanism, som genom "process- och exekutionsrättens uppehållande" verkar på medborgarna.[762] När det talas om rättigheter, innebär det dock en förvanskning och en vanföreställning av närmast religiös natur, en "rättighetsmystik". I *vetenskapligt hänseende* är detta, efter Lundstedts uppfattning, oacceptabelt:

> Man torde tryggt kunna påstå, att hur mycket än det vridits och vänts, lär dock ännu ingen kunna visa, att det finns några rättigheter (eller skyldigheter). [...] Vad som utmönstras är användningen av rättighetsbegreppet (eller rättspliktsbe-

[761] Undén, Några reflexioner om termen gällande rätt s 290 f, framhåller att *Hägerström* för sin del undvek att dra rättsdogmatiska konsekvenser av sina filosofiska resonemang. Och det är väl riktigt. Vad gäller t ex viljeförklaringsbegreppet deklarerade Hägerström, Om begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 106, uttryckligen att hans slutsats, att viljeförklaringen var en förklaring som "i imperativistisk form uttrycker en fantasiföreställning angående inträdande rättigheter och skyldigheter", inte hade någon bäring på frågan huruvida en sådan förklaring har rättslig effekt eller inte. Se härtill Olivecrona i inledningen till "Rätten och viljan" s 46 och 50; häremot Eng, Hva er en viljeserklæring s 9.

[762] Se Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 71, 85, 107 och 121. Se också t ex dens, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 123 ff; dens, Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi?

greppet) såsom något att *bygga på* i den *vetenskapliga* eller eljest *sakliga* diskussionen. Det är detta som måste beaktas. Rättighetsbegreppet är en produkt av ett irrationellt rättsmedvetandes föreställningar, en produkt fullt utbildad redan för tusentals år sedan hos de vidskepliga romarne.[763]

Argumentationen går tillbaka på Hägerström,[764] och hör hemma i den Kantianska traditionen. Den är begreppsanalytisk, inriktad på den logik som bygger upp de granskade företeelserna.[765] När det hävdas att rättighetsbegreppet bör strykas ur kalkylen är poängen ytterst sett *logisk*. I sin mest rudimentära form är argumentet detta: Juridiken har antagit existensen av någonting som inte existerar.[766] Det är slappt. Det är metafysik. Med rättighetsbegreppet har vi bäddat för dålig vetenskap.[767]

I detta ligger egentligen inte någon meningsteori, men väl en *sanningsteori*[768] – med konsekvenser för det juridiska språkbruket. Dåtidens vetenskapsfilosofi var överlag så beskaffad att den lånade sig åt brett upp-

[763] Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 107. Jfr t ex Ekelöf, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s 162 f; dens, Om interventionsgrunden s 49.

[764] Hägerström, vars filosofiska ambitioner för juridikens del sammanfattas i titeln på Max Lyles doktorsavhandling: "A Call for Scientific Purity".

[765] Se härtill Olivecrona, Rätt och dom s 92 ff. Den Hägerströmska begreppsanalysen presenteras för en juridisk läsekrets, tillrättalagt och kortfattat, i Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 99 f. Se också t ex Helin, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s 72; Lyles, A Call for Scientific Purity s 99 ff; Sandström, Axel Hägerström och realismen s 853 ff. För en kritisk utläggning av Hägerströms analytiska metod se Bjarup, Epistemology and Law according to Axel Hägerström, särskilt s 26 ff.

[766] Jfr t ex Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 133 n 1, där det hävdas att rättighetsbegreppet "genom seklerna *använts* [min kurs] såsom något sannfärdigt", men att det nu "upptäckts vara osannfärdigt". Att vetenskapen endast skulle använda sig av sanna begrepp var ett axiom för Lundstedt.

[767] Jfr denna karakteristik av Hägerströms metod hos Cassirer, Axel Hägerström s 21 f: "All vetenskap hänför sig [...] enligt sitt väsen till en *verklighet* som den strävar efter att gripa, beskriva och utlägga. I varje vetenskapligt omdöme förutsätts *realiteten* av det som omdömet gäller. Men som begreppsanalysen visar saknas ett sådant stöd i realiteten, ett *fundamentum in re*, just i de omdömen vi träffar på inom metafysiken. Dessa är utsagor endast till sin språkliga, grammatiska form; när de analyseras visar de sig emellertid vara utsagor som gäller inte ett 'något' utan ett 'intet'."

[768] En korrespondensteori. Om Hägerströms korrespondensteori se Lyles, A Call for Scientific Purity s 232 ff. Se vidare Bjarup, Reality and Ought s 85, och allmänt om faran i att projicera meningsteorier på äldre filosofiska skrifter Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy s 43 ff.

lagda angrepp på den juridiska begreppsapparaten.[769] Retoriskt hade den traditionella rättsvetenskapen svårt att freda sig,[770] och den fick finna sig i att det nya tänkandet slog rot i de egna leden.[771] Snart nog uppstod en motreaktion. Juristerna samlade sig till försvar för sitt språk.[772]

7.2.2 Undéns alternativ – funktionsbegrepp och substansbegrepp

I Sverige var det antagligen Östen Undén som först utvecklade ett alternativ till den ursprungliga realistiska analysen.[773] Undén argumenterade utifrån samma premisser som Uppsalaskolans anhängare, såtillvida som han fann det givet att åtskilliga av de juridiska begreppen saknade motsvarigheter i någon form av yttre verklighet och att de såtillvida kunde betraktas som fiktioner.[774] Av detta ville han dock inte dra slutsatsen att

[769] I amerikansk debatt var Felix Cohen en av de mest aggressiva företrädarna för det nya tänkandet. I sin berömda uppsats "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" (1935) avskrev han hela den traditionella rättsvetenskapen som nonsens. Cohen, a a s 821: "Legal concepts (for example, *corporations* or *property rights*) are supernatural entities which do not have a verifiable existence except to the eyes of faith. [...] *Jurisprudence* then, as an autonomous system of legal concepts, rules, and arguments, must be independent both of ethics and of such positive sciences as economics or psychology. In effect, it is a special branch of the science of transcendental nonsense." Anmärkas kan att de exempel på juridiska begrepp som Cohen här ger – juridisk person och äganderätt – är desamma som Undén använder sig av i sin analys av problemet; se nästa avsnitt. Det är inte vågat att gissa att det inte rör sig om en slump.

[770] Jfr Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 6.

[771] Se härtill Undén, Några reflexioner om termen gällande rätt s 288.

[772] Se t ex Hult, Juridisk debatt s 11 ff, som med hänvisning till "vanligt språkbruk" tar avstånd från tesen att det inte finns någon rätt. Det heter bl a – Hult, a a s 12: "[D]et [är] lätt att förstå, att juristen, då han hör filosoferna bestrida existensen av bindande rättsregler, finner dem förneka existensen av själva det arbetsmaterial, som är för honom så väl förtroget, och han kan inte undgå att finna påståendet orimligt."

[773] Helin, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s 73, kallar Undéns analys "[e]tt av de första svaren på Hägerströms kritik". Dialogen med realisterna är tydligast i Undén, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken (i festskriften till Hägerström). Se också Undén, Juridik och politik s 9 ff. Om utvecklingen av Undéns analys se (den antipatiskt inställde) Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 109 f. Jfr Andréasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants" s 526, som spårar "den säregna nordiska synen på äganderätten" till ett arbete utgivet år 1892 av den danske sakrättaren Carl Torp, och därifrån tillbaka till Ørsted; se också Arnholm, Privatrett I s 26 ff; Håstad, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor s 753. Det sena artonhundratalets danska objektivism är förvisso väl förenlig med Undéns lära om funktionsbegreppen.

[774] Se härtill Undén, Juridik och politik s 23.

begreppen ifråga nödvändigtvis måste utmönstras ur rättsvetenskapen. Ty:

> De specifika rättsbegreppen tillhöra ofta i avseende å logisk struktur den grupp av begrepp, som inom logiken kallas funktionsbegrepp. De äro bildade, icke för att motsvara i naturen förekommande ting eller krafter, ej heller för att beteckna egenskaperna hos sådana objekt, utan allenast för att underlätta uppfattningen av det rättsliga regelsystemets innehåll.[775]

Undén tillämpar här en, vid sekelskiftets början populär, tysk vetenskapsteoretisk lära, som också hade vunnit insteg i rättsfilosofin (de författare han åberopar sig på är Hans Vaihinger, Ernst Cassirer och Hans Kelsen).[776] Det skall alltså i viss mening vara oegentligt att kalla rättsbegreppen fiktioner,[777] så länge som det rör sig om *funktionsbegrepp,* och inte det som Undén kallar *substansbegrepp* – den senare termen avser då begrepp som *är avsedda att* utpeka en eller annan realitet. Funktionsbegreppen har däremot uteslutande sin betydelse som systematiska redskap. De utvisar, i juridiken, endast hur rättssystemet är beskaffat, och kan därför inte vara sanna eller falska.[778] Med denna enkla distinktion – som framstår som ett konsekvent uttryck för Kelsens "rena" rättslära – kan Undén förklara den äldre jurisprudensens misstag (misstag som man i detta skede var ense om att denna begått), såväl som staka ut riktningen för den kommande, moderna juridiken.

Undén sätter likhetstecken mellan det gamla tankesättet och naturrätten. Det är en "naturrättslig åskådning" som "modärna författare" söker befria sig från.[779] Och felet med naturrätten är att den betraktar de

[775] Undén, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken s 171. De exempel Undén uppehåller sig vid är rättighetsbegreppet och begreppet juridisk person.

[776] Frändberg, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström s 378, anmärker: "Gentemot den hägerströmska ontologin hävdade Undén att de rättsliga begreppen, såsom äganderättsbegreppet, inte är 'substansbegrepp' utan 'funktionsbegrepp' [...]. Distinktionen härstammar från Ernst Cassirer (Substanzbegriff und Funktionsbegriff, 1910)."

[777] Se härtill Undén, a a s 170.

[778] Givet den korrespondensteori som också (se ovan n 768) Undén utgick från. Se särskilt Undén, a a s 173.

[779] Undén, a st; se härtill dens, Juridik och politik s 11 ff. Kopplingen till naturrätten kan tyckas anakronistisk, men finner sin förklaring i dåtidens strävan efter renhet. I denna strävan spårade man naturrättsliga element i juridiken från västerlandets begynnelse och in i samtiden. Undén anknyter särskilt till Hägerström. Mer om detta i det följande.

rättsliga begreppen *som* substansbegrepp. Den naturrättsliga åskådningen kommer således att innebära en missriktad tro på sådant som rättigheter och juridiska personer. Naturrättaren tror att dessa företeelser, och andra av liknande slag, verkligen existerar. Undén stämmer således, just som Hägerström och Lundstedt, in i det tidiga nittonhundratalets samfällda fördömande av det premodernistiska tänkandet, ett fördömande som ytterst grundar sig i, en ur nutida synvinkel sett synnerligen primitiv, realism: Endast det som finns är verkligt, och vetenskapen sysslar endast med det verkliga. I vår tur kan vi naturligtvis säga att denna självsäkra modernism också byggde på *tro* – det har till och med talats om "the stupid belief of the 'moderns' in the superiority of the contemporary".[780] Även vi har lätt att sätta oss till doms över det förflutna.

Hursomhelst. För framtiden föreställde sig Undén en rättsvetenskap som, i och med insikten att rättsbegreppen kan betraktas som "funktionsbegrepp", dels skulle vara en riktig vetenskap, i det att den ansluter till "nutida logik", "de exakta naturvetenskaperna" och "[m]atematiken, inclusive geometrin",[781] dels skulle kunna framställa en juridik som är formbar och efter omständigheterna kan anpassas efter vad som är praktiskt och ändamålsenligt.[782] Funktionsbegreppets begrepp är avsett att vara emanciperande. Och man skall inte missta sig på radikaliteten i Undéns tankegång. Konsekvent genomförd innebär denna verkligen att man gör rent hus med den gamla juridiken – åtminstone i den utsträckning man tycker sig kunna konstatera att den äldre terminologin i realiteten byggt på funktionsbegrepp. Om man skulle välja att behålla de gamla termerna – "äganderätt", "juridisk person" etc – så är det bara därför att det inte spelar någon roll hur man betecknar ett funktionsbe-

[780] Douzinas-Goodrich-Hachamovitch, Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies s 20. I linje härmed skulle Lehrbergs avståndstagande från det fenomen han kallar "avtalsrättens avintellektualisering" – ett fenomen som bl a tar sig uttryck i en "oreserverad framtidsoptimism" och ett förakt för den äldre jurisprudensen – mycket väl kunna betecknas som postmodernt. Etiketteringen indikerar då att relationen mellan modernitet och postmodernitet kan betraktas som cyklisk, vilket gör det möjligt att projicera densamma på ett otal diskursiva sammanhang (övergången från modernitet till postmodernitet har inte *en* plats i historien). Douzinas-Goodrich-Hachamovitch, a a s 3: "The prognosis of failure, of dissolution or decay both within and without the legal institution has returned quite as often as doctrine, prejudice, faith or some other species of modernity have promulgated the language of progress...".

[781] Undén, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken s 170. Jfr ovan n 724.

[782] Undén, a a s 172 f och 176.

grepp, just som den schackpjäs som representerar springaren inte nödvändigtvis måste vara hästlik, utan skulle kunna ges vilken form som helst utan att det påverkade spelet.[783] Den nya juridiken *låter* som den gamla, såtillvida som det i betydande utsträckning är samma termer som används, men det är alltså närmast att se som en historisk slump. De moderna beteckningarna är tomma. Utifrån dem kan inga slutsatser dras om rättsordningens innehåll – det handlar ju inte om substansbegrepp. Innehållet bestäms istället i huvudsak efter vad som "synes mest ändamålsenligt ur systematisk synpunkt".[784] I princip borde det inte vara någonting som hindrar att det som vi känner som "äganderätt" kommer att kallas "juridisk person".

7.2.3 Magi och ändamålsenlighet

> S k funktionsbegrepp i juridiken äro, såvitt jag förstår, endast medel för döljande av oklarheter och tanklösheter. Man bedrager med dem både sig själv och andra, som icke genomtänkt sammanhangen.
>
> *Vilhelm Lundstedt*

Lundstedt fann Undéns uppfattning fördärvlig.[785] Visserligen tyckte sig Lundstedt i Undéns skrifter kunna skönja "en omisskännlig *strävan* mot frigörelse från verklighetsfrämmande begreppsjurisprudens",[786] men denna strävan var efter Lundstedts uppfattning heltigenom misslyckad.[787] I sin kritik faller Lundstedt tillbaka på sin vetenskapsuppfatt-

[783] Se Undén, a a s 176.

[784] Undén, a st.

[785] Lundstedt ägnar sidorna 109–149 i "Obligationsbegreppet. Senare delen" åt att vederlägga Undéns teorier – enligt egen utsago inte därför att han fann detaljerna i just Undéns analyser så intressanta, utan därför att det gällde att avvärja en *fara*. Lundstedt, a a s 109: "Saken är den, att *Undén* tillhör en numera allt vanligare kategori av rättslärare, vilkas sociala intressen kommit dem att få en viss blick för den traditionella rättsvetenskapens bristfällighet och fört dem till metoder av förment beskaffenhet att komma det verkliga livet närmare än den äldre vetenskapen. På grund av otillräcklig kunskap om samhällsmaskineriets verkliga struktur hava dock de anlagda metoderna blivit odugliga för sitt syfte."

[786] Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 108.

[787] Jfr Lundstedt, a a s 146: "Ett koncentrerat uttryck för, hur *Undén* misslyckats i sådana strävanden, har han givit med sitt uttalande, att 'juridiken är, såsom både *Vaihinger* och *Kelsen* framhållit, inriktad på det rättsliga regelsystemets innehåll'. Det som

ning: I vetenskaperna håller man sig till sanningen och ett påstående om verklighetens beskaffenhet är sant endast om det överensstämmer med fakta, det vill säga om det som man tillskriver existens också äger existens (och det presumeras att det är sådana påståenden som man inom vetenskaperna ägnar sig åt att producera). Felet med Undéns lära om funktionsbegreppen är utifrån dessa utgångspunkter naturligtvis att den uppmuntrar till ett ovetenskapligt språkbruk. Det finns inga rättigheter, ändock menar Undén att vi kan behålla rättighetsterminologin – under förutsättning att den är ändamålsenlig – och detta gör han i fullt medvetande om att varje påstående som bekräftar rättigheternas existens är falskt.[788] Det är mer än dålig vetenskap, såsom Lundstedt bedömer det – det är en form av vilseledande. Hela det system av övertro – den mytologi – som den äldre jurisprudensen bygger på, kan, om Undéns analys tas för god, i princip lämnas intakt.[789]

"Vi *vet* att det inte finns några rättigheter", har man att svara från Undénska premisser. "Vi vet, men vi använder terminologin, och det gör vi därför att det är ändamålsenligt."[790] Lundstedt ger dock inte mycket för Undéns förmåga att distansera sig från rättsideologin. Undéns funktionalism är en läpparnas bekännelse och utgör tillika ett självbedrägeri.[791]

Undén här tillsammans med sina auktoriteter vill göra till rättsvetenskapens föremål är det *rena ingenting*, som det logiskt är omöjligt att antaga utan godkännande av fantasierna om en överindividuell vilja [etc, etc...]."

[788] Lundstedt hade synbarligen svårt att förstå detta. Lundstedt, a a s 133 n 1, anmärker bl a att det är "högst mystiskt, att rättighetsbegreppet, som genom seklerna använts såsom något sannfärdigt, alltjämt skall vara användbart, sedan det nu upptäckts vara osannfärdigt."; se också Lundstedt, a a s 294.

[789] Lundstedt, a a s 133: "Därigenom representerar [Undén] en halvmesyr, i intet avseende nyttigare än den gamla jurisprudensens ståndpunkt, men särskilt skadlig genom den extraordinära förvirring, den är ägnad att åstadkomma." Se också Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 123.

[790] Jfr Undén, Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken s 173: "Begreppet bör ej prövas efter sitt sanningsvärde, eftersom det aldrig gör anspråk på att återspegla ett natursammanhang, utan efter sin ändamålsenlighet."

[791] Jfr t ex Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 129: "*Undén* skriver såsom om han själv vore frigjord från [naturrättslig vidskepelse], en godtrogenhet som [...] nästan går väl långt." På ett annat ställe heter det att Undén ohjälpligt sitter fast i den naturrättsliga metafysiken; se Lundstedt, a a s 156. Se också Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 61; dens, Om den s k tillitsteorien s 427.

Det räcker inte att man *säger sig* ta avstånd från "naturrätten",[792] böjer rygg inför "omsättningens krav" och dylikt.[793] Behåller man den gamla juridikens språk har man också med sig alla de historiskt bestämda vanföreställningar som detta uttrycker. Övertron går, enligt Lundstedt, mycket djupare än vad Undén har kunnat föreställa sig. Den som – likt Lundstedt, om man får tro Lundstedt själv[794] – verkligen har förstått sig på samhällsmaskineriet, inser att den äldre jurisprudensens begreppsbildning i sin helhet måste lämpas överbord:

> Man tror sig nu kunna *rationalisera* begreppen och få dem i bättre överensstämmelse med de faktiskt rådande företeelserna i samhället. Men det går icke att blåsa in förnuft i begrepp, som ha hela sin grund i övertro och vilkas utbildning genom tiderna blott utgör en återspegling av övertrons växlingar. När man nu likväl räknar med en sådan rationaliseringsmöjlighet, så beror detta på, att man själv icke *helt* förmått frigöra sig från de gamla tänkesätten och därför icke fått upp blicken för, hur *djupt* rotfästade i övertro gängse rättsföreställningar äro. Spåren efter dessa rationaliseringsförsök äro verkligen ägnade att förskräcka.[795]

I allt det som Lundstedt här säger utgår han från Hägerströms kritik av den rättsvetenskapliga traditionen. Hägerström närde ett stort intresse för de juridiska begreppens historia och lade oerhörd möda på att föra i bevis, att den av historien villkorade rättsliga terminologin bottnade i

[792] När Lundstedt i sina skrifter går i svaromål med sina många kritiker är innebörden hos begreppet naturrätt ett litet men återkommande tema. Lundstedt irriterar sig över att man inom juridiken allmänt tror sig ha lämnat de naturrättsliga åskådningarna bakom sig – ett misstag, enligt Lundstedt, som kan bero på att man med "naturrätt" förstår den historiska naturrätten. Jfr Lundstedt, a a s 9: "Man tror visserligen, att naturrätten skulle på något sätt ha övervunnits redan av den historiska skolan. Men sådan tro är lika meningslös som idén att söka driva ut djävulen med Belzebub." Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 77 n 2, förklarar: "Jag använder ordet naturrättslig i vidsträcktaste mening såsom ungefärligen täckande den rättsvetenskapliga metafysiken (= övertron) i det hela." Naturrätten härskar, efter Lundstedts uppfattning, *nu*.

[793] Se också t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 103. Jfr Olivecrona, Om lagen och staten s 52.

[794] Likt Lundstedt, men tydligen till skillnad från t ex Kelsen – Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 147, anmärker att "*Kelsen* icke har den kunskap om rättsmaskineriet, som gör det möjligt för honom att uppfatta de rättsliga realiteterna."

[795] Lundstedt, a a s 142; se även dens, a a s 293; jfr dens, Obligationsbegreppet. Förra delen s 29. Jfr Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 171: "Det *är* så enligt min mening, att den hittillsvarande rättsvetenskapliga litteraturen [...] icke kan ha något värde annat än som makulatur."

primitiv vantro och allsköns magiska föreställningar.[796] Rättigheter och plikter – ja, själva rättsföreställningen – grundar sig, efter vad Hägerström genom sina studier av den romerska rätten menade sig kunna påvisa, på dunkla riter och uppfattningar om krafter som binder människorna samman. Denna vantro har givit juridiken dess form, vilket ger att juridiken alltjämt ger uttryck för vantro. Det tycks framförallt ha varit detta argument som drev Lundstedt till slutsatsen att rättsvetenskapen måste börja från början och att det alltså var nödvändigt att frigöra sig från det etablerade rättsspråket.[797] I våra ögon kan tankegången te sig en smula märklig, men det har i så fall kanske att göra med, att vi har svårt att föreställa oss just hur central den romerska rättens idé var för det tidiga nittonhundratalets rättsuppfattning.[798]

I Hägerströms skrifter, såväl som hos andra framträdande företrädare för den nya epoken, var löftet om en modern juridik liktydigt med hoppet om frigörelse från den romerska rätten. Någon känsla för frågans betydelse ger följande utdrag ur Lundstedts hänförda recension av Hägerströms romerskrättsliga huvudarbete – en recension som passande nog bar titeln "Grundläggning av en ny rättsvetenskap". Lundstedt menade att Hägerström nu levererat:

> en attack, avsedd att slå sönder och samman det mera ursprungliga "fundamentet" för den rättsvetenskap, som hittills härskat i den civiliserade världen. "Fundamentet" ifråga har utgjorts av äldre, framförallt romarnas rättsåskådningar. Mellan vår tids jurisprudens och den romerska råder faktiskt sådant samband, att den förra icke är tänkbar utan den senare. [...] Hägerström har [...] ådagalagt, att romarnas *obligatio*, deras *iuris vinculum*, icke hade någon som helst anknytning

[796] Härom vittnar inte minst den monumentala "Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung" I–II (1927–1947) – där Hägerström i ingående detalj behandlar det romerska förpliktelsebegreppet. För ett mer tillgängligt exempel se Hägerström, Om handslagets ursprungliga innebörd. Se också sammanfattningarna hos Lundstedt, Grundläggning av en ny rättsvetenskap; dens, Obligationsbegreppet. Förra delen s 9 ff; Olivecrona, Om lagen och staten s 116 ff. Se härtill Cassirer, Axel Hägerström s 106 ff; Lyles, A Call for Scientific Purity s 375 ff.

[797] Jfr Lundstedt, Grundläggning av en ny rättsvetenskap s 460, där det *psykologiska* värdet av just Hägerströms romerskrättsliga studier framhävs. Om inte logik och sakargument biter på juristerna, så måste detta göra det, menar Lundstedt.

[798] Som påpekats av Schmidt, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen s 556 n 13, sökte Oliver Wendell Holmes på ungefär samma sätt som Hägerström, och i ungefär samma syfte, avslöja den romerska rättens magiska karaktär. Och här vill jag säga, att strategin var gångbar tack vare någonting som nu gått förlorat.

till förnuftigt tänkande utan helt och hållet var produkten av primitivt vidskepliga föreställningar. I samband med blottandet av all trolldom bakom romarnas obligationsföreställningar, varvid hela deras orimliga besittningslära dissekerats, har han kastat ett alldeles nytt och strålande klart ljus över en mängd av just de frågor i den romerska rätten, vilka mer eller mindre hemligt ligga i bakgrunden för vår egen tids rättsåskådning.[799]

Det var uteslutet, att Lundstedt skulle ta intryck av Undéns utläggningar om skillnaden mellan substansbegrepp och funktionsbegrepp.[800] För Lundstedt tedde sig dessa helt enkelt som amatörmässiga spekulationer,[801] som det inte skulle finnas någon egentlig anledning att befatta sig med, om det inte vore för att de riskerade hindra ljuset från den av Hägerström initierade omvälvningen av rättsvetenskapen att tränga igenom. Och att det fanns en sådan risk kunde man kanske tacka den "nutida juridikens", av Lundstedt uppmärksammade, brist på aktning för sanningen.[802] Ett visst ansvar kände också Lundstedt, personligen, för det förvirrade tillstånd, som han menade sig ha försatt rättsvetenskapen i genom sina skrifter, och som Undéns teoretiska ansträngningar var ett uttryck för ... i Lundstedts tolkning av läget.[803] Nu hoppades Lundstedt att saken snart skulle vara utagerad, så att debatten kunde föras in i "ett mera fruktbärande skede än det, som kan åstadkommas genom metoder av den art, som *Undén* använder för att hävda sin och den 'nutida juridikens' ståndpunkt".[804]

[799] Lundstedt, Grundläggning av en ny rättsvetenskap s 460 f. Jfr Lyles, A Call for Scientific Purity s 308 ff.

[800] Jfr Undén, Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken s 173, som uttryckligen presenterar sin distinktion som ett sätt att möta den av Hägerström i "Der römische Obligationsbegriff" framlagda kritiken mot rättsvetenskapen.

[801] Jfr Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 149: "Det Undénska filosoferandet föranleder [...] den allmänna anmärkningen, att det för det vetenskapliga forskningarbetet är av tvivelaktig nytta att slå omkring sig med ogenomtänkta och oförstådda påståenden, med lösryckta omdömen utan inbördes sammanhang, ävensom med en mängd auktoriteter, som man själv icke är mäktig att penetrera."; se också Lundstedt, a a s 145.

[802] Jfr Lundstedt, a a s 109.

[803] Lundstedt, a st; jfr ovan n 773.

[804] Lundstedt, a st.

7.3 Meningsfrågan väcks – från Uppsala till Cambridge

> [D]en filosofiska världens centrum hade legat i Uppsala. Vad som inte tänktes där tedde sig som uppenbara missförstånd, härvor av kolossala motsägelser. Men nu gällde det för Uppsala att träda ut ur sin isolering. Och då handlade det inte längre som det ofta gjort i det förgångna om att vända ansiktena mot söder, mot Berlin eller Jena, Heidelberg eller Marburg. Den nya filosofins Mecka låg västerut, i Cambridge [...]
>
> *Svante Nordin*

7.3.1 Inledning

Vi kan konstatera att den idéhistoriska utvecklingen inte gick Lundstedts väg. Uppsalaskolan var måhända en tidstypisk företeelse,[805] men den var också hårt knuten till Hägerströms person och i kraft av detta någonting säreget. Lundstedt tänkte inte själv – i filosofin – och framhöll ofta att han saknade förutsättningar att göra så.[806] Det är tolkningar av Hägerströms läror som ligger till grund för hans skrifter.[807] Synbarligen var det en förutsättning för, att man skulle kunna ägna sig åt den nya rättsvetenskap som Lundstedt såg framför sig, att man kom till insikt om beskaffenheten hos "de realiteter, som i verkligheten ligga bakom den gamla jurisprudensens föreställningar och begrepp".[808] Och det är påfallande att den enda väg fram till denna insikt, som överhuvudtaget diskuteras i Lundstedts arbeten, går genom ett förbehållslöst accepterande av Hägerströms filosofi.

Kanske var Uppsalafilosofin helt enkelt inte ägnad att bli ett brett vetenskapligt program för de kommande generationerna. Kanske hade den alltför mycket av personkult över sig. Den teoretiska kärnan i

[805] Jfr ovan n 286.

[806] Se t ex Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 145: "[...] frågor, för vilkas prövning tarvas de mest djupgående kunskaper i filosofiens historia och den mest ingående förtrogenhet med nutida filosofiskt tänkande. För egen del har jag endast att tillstå min fullkomliga inkompetens att vetenskapligt befatta mig med dessa frågor [...]"; se härtill Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 72 och 171 f; dens, Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken s 130.

[807] Helt i enlighet med Lundstedts uppfattning om den lämpliga arbetsfördelningen mellan filosofer och rättsvetenskapare. Se ovan n 86.

[808] Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 147.

Hägerströms tänkande är omvittnat svårgenomtränglig.[809] Hos Lundstedt finner man omnämnanden av, men, mig veterligen, inga direkta hänvisningar till, Hägerströms centrala filosofiska skrifter.[810] Inte heller hos Ekelöf.[811] Man får snarast intrycket att övertygelsen har *smittat*, inom kretsen kring Hägerström. Den senares karisma skall ju också ha varit närmast övernaturlig.[812] I vilket fall kom Hägerströmianismen för nästa generations filosofer att framstå som en provinsiell företeelse[813] – och som en parentes.[814] I den anglosaxiska världen, och i betydande utsträckning också i Norden, kom den akademiska filosofin under nittonhundratalet mer eller mindre fullkomligt att behärskas av en annan riktning, den så kallade *analytiska filosofin*.[815] Denna tankeriktning utgick från Cambridge – inte från Uppsala[816] – och dess förgrundsgestalter var Bertrand Russell och G E Moore.

[809] Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 37, skriver om nyckelarbetet "Das Prinzip der Wissenschaft": "På en punkt är kommentatorerna [...] helt ense – att det här rör sig om ett av de svårbegripligaste filosofiska verk som överhuvudtaget skrivits." Jfr Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 185 n 4.

[810] Jfr Lundstedt, Legal Thinking Revised s 6. Bland de skrifter av Hägerström som Lundstedt där nämner ("Of fundamental importance for me, my teachings and writings since 1918 have been the following works of Hägerström's [...]") finns inget av de "tyngre" verken.

[811] Jfr Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 263. Olivecrona vågar jag inte uttala mig om i detta avseende.

[812] Se särskilt Nordin, a a s 50 f. I detta avseende synes Hägerström inte ha stått Wittgenstein långt efter.

[813] Frändberg, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström s 392, konstaterar att den svenska rättsteorin efter Hägerström befunnit sig i den internationella strömfårans mitt och tillägger: "naturligt nog; lika lite som det finns någon särskild svensk fysik, finns det någon unikt svensk rättsteori". Vetenskaplighet och internationell spridning går för filosofins (rättsteorins) del synbarligen hand i hand.

[814] Se t ex Nordin, a a s 97, 173 och 192; dens, Ingemar Hedenius s 81 ff.

[815] En god och personligt hållen introduktion till den analytiska filosofin och dess historia ger Furberg, CaOx. Det engelska standardverket framför andra torde vara Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy. Se även t ex Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy?; Lübcke (red), Vår tids filosofi. Del 2 Vetenskap och språk – anglosaxisk filosofi; von Wright, Logik, filosofi och språk.

[816] För skojs skull, och som Uppsalabo, kan man fundera över vad som gjorde det ena lärosätets filosofi till en vetenskapsgren och det andra lärosätets filosofi till en idéhistorisk parentes. Båda dessa filosofier har – av sin respektive tillskyndare – sagts innebära en andra kopernikansk revolution i filosofin (efter Descartes epistemologiska vändning, alternativt Kants transcendentalfilosofiska dito), men man får väl tillstå att den analytiska filosofins brott med det härskande paradigmet, dvs den tyska idealismen, var mer

Jag vill investera lite utrymme i en redogörelse för den tidiga analytiska filosofin. Det är klokt, tror jag, inte bara därför att vi har en tendens att med en högst ungefärlig gest återföra den nutida "realistiska" rättsuppfattningen på Uppsalaskolan – ungefärlig, som för att markera att vi vet att Lundstedts renläriga Uppsalafilosofi aldrig fullt ut accepterades av rättsvetenskapen, samtidigt som vi anser att denna ändå på något sätt hade en hälsosam, emanciperande effekt. I och med Lundstedt är vi fria från "naturrätten", men vi behöver inte ta i, och gå till sådana överdrifter, som han gjorde – i princip kan vi fortsätta som om ingenting hänt.[817] Det torde framförallt vara den anglosaxiska akademiska filosofins inflytande på vår rättskultur som har gjort denna på sitt sätt märkliga inställning möjlig. Kanske är det lovvärt att peka på sådant, men mitt syfte med framställningen i det närmast följande är inte att belysa de historiska förloppen för sakens egen skull. Jag intresserar mig här för den tidiga analytiska filosofins natur, därför att denna filosofis grundfråga – som vi kan kalla "meningsfrågan" – är den tes, som min egen, i föregående kapitel antydda, inställning till språket utgör antitesen till. Och det är värt att gå vägen över den analytiska filosofin, fram till och förbi "den skandinaviska rättighetsdebatten", för den konkreta förståelse som på så sätt kan genereras för skillnaden mellan min avvisande hållning till meningsfrågan och det förmedlade och oreflekterade positiva svar på denna som nutida civilrättsvetenskap typiskt sett utgår ifrån. Det är intressant: Vad vi har att säga om till exempel avtalsbegreppet – det sätt på vilket vi överhuvudtaget närmar oss problemet på – är bevisligen i en rad avseenden bestämt av historien, det vill säga av traditionen. Och vi som berömmer oss om, att se sakerna för vad de är, direkt och funktionellt. Det fascinerar åtminstone mig, att vi är så dogmatiska i vår "realism". "Det är ett kopplingsbegrepp", säger vi, gärna med eftertryck –

---

radikalt. Viktigare ändå var kanske, att Uppsalafilosofin i högre grad framställdes som en *lära*, medan Cambridgefilosofin i högre grad framställdes som en *metod*. Jfr det förhållandet att Hägerström – enligt många av sina kommentatorer i strid med fakta – gjorde anspråk på att, i sina skrifter efter 1908, med konsekvens ha givit uttryck för en och samma uppfattning (vilket antyder ofelbarhet, alternativt dogmatism), medan Russell öppet bytte ståndpunkt, också i grundläggande frågor, i var och varannan skrift (vilket antyder öppenhet och s k intellektuell hederlighet). Se angående koherensen i Hägerströms sena skrifter Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 40 ff.

[817] Lundstedt själv var förtvivlad över detta omgivningens sätt att ta emot *och* oskadliggöra hans läror.

men vad *betyder* det? Ytterligt få civilrättare torde kunna ge en förklaring av den saken, som är mer än en ren iteration av inlärda glosor.[818] Det kan vara så att vi har glömt vad det betyder.[819]

Åter till historien.

7.3.2 Frege och den analytiska filosofin

Cambridgefilosofin uppstod ungefär samtidigt som Uppsalafilosofin och i vissa avseenden under liknande förhållanden; i både Cambridge och Uppsala tog man i vetenskapens namn avstånd från den äldre generationens Hegelianism.[820] Dock fanns det naturligtvis skillnader mellan dessa båda riktningar, och den skillnad som i förevarande sammanhang är avgörande skulle man inledningsvis och ungefärligen kunna beskriva så: Hägerströms analyser syftar till att avgöra *huruvida* begreppen är meningsfulla, medan man inom den analytiska filosofin intresserar sig för *vilken* mening begreppen skall tillskrivas. Den första typen av analys mynnar ut i en förkastelsedom eller – mera sällan – ett godkännande, medan den andra typen av analys mynnar ut i ett förslag. Med avseende på ett givet begrepp frågar sig Hägerström, om detta kan accepteras från vetenskaplig ståndpunkt, eller om det blott rör sig om ett skenbegrepp, som vetenskapen inte bör befatta sig med, medan en analytisk filosof frågar sig, hur begreppet, på ett ur vetenskaplig synvinkel försvarligt sätt, skall analyseras.

Skillnaden är hänförlig till det faktum att Cambridgeskolans begreppsanalys tar sitt avstamp i vad man skulle kunna kalla *den filosofiska meningsfrågan*, samtidigt som Hägerström tar svaret på denna fråga

[818] Termerna "kopplingsbegrepp", "funktionsbegrepp" och "mellanbegrepp" hör till den svenska förmögenhetsrättens "final vocabulary", för att använda ett av Rortys uttryck. Rorty, Contingency, irony and solidarity s 73: "It is 'final' in the sense that if doubt is cast on the worth of these words, their user has no noncircular argumentative recourse. Those words are as far as he can go with language; beyond them there is only helpless passivity or a resort to force." Härmed avses ingenting negativt. Varje vetenskaplig dialekt, även min, har en "final vocabulary".

[819] Och nu menar jag inte – som om det vore en teori – att våra ords innebörder ligger, eller kan ligga, i det förflutna. Jag vill blott peka på den paradox som ligger i att våra antitraditionalistiska manér är inlärda.

[820] Cambridgeskolan tog form i öppen konflikt med Hegelianerna och Hägerström hade att tampas med Christopher Jacob Boströms efterföljare – Boströms tänkande förutsätter Hegels, även om Boström själv ansåg sig ha övervunnit det senare; se t ex Heidegren, Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi s 299 ff och 317 ff. Om idéklimatet i Cambridge vid tiden för Cambridgeskolans tillkomst se t ex Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 1 ff.

för givet. Så kan saken i allt fall framställas – i efterhand, särskilt om man söker rationalisera det förhållandet att Uppsalafilosofin småningom trängdes undan av den analytiska skolan.

Vad menas då med "den filosofiska meningsfrågan"? Här har vi att göra med det särdrag som – i många versioner av historien – framför andra definierar det analytiska paradigmet. Med en sådan förståelse inleds den "vetenskapliga", analytiska filosofins era i det ögonblick som "meningsfrågan" ställs för första gången.[821] Vanligtvis är det den tyske logikern Gottlob Frege som tilldelas äran för att ha gjort detta.[822] Den analytiske filosofen Michael Dummett har givit historieskrivningen dess i modern tid antagligen mest kända formulering:[823]

> [T]he theory of meaning is the fundamental part of philosophy which underlies all others. Because philosophy has, as its first if not only task, the analysis of meanings, and because, the deeper such analysis goes, the more it is dependent upon a correct general account of meaning, a model for what the understanding of an expression consists in, the theory of meaning, which is the search for such a model, is the foundation of all philosophy, and not epistemology as Descartes misled us into believing. Frege's greatness consists, in the first place, in his having perceived this. [...] By doing this, he effected a revolution in philosophy as great as the similar revolution previously effected by Descartes [...] We can, therefore, date a whole epoch in philosophy as beginning with the work of Frege, just as we can do with Descartes.[824]

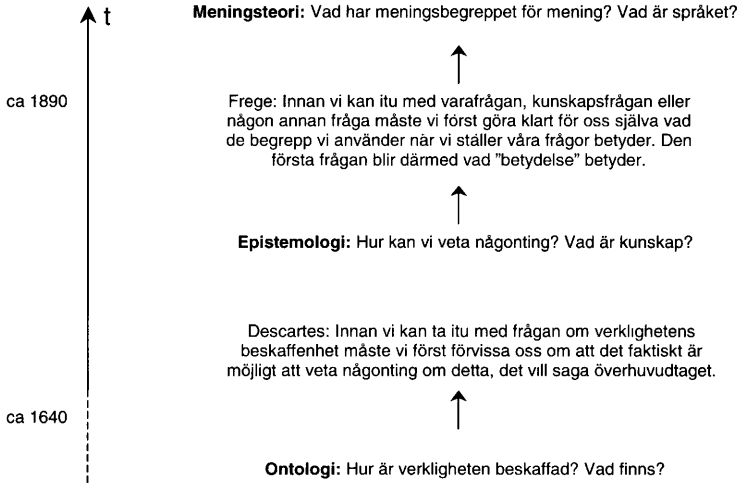
[821] Jfr t ex Wedberg, Filosofins historia. Från Bolzano till Wittgenstein s 44 f: "Den analytiska filosofins första fråga inför ett påstående är icke frågan: Är det riktigt eller icke? utan den åtminstone till synes försiktigare frågan: Vad innebär det egentligen?"

[822] Vilket på ett intressant sätt placerar utgångspunkten för den anglosaxiska, analytiskt-filosofiska idétraditionen i en för denna tradition främmande filosofisk kultur. Följdriktigt är frågan om relationen mellan Freges tänkande och den analytiska filosofins program som vi skall se kringgärdad av exegetiska förvecklingar och akademiska stridigheter.

[823] Russell pekade tidigt ut Frege som den förste analytiske filosofen. I förordet till sin "Our Knowledge of the External World", från 1914, talar Russell om "the logical-analytic method in philosophy" och hävdar att "the first complete example is to be found in the writings of Frege".

[824] Dummett, Frege. Philosophy of Language s 669. Jfr Rorty, Philosophy and the Mirror of Nature s 262 ff, som mot Dummett invänder att Descartes problem inte var Freges och att det är missvisande att framställa epistemologiska teorier som misslyckade försök att lösa problem som borde hanteras på det meningsteoretiska planet. T Johansson har, i en förhållandevis ny, uppsaliensisk avhandling ägnad studiet av Frege – "Frege och idén om det givna" – i opposition med Dummett i synnerhet, och med gängse uppfattning i analytisk-filosofiska kretsar i allmänhet, betonat kontinuiteten mellan den Kantianska traditionen och Freges tänkande. Se särskilt T Johansson, a a s 11 ff. Anmärkas kan att

Här indelas filosofins historia i tre epoker: 1) den innevarande, under vilken man omfamnar det synsätt som Dummett själv bekräftar, innebärande att *meningsteorin* är den grundläggande filosofiska disciplinen; 2) den närmast föregående, under vilken man efter Descartes utgick från att *epistemologin*, eller kunskapsteorin, är primär; 3) den i Dummetts nu citerade uttalande blott antydda första filosofiska epoken, under vilken man oförmedlat skall ha ägnat sig åt *ontologi*, en disciplin inom vilken man sysselsätter sig med verklighetens, eller "varats", beskaffenhet. Vill man i linje med Dummetts tankegång framställa denna utveckling just som en utveckling – som en fråga om progression – kan man gestalta denna som en serie av frågor och motfrågor. Samman med ungefärliga årtal och utpekade förgrundsgestalter får vi följande schematiska bild av filosofihistorien:[825]



sentida tolkningar av författare som Frege, Wittgenstein och Hägerström (någon med en vidare beläsenhet skulle säkerligen kunna ge fler exempel) generellt tenderar att tona ned det brott med den tyska idealismen, i vilket den analytiska filosofins egna historieskrivare velat se den *vetenskapliga* filosofins födelse. Nu, när det analytiska paradigmet luckrats upp, har det blivit möjligt att inta en mer avspänd attityd till detta med "vetenskaplighet".

[825] Anmärkas kan, att det knappast längre är möjligt att se saken på Dummetts sätt. Det är nu länge sedan den s k meningsfrågan var fashionabel i filosofin. En inblick i ämnet ger den av Richard Rorty redigerade antologin "The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method". Se särskilt Rortys inledning och hans två retrospektiva uppsatser. Se också Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy?

I filosofiska sammanhang kan "mening" förvisso betyda många olika saker. Platon och Aristoteles – med vilka den västerländska filosofiska traditionen ju tar sin början – diskuterade också meningsproblematiken, i någon mening. När "meningsfrågan" relateras till Frege, som här, ger det emellertid denna en viss riktning, ett särskilt stuk.[826]

Freges mest kända arbete är antagligen uppsatsen "Über Sinn und Bedeutung" från år 1892.[827] Här diskuterar Frege relationen mellan *mening* (Sinn) och *betydelse* (Bedeutung) – företeelser som han alltså behandlar som skilda ting.[828] Mer om denna distinktion strax nedan. I förevarande sammanhang är det dock särskilt en av *premisserna* för Freges resonemang som intresserar. Freges analys är anti-psykologistisk.[829] Den syftar till att separera logiken från psykologin.[830] Han skiljer således noga de språkliga uttryckens mening och betydelse från de subjektiva föreställningar som de enskilda språkanvändarna i varje konkret fall förknippar med dessa uttryck. Greppet har tillskrivits avgörande idéhistorisk betydelse.[831] Den kritiska formuleringen lyder:

> Man måste skilja ett teckens betydelse och mening från den föreställning som förknippas med det. Om ett teckens betydelse är ett föremål som kan varseblivas

[826] Vi kan således använda Frege i historieskrivningen, närmast som ett framställningstekniskt hjälpmedel. Så gör Hacking, a a s 49 ff och 170 ff. Hacking, a a s 51: "I use Frege to designate a specific kind of interest in meaning that has become dominant in one branch of philosophy, just as I might use Weber to characterize a certain concern with meanings that has preoccupied one limb of sociology."

[827] I svensk översättning återfinns uppsatsen – "Om mening och betydelse" – i Frege, Skrifter i urval s 34 ff.

[828] Om översättningen av dessa termer se T Johansson, Frege och idén om det givna s 101 ff.

[829] Tidstypiskt nog. I den tidiga modernistiska kulturen befann sig överlag – torde man kunna säga – subjektivismen, subjektiviteten och subjektet i kris – jfr t ex Cassirer, Axel Hägerström s 37 ff; Horkheimer, The Eclipse of Reason s 87 ff; Vattimo, Utöver tolkningen s 165 ff. Furberg, CaOx s 25, noterar: "Analytisk filosofi inleds i extas över att inte vara inspärrad i medvetandet." Om Freges anti-psykologism se Cerbone, How to do things with wood s 295 ff; T Johansson a a s 37 ff.

[830] Freges sjuttonde kärnsats om logiken lyder: "Logikens lagar kan inte rättfärdigas genom psykologiska undersökningar."; se Frege, 17 kärnsatser om logiken s 12. "Logiken" är Freges intresseområde och det forskningsfält han stakade ut åt sig själv. Jfr T Johansson, a a s 23: "Det väsentliga för Frege är [...] det begreppsliga, kunskapsteoretiska innehåll som hävdas eller påstås, och hur det som hävdas förhåller sig till sanningen."

[831] Se dock Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy? s 51; T Johansson, a a s 24. Den tendens att överdriva Freges originalitet som möjligen kan förmärkas i (äldre) anglosaxisk, analytiskt inriktad litteratur har väl någonting att göra med att man kom att

sinnligt, så är min föreställning om detta föremål en inre bild som uppstått genom erinringar av sinnesintryck som jag haft, och genom såväl inre som yttre aktiviteter. Denna bild är ofta genomsyrad av känslor; tydligheten hos dess enskilda delar är olikartad och varierande. Samma föreställning är inte alltid, inte ens hos en och samma människa, förknippad med samma mening. Föreställningen är subjektiv: den enes föreställning är inte den andres. Därur springer den mångfald av olikartade föreställningar som förknippas med en och samma mening. En målare, en ryttare, en zoolog, förknippar sannolikt mycket olika föreställningar med namnet "Bukefalos". Därigenom skiljer sig föreställningen väsentligen från tecknets mening, som kan vara någonting gemensamt för många, och alltså inte är en del av eller modus hos den enskilda själen; ty man kommer inte att kunna förneka att mänskligheten har en gemensam skatt av tankar, som överförs från generation till generation.[832]

Mening och betydelse är *objektiva* storheter, till skillnad från föreställningar, som är *subjektiva*. Och det betyder, såsom Frege utformar distinktionen, att mening och betydelse är gemensamma, offentliga och enhetliga företeelser, medan föreställningarna är unika, privata och varierande.[833] Denna begreppsbestämning har avgörande metodologiska konsekvenser:[834]

a) Den tycks öppna språket – inte som teckensystem, utan med avseende på dettas begreppsliga innehåll[835] – för vetenskapliga, logiska undersökningar, som kan bedrivas utan att man behöver förlita sig på introspektion eller på empirisk psykologi.

b) Det står klart att det inte från början är givet *vad* begreppen innehåller, eller, för den delen, *hur* de har sitt innehåll.[836] Vi skall alltså inte bli förvånade om en begreppslig undersökning ger ett resultat som vi från början inte hade kunnat föreställa oss. Det objektiva begreppsinnehållet skall som sagt inte förväxlas med våra subjektiva föreställningar.

---

rycka honom ur den tyska kontexten, och så att säga lägga beslag på honom. Russell "upptäckte" Frege och Frege hade, i den analytiska traditionens historieskrivning, först sin plats som Russells föregångare. Mer om Russell och Frege strax nedan i avsnitt 7.3.3.

[832] Frege, Om mening och betydelse s 37.

[833] När jag väljer att kalla den form av kritik som jag bedriver för "språkkritik" är det för övrigt, skulle man kunna säga, i anslutning till denna distinktion (och till den utveckling av tänkandet kring det privata och det offentliga i språket som sker i Wittgensteins sena skrifter).

[834] Om Freges metod se T Johansson, a a s 91 ff.

[835] Terminologisk anmärkning: Begreppsligt innehåll (begriffliche Inhalt) i Freges tidiga skrifter är = mening (Sinn) + betydelse (Bedeutung) efter 1892. Se T Johansson, a a s 23.

[836] Med ett uttryckssätt som vore främmande för Frege, men som jag tror är träffande, skulle man kunna säga att *meningsfrågan står öppen.*

Det som Frege bereder vägen för, är den så kallade logiska analysens metod. Dess grundidé håller samman den analytiskt-filosofiska idétraditionen.[837] I förevarande sammanhang är vi intresserade av denna tradition emedan "den skandinaviska rättighetsdebatten" kan förklaras som en effekt av kollisionen mellan Uppsalaskolans läror och den analytiska filosofin. För att kunna göra kopplingen behövs emellertid ytterligare konkretion, även om det inte är mycket som krävs. Vi behöver blott en något mera handfast förståelse av den analytiska filosofins program och den kan vi nå genom ett lämpligt valt exempel på logisk analys.

7.3.3 Logisk analys i praktiken – Frege och Russell om betydelsebegreppet

> Filosofins syfte är att göra tankarna logiskt klarare.
> Filosofin är ingen lära utan en aktivitet.
> Ett filosofiskt verk består huvudsakligen av förtydliganden.
> Filosofins resultat är icke "filosofiska satser" utan att satser klargöres.
> Filosofin skall göra tankar, som eljest är så att säga dunkla och suddiga, klara och skarpt avgränsa dem.
>
> *Ludwig Wittgenstein (Tractatus 4.112)*

7.3.3.1 Inledning

Låt oss stifta bekantskap – även om det blott kan bli en ytlig sådan[838] – med problematiken kring *betydelsebegreppet*, såsom vi möter denna hos Frege och Russell. Som läsaren skall märka är problemet – deras problem – nära besläktat med det som angår oss i förevarande kapitel av denna avhandling.

[837] Jfr Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy? s 170: "Frege nicely isolates the beginning of a certain tradition of analysis that has been popular with Anglo-American analytical philosophers."

[838] Inte desto mindre blir framställningen i det närmast följande *teknisk*. Just det är emellertid poängen. Den analytiska filosofin var teknisk, och jag tror att det är avgörande för förståelsen av det historiska förlopp som här intresserar – och *därmed* för den större poäng om relationen mellan fakticitet och rättslighet i juridiken som är temat för denna avdelning i avhandlingen – att vi upparbetar någon form av känsla för den analytiska filosofins karaktär, inte blott genom att tala *om* den, utan genom att vi, så att säga, tvingar oss att i någon mån uppleva den. Jag vill inte tappa bort poängen i alltför många ungefärligheter. Våra begrepp om de förflutna är redan tillräckligt luddiga – och det har konsekvenser, också på det konkreta materiellrättsliga planet. Ja, *det* är själva poängen. Återerinringens materiellrättsliga relevans.

Märk att det finns en idéhistorisk länk mellan min egen Wittgenstein-influerade analys av relationen mellan tolkning och utfyllning och den form av analys som beskrivs i detta avsnitt. Frege var viktig för Wittgenstein. De kände varandra personligen. De brevväxlade, också om de grundläggande problemen i logiken, liksom för övrigt även Russell och Frege gjorde.[839] Frege rekommenderade Wittgenstein att studera för Russell.[840] Och Russell blev Wittgensteins lärare, mentor och nära vän – fram till en viss punkt.[841] Wittgensteins "Tractatus" är i viss mening skriven för Russell, och den tar i mycket sin utgångspunkt i Freges läror.[842] Dessa tre utformade tillsammans merparten av den tidiga, vetenskapliga, formella logikens program.[843] Och det är detta program som Wittgenstein i sina senare skrifter tar avstånd från.[844]

[839] Flera av Freges brev till Wittgenstein och Russell finns översatta i Frege, Skrifter i urval. Om Wittgensteins och Freges korrespondens se också Monk, Ludwig Wittgenstein s 136 och 155 ff.

[840] Monk, a a s 43.

[841] Se Blackwell, The Early Wittgenstein and the Middle Russell; Monk, a a s 43 ff.

[842] I förordet till "Tractatus" skriver Wittgenstein: "Jag vill [...] nämna, att jag fått incitament till en stor del av mina tankar från Freges storartade verk och min vän Bertrand Russells skrifter." Se härtill Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 22 ff. Att man inte bör reducera "Tractatus" till ett inlägg i den debatt om logikens grundvalar som Frege och Russell var involverade i poängteras av Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 23 och 167 ff.

[843] Som Rorty, Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language s 53, påpekar: "Wittgenstein's *Tractatus* became the model around which the disciplinary matrix of analytic philosophy was molded." Jfr Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 256: "After 1920, the philosophical techniques introduced in the *Tractatus Logico-Philosophicus* were taken over by the logical positivists of Vienna and the philosophical analysts of Cambridge; and those techniques acquired a central place in the corpus of technical skills and doctrines around which the new and specialized academic enterprises of 'professional philosophy' was growing up."

[844] Här är vi inne på den omdiskuterade frågan huruvida det är någon mening med att göra skillnad på den tidigare och den senare Wittgenstein; se ovan n 373. Så mycket kan väl numera konstateras, att föreställningen om ett brott i Wittgensteins tänkande var, så som den såg ut, beroende av att man först placerade "Tractatus" i en mycket snäv och specifik kontext. Och av detta skäl tvingades man förklara bort mycket av det som är väsentligt för texten – så som den aforistiska *stilen*. Om nu "klarhet" var så viktigt – och man kunde citera "Tractatus" till stöd för uppfattningen att klarhet var absolut avgörande (se citatet under avsnittsrubriken ovan) – varför gav "Tractatus", förment den nya filosofins viktigaste skrift, ett så dunkelt intryck? Jfr Carnap, Der logische Aufbau der Welt s 261: "[Tractatus] ist zwar teilweise schwer verständlich und ungenügend durchgeklärt, aber sehr wertvoll sowohl durch ihre logische Ableitungen als auch durch die

Denna idéhistoriska länk är viktig, men vi kan nöja oss med att i detta skede notera dess existens. Det gör sammanhangen tydligare. När jag kontrasterar min attityd till de juridiska begreppen med de slutsatser som utvunnits ur den så kallade rättighetsdebatten, så *motsvarar* det – i den bemärkelsen att texten byggts upp kring denna analogi – den senare Wittgensteins uppgörelse med det tidiga nittonhundratalets scientistiska filosofi. Det motsvarar också de så kallade neowittgensteinianernas avståndstagande från de mer traditionella (analytiskt influerade) Wittgensteinläsningarna, eller den danska kritiken av Ross, eller de sentida norska försöken att komma tillrätta med arvet efter Eckhoff. Det om detta. Till saken.

7.3.3.2 Sinn und Bedeutung

Frege skiljde begreppens "mening" från deras "betydelse". Varför? Vi kan först notera att uttrycken "mening" och "betydelse" i många fall är utbytbara i allmänt språkbruk, och att vi i konsekvens härmed inte har någon omedelbar känsla för att det är viktigt att skilja de korresponderande begreppen åt. När Frege genomför distinktionen är syftet tekniskt. Han spjälkar dem – analyserar – i syfte att komma tillrätta med en viss filosofisk svårighet (jämför punkt b) ovan). Får vi tro Frege själv[845] handlar

---

ethische Haltung, die aus ihr spricht." Jfr Edmonds-Eidinow, Wittgenstein och Popper s 148 f, som, om Wittgensteins möten med Wienkretsen skriver: "Det hände inte sällan att Wittgenstein vägrade att diskutera filosofi och i stället deklamerade poesi. Vid den här tiden hämtade han sina favoritstrofer från den bengaliske skalden Rabindranath Tagore. [...] Han läste helst med ansiktet mot väggen, och medan hans instängda auditorium av logiker satt och stirrade på hans rygg och ansträngde sig allt de kunde för att inte visa hur otåliga de var, började det kanske gå upp för dem att de hade misstolkat sin Messias budskap." Se vidare Hacker, Wittgenstein: Connections and Controversies s 243 ff.

[845] Frege-exeges är i det närmaste en egen vetenskap, som jag naturligtvis saknar förutsättningar att ge mig in i – det skall inte heller vara nödvändigt. I det följande håller jag mig till Freges egen text. Startpunkten för diskussionen om Freges skrifter är sedan förstaupplagans publicering år 1973 Michael Dummetts ovan nämnda "Frege: Philosophy of Language". Mycket av forskningen, särskilt i senare tid, synes handla om att påvisa bristerna i Dummetts framställning. Se för en diskussion av flera centrala punkter i Freges tänkande samt för litteraturhänvisningar T Johansson, Frege och idén om det givna. Se, angående distinktionen Sinn/Bedeutung, Dummett, a a s 81 ff; T Johansson, a a s 109 ff. Märk att Wennström, The Lawyer and Language s 88 ff, behandlar denna distinktion som ett led i sin utläggning av Wittgensteins diktum "meaning is use".

svårigheten ifråga om *identitetsrelationen* och det sätt på vilket han i sina tidigare skrifter behandlat denna.

> Begreppet likhet manar oss att tänka efter, på grund av de frågor som knyter an till den, och som inte är helt lätta att besvara. Är den en relation? En relation mellan föremål? Eller mellan namn eller tecken för föremål?[846]

Den problemstruktur Frege har i åtanke är följande.[847] Vi utgår från satsen "a = b" – som ju utsäger att identitet mellan a och b föreligger (vad än dessa beteckningar står för). Vad har därmed sagts? Om likhet är en relation,[848] och om analysalternativen är de som Frege ställer upp i det ovan citerade uttalandet, innebär identiteten här antingen:

i. *Föremålet* a (det föremål som tecknet "a" betecknar) är identiskt med *föremålet* b (det föremål som tecknet "b" betecknar). "a = b" synes då betyda att detta samma föremål är identiskt med sig självt. Under förutsättning att a = b, kan vi då lika gärna skriva "a = a" som "a = b". Lika gärna: Det har samma kunskapsvärde.[849]

ii. Identitet råder mellan *tecknet* "a" och *tecknet* "b". Vad vill det säga? Dessa tecken är ju uppenbarligen inte identiska i absolut, eller ens allmänspråklig, mening. Identitetsrelationen måste här vara förmedlad på något sätt och det ligger väl nära till hands att anta att förmedlingen skulle vara funktionell.[850] Tecknets funktion är att beteckna. Säger vi att tecknet "a" är identiskt med tecknet "b" skulle det då betyda att vi kan använda det ena tecknet lika väl som det andra. Dessa tecken fyller samma funktion, vilket går på ett ut med att de används för att beteckna samma föremål.

Ingetdera alternativet tillfredsställer Frege. Det står nämligen klart för honom, att medan satsen "a = a" är trivialt sann, så kan en utsaga som har formen "a = b" förmedla nyvunna insikter och visa sig vara oerhört betydelsefull. Som Frege anmärker:

[846] Frege, Om mening och betydelse s 34.

[847] Här glider jag av pedagogiska skäl över den distinktion mellan egennamn och påståenden som Frege iakttar i sin framställning.

[848] Att så är fallet tycks Frege ta för givet, även om han ställer frågan.

[849] Frege, a st: "Om vi nu betraktar likhet som en relation mellan det som namnen 'a' och 'b' betyder, så verkar inte a = b och a = a skilja sig åt, om a = b är sant."

[850] Frege, a st: "[D]enna relation skulle bara bestå mellan tecknen eller namnen i den mån de benämner eller betecknar något. Den vore en förmedlad relation genom att vart och ett av de båda tecknen förknippats med ett och samma betecknat."

> Upptäckten att det inte är en ny sol som går upp varje morgon, utan alltid en och samma, är en av de mest betydelsefulla upptäckterna inom astronomin.[851]

Hur skall man emellertid kunna förklara vari satsens kunskapsvärde består, om "a = b" antingen måste betyda, att det utpekade föremålet är identiskt med sig självt, eller att man kan kalla något visst föremål "a" såväl som "b". I det förra fallet är det man lyckas säga om föremålet tautologt och innebär alls ingen upptäckt.[852] I det senare fallet blir påståendet att identitet föreligger rent terminologiskt,[853] och man lyckas inte säga någonting *om själva saken.*

Av detta drar Frege slutsatsen att relationen mellan tecknet och föremålet inte kan vara enkel, i teknisk mening.[854] Det är inte blott så att tecknet "står för" föremålet. Vi behöver vara mer precisa. Tecknet, postulerar Frege nu, har såväl *mening* som *betydelse.* När distinktionen första gången dyker upp i texten heter det:

> [M]ed ett tecken (namn, ordsammanställning, skrifttecken) förbind[er vi] inte bara det betecknade, det man kunde kalla tecknets betydelse, utan också det jag skulle vilja kalla tecknets mening, i vilket sättet för något att vara givet innefattas.[855]

Relationen mellan tecknet, betydelsen och meningen tänker sig Frege på följande vis.[856] *Betydelsen*, som alltså är det som tecknet betecknar, ligger i viss mening utanför tecknet, emedan den är det som tecknet så att säga pekar på – eller tillskriver existens. *Meningen* är nu det sätt på vilket detta betecknande sker – här kunde man tala om uttryckets form. Tecknet kan betraktas som en bild av ett sakförhållande: Det representerar någonting (har betydelse) men säger också någonting om sitt objekt (emedan det har mening). En bild kan ju vara smickrande, avslöjande och så vidare. Ett uttryck kan, vidare, ha mening utan att ha betydelse

[851] Frege, a st.

[852] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 216: "'Ett ting är identiskt med sig självt.' – Det finns inget vackrare exempel på en oanvändbar sats som ändå är förknippad med en föreställningslek. Det är som om vi i föreställningen lade tinget i dess egen form och såg att det passade."

[853] Terminologiskt betyder här *godtyckligt.* Frege, a a s 34 f: "Man kan inte förbjuda någon att fatta vilket som helst skeende eller föremål som ett tecken för något annat."

[854] Frege, a a s 35: "En olikhet [mellan a = a och a = b] kan bara komma till stånd genom att skillnaden vad gäller tecknet motsvarar en skillnad i det sätt på vilket det betecknade är givet."

[855] Frege, a st.

[856] Se härtill Frege, a a särskilt s 36 och 39.

(en bild behöver inte föreställa verkligheten).[857] Och samma betydelse kan betecknas med många olika uttryck, som följaktligen har olika mening. Satserna "Han där i pincenén" och "Professor Axel Hägerström" skulle kunna ha samma betydelse, men de har inte samma mening – emedan de i så fall utpekar samma objekt på olika sätt.

I detta ligger alltså Freges lösning på identitetsproblematiken. För att använda det av hans egna exempel som blivit mest berömt: Återskenet från planeten Venus syns bäst vid soluppgång och solnedgång. Efter en antik tradition talar man om "Morgonstjärnan" och "Aftonstjärnan". Betrakta nu satsen "Morgonstjärnan = Aftonstjärnan" – som ju är ett påstående om identitet. Vad som här, enligt Freges analys, utsägs, är att namnen "Morgonstjärnan" och "Aftonstjärnan" har samma betydelse – nämligen planeten Venus – och detta är informativt på grund av att uttrycken inte har samma mening.[858] Att meningen hos dessa uttryck skiljer sig åt, visar sig däri att de inte utan vidare är utbytbara. Tanken i påståendet "Morgonstjärnan är en av solen belyst himlakropp" är således inte densamma som tanken i påståendet "Aftonstjärnan är en av solen belyst himlakropp".[859] Ty: "Någon som inte visste att Aftonstjärnan är Morgonstjärnan skulle kunna hålla den ena tanken för sann, den andra för falsk."[860] Genom att påpeka att identitet här föreligger har vi *följaktligen* verkligen vunnit i kunskap.[861]

[857] Se Frege, a a s 40 f.

[858] Frege, a a s 35.

[859] Frege sätter likhetstecken mellan påståendesatsens mening och dess tanke – den tanke satsen uttrycker. Inte heller tanken är alltså någonting subjektivt, som framgår redan av den ovan vid n 832 citerade passagen. Frege, a a s 40 n 7, preciserar: "Med tanke förstår jag inte tänkandets subjektiva handling, utan dess objektiva innehåll, som kan vara en gemensam egendom för flera." Jfr den svenska avtalsrättens bruk av termerna "subjektivt" och "objektivt" med avseende på rättshandlingens innehåll.

[860] Frege, a a s 40.

[861] Notera detta "följaktligen". Den som är alldeles obekant med filosoferande av det slag som Frege bedriver kan måhända finna att Frege genom sin analys på ett fullkomligt makalöst sätt lyckas krångla till någonting som faktiskt är alldeles självklart. Frege avser emellertid naturligtvis inte att förneka några trivialiteter – tvärtom utgår han från dem i sina försök att finna förklaringar. Vad det för hans del här gäller är idel stora, avgörande saker: Aritmetikens grundvalar, logikens beskaffenhet och konstruerandet av ett idealt vetenskapligt språk som skall vara fritt från motsägelser och andra bristfälligheter. Jfr nedan vid n 871.

7.3.3.3 Kungen av Frankrike är skallig – Russell om denotation

Cambridgefilosofen Bertrand Russell hade i sin "Principles of Mathematics" från år 1903 – ett arbete i vilket han undersökt möjligheterna att återföra matematiken på logiken[862] – försvarat en betydelselära som låg nära Freges.[863] Två år senare kom han dock att publicera en uppsats, i tidskriften "Mind", som innehåller en radikal omtolkning av betydelsebegreppet. Uppsatsen – som bär titeln "On Denoting" – räknas som en av den analytiska filosofins främsta klassiker.[864]

I "On Denoting" intresserar sig Russell för en viss klass av språkliga uttryck, som han kallar "denoting phrases"[865] – vilket för precisionens skull här kommer att översättas till "denoterande fraser".[866] Russell definierar:

> By a 'denoting phrase' I mean a phrase such as any one of the following: a man, some man, any man, every man, all men, the present King of England, the present King of France, the center of mass in the solar system at the first instance of the twentieth century, the revolution of the earth round the sun, the revolution of

[862] I den tradition efter Leibniz – den s k logicismen – som även Frege arbetade inom (se föregående not).

[863] Russell, On Denoting s 207 n 1: "The theory there advocated [i "Principles of Mathematics"] is very nearly the same as Frege's [...]" Man anser dock numera att Russell överskattade likheterna. Se Butler, The Scaffolding of Russell's Theory of Descriptions s 350; Furberg, CaOx s 56 f; Geach, Russell on Meaning and Denoting s 69.

[864] Furberg, a a s 47: "Bertrand Russells 'On Denoting' från 1905 är Cambridge och ofta ansedd som praktexemplet på analytisk filosofi då analytisk filosofi är som bäst."; jfr von Wright, Logik, filosofi och språk s 117 f: "['On Denoting'] är en milstolpe i den analytiska filosofins historia. Russell har själv kallat den sitt viktigaste bidrag till filosofien." Russell, Västerlandets filosofi s 704, skriver om sin teori att den "reder upp två årtusendens förvirring rörande begreppet 'existens', som börjar med Platons *Theaitetos*."

[865] Terminologin ger ett tekniskt intryck och föranleds av tekniska skäl: Russell utesluter *egennamnen* från undersökningen. Se Butler, a a s 351 f; Furberg a a s 51 f; von Wright, a a s 118. De var dessa som Frege för sin del utgick från i "Om mening och betydelse".

[866] Ibland ser man i svensk litteratur översättningen "bestämda beskrivningar" – så t ex hos von Wright, a a s 118 – men den är strängt taget oegentlig. De bestämda beskrivningarna (definite descriptions) är hos Russell en delmängd, låt vara den viktigaste, av de denoterande fraserna. I det följande ignorerar jag skillnaden av pedagogiska skäl. Denotation brukar ju ställas mot konnotation, ett begreppspar som i filosofiska sammanhang vanligen ges en annan innebörd än den allmänspråkliga. Se t ex Mautner (ed), A Dictionary of Philosophy s 80: "The connotation of a term, often called its meaning, is made up of one or more properties which belong to each of those things to which the term applies. The *denotation* of a term is sometimes said to be any object to which the term applies, sometimes the class to which it applies. Thus the denotation of 'white' is any white object, or the class of all white objects."

the sun round the earth. Thus a denoting phrase is denoting solely in virtue of its *form*.[867]

I den på uppräkningen följande slutsatsen, att det är satsens form som gör den denoterande, ligger synbarligen att det är irrelevant för klassifikationen huruvida det sakförhållande som denoteras faktiskt också föreligger – vid tillfället var Edward VII kung av England och solen har, såvitt vi vet, aldrig snurrat kring jorden.

Av Russells egen text att döma, är det som oroar honom när det gäller dessa bestämda beskrivningar, eller denoterande fraser, vissa svårigheter – ur logikerns synvinkel sett mycket allvarliga – som infinner sig när man antar, att de fyller funktionen att representera sakförhållanden, då de förekommer i språkliga uttryck.[868] Det kan tyckas att detta antagande ligger nära till hands. Vad har man ett uttryck som "kungen av Sverige" till, annat än att uttala sig om något förhållande som involverar kungen av Sverige, det vill säga den person som uttrycket avser, eller "denoterar"? Med ett sådant antagande tillstöter emellertid problem så snart det som denoteras inte finns, eller inte ens kan tänkas. Vilka förhållanden uttalar man sig om när man använder uttryck som "den nuvarande kungen av Frankrike" och "den runda fyrkanten"?[869]

"Inga alls – och vad är problemet?", frestas man kanske att invända, om man inte råkar vara upptagen av den unga filosofiska logikens grundfrågor.[870] Vi ser inte vad som står på spel. För Russell var emellertid insatserna höga. Det yttersta målet för hans språkfilosofiska verksamhet var konstruerandet av ett "idealt språk" – ett språk befriat från de naturliga språkens ofullkomligheter, som skulle möjliggöra en direkt återgivning av sakförhållandenas logiska struktur.[871] Och som ett led i utvecklingen av Russells tänkande är teorin i "On Denoting" ingenting mindre än ett försök att närma sig ett svar på frågan: "What are the ultimate constituents of the universe?".[872] Vi kan naturligtvis inte – inte utan betydande ansträngningar – se hur ett svindlande problem som

[867] Russell, On Denoting s 199.

[868] En förenkling av Russell, a a s 201: "difficulties which seem unavoidable if we regard denoting phrases as standing for genuine constituents of the propositions in whose verbal expressions they occur." Se härtill Butler, a a s 354.

[869] Jfr rättighetsbegreppet.

[870] Intresset för dessa kan nu bara vara historiskt.

[871] Se härtill Black, Russell's Philosophy of Language s 144 ff.

[872] Se Black, a a s 138 ff; Butler, a a s 363 f.

detta kan rymmas i Russells synbarligen tekniska analys av de denoterande fraserna. Men, kanske kan vi försöka att ta den *stränga* anda (logikens anda), som utmärker den tidiga analytiska filosofin, på allvar.[873] Det är en fråga om renhet. I analysen är vi ute efter den *korrekta formen* – hos språket.[874] Inga motsägelser kan tolereras. Har vi således skiljt ut de denoterande fraserna som en särskild klass av språkliga uttryck ("a denoting phrase is denoting solely in virtue of its *form*") och antagit att dessa fraser får sin betydelse genom att stå för – referera till – föremål, synes vi förpliktade att hävda, att även en fras som "den nuvarande kungen av Frankrike" på något sätt står för ett föremål av något slag, såvida vi vill hålla fast vid vårt antagande. Även "den nuvarande kungen av Frankrike" har ju den denoterande frasens form. Vill vi inte ta konsekvenserna, och överger tanken på en korrespondens mellan fras och föremål, måste vi finna ett annat sätt att förklara hur de denoterande fraserna kan vara meningsfulla.

Problemet hade ställts på sin spets i och med den österrikiske tänkaren Alexius Meinongs antagande, att *varje* grammatiskt korrekt, denoterande fras står för ett objekt. Även om Meinong tillstår att den nuvarande kungen av Frankrike inte existerar, så skall denne ändå utgöra ett objekt, i egenskap av att vara det föremål som frasen "den nuvarande kungen av Frankrike" denoterar. Så uppfattade i allt fall Russell Meinongs

[873] Jag menar inte att någon annan form av rationalitet skulle vara mindre sträng, i absolut mening. Se ovan n 724. Jag försöker bara att karakterisera Russells stil (jfr Furberg, a a s 55 f). Andan i hans texter (och nu kan vi ta Russell som symbol för det analytiska paradigmet) är avgjort annorlunda än t ex den som kännetecknar den svenska civilrättens. Det är t ex fullkomligt irrelevant för avtalsrätten, att viljeförklaringsbegreppet kan sägas vila på ett cirkelresonemang. Sådant imponerar mer på filosofer. Jfr Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 19, som anmärker att företrädare för rättstridighetsteorin antagligen varit medvetna om att rättstridighetsbegreppet bygger på ett cirkelslut, men avhållits från att gå in på detta "på grund av den vetenskapligt katastrofala konsekvensen". Jag tror för egen del att Lundstedt missbedömer tyngden av sin invändning, och jag misstänker att det har att göra med att han tänker alltför filosofiskt (att han har spenderat alltför mycket tid i Hägerströms begreppsvärld). Jfr Hellner, Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems s 176.

[874] Jfr Furberg, a a s 59: "[Både Moore och Russell] bärs av övertygelsen att filosofi är upptäckt av något okänt samt att det finns en analys som är Den Rätta och *upptäcks*. Russell menar t ex att filosofin kan avslöja att 'existera' i predikatposition ('NN existerar') är en chimär. Ty *den* Rätta Analysen lyder 'Åtminstone en sak är F och högst en sak är F'. Där har 'existera' som logiskt predikat försvunnit."

teori.[875] Med en sådan teori måste vi alltså anta existensen av objekt som inte existerar och som därmed också bryter mot motsägelselagen. Det finns runda fyrkanter emedan grammatiken tillåter oss att hävda deras existens och på andra sätt uttala oss om dem, men det finns ju ingenting sådant som runda fyrkanter. För logikern Russell kunde denna konsekvens omöjligen accepteras:

> [T]his is intolerable; and if any theory can be found to avoid this result, it is surely to be preferred.[876]

Lägg märke till att Russells problem här är parallellt med det problem som Lundstedt såg i Undéns analys av äganderättsbegreppet. Undén hade ju, som Lundstedt bedömde det, med sitt funktionsbegrepp postulerat existensen av företeelser – sådana som äganderätt – samtidigt som han sade sig veta att dessa företeelser inte existerade. På så sätt hade han, menade Lundstedt, invecklat sig i en motsägelse och visat på bristande respekt för sanningen.[877] Men nu gällde det Russells sökande efter en motsägelsefri denotationsteori.

Själv hade Russell tidigare, i Freges efterföljd skiljt "meaning" från "denotation". Med en sådan teori skall, hävdar han, de Meinongska icke-existerande objekten kunna undvikas,[878] men han har funnit att den ändå inte utgör ett adekvat redskap för analysen av de denoterande fraserna. Det visar sig nämligen att inte heller den klarar av de situationer i

[875] Russell, On Denoting s 201.

[876] Russell, a st. Russells reaktion antyder att hans "logik" också har ett materiellt filosofiskt innehåll. Jfr Butler, The Scaffolding of Russell's Theory of Descriptions s 355: "Indeed, Russell has made no secret of the fact that it was the desire to avoid Meinong's unduly populous realm which led him to the theory of descriptions."; Geach, Russell on Meaning and Denoting s 70: "Russell's motive [...] was clearly his 'robust sense of reality' – his laudable dislike of such Meinongian monstrosities as the round square [...]"; se också Black, Russell's Philosophy of Language s 139; Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy? s 70 ff. Jfr Russell, Västerlandets filosofi s 704, som angående sin teori om de denoterande fraserna skriver: "En av följderna av den forskning vi här berör är den, att matematiken detroniseras från den upphöjda ställning den intagit sedan Pythagoras' och Platons tid och att de fördomar mot empirismen skingras som berott därpå."

[877] Den som söker skall antagligen finna en idéhistorisk förbindelse mellan Vaihingers skrifter, den primära källan till Undéns teoretiserande, och Meinongs.

[878] Russell förklarar inte varför så är fallet, men det följer av hans utläggning att han anser att distinktionen mellan mening och denotation i de problematiska fallen ger slutsatsen att de ifrågavarande uttrycken är meningslösa – därmed försvinner behovet av att postulera de icke-existerande men utpekade objektens existens.

vilka den denoterade denotationen, det vill säga det som uttrycket representerar, saknas.[879] Här tar Russell ett exempel till hjälp – och det har blivit lika berömt som Freges Venusexempel:

> If we say 'the King of England is bald', that is, it would seem, not a statement about the complex meaning 'the King of England', but about the actual man denoted by the meaning. But now consider 'the King of France is bald'. By parity of form, this also ought to be about the denotation of the phrase 'the King of France'. But this phrase, though it has a *meaning* provided 'the King of England' has a meaning, has certainly no denotation, at least in any obvious sense. Hence one would suppose that 'the King of France is bald' ought to be nonsense; but it is not nonsense, since it is plainly false.[880]

Så som Russell här tycks förstå förhållandet mellan mening och denotation är meningen *beroende av* sin denotation. Ett påstående som "kungen av England är skallig" handlar inte om meningen hos frasen "kungen av England" utan om det faktiska objekt, den faktiska person, som denna *mening* denoterar ("the actual man denoted by the meaning"). Om påståendets mening denoterar någonting som inte finns, kommer påståendet följaktligen inte att handla om någonting, vilket, synes Russell anta, gör meningen verkningslös: Påståendet blir nonsens ("Hence one would suppose that [it] ought to be nonsense"). Genom att skilja mening från denotation behöver vi visserligen inte, som Meinong, anta att kungen av Frankrike är ett objekt, men vi tvingas synbarligen att förklara påståenden som gäller honom vara nonsens. Och det vill Russell undvika, ty han finner det uppenbart att dylika påståenden inte är nonsens, utan *falska*. Det är denna slutsats som i hans ögon gör det nödvändigt att ställa upp en ny teori, som kan förklara hur denoterande fraser får sin mening.[881]

[879] Russell, a st.

[880] Russell, a st.

[881] Som framgått presenterar Russell sin analys som en kritik av Freges uppfattning. Om läsaren har svårt att få detta att gå ihop så är läsaren inne på rätt spår. Kritiken träffar alls inte Freges distinktion mellan Sinn och Bedeutung, redan av det skälet att Frege mycket väl kunde tänka sig Sinn utan Bedeutung. Se Frege, Om mening och betydelse s 40 f. Geach, Russell on Meaning and Denoting, har hävdat att Russells kritik bäst förstås som en kritik riktad mot den distinktion mellan "meaning" och "denoting" som han själv tidigare hade försvarat. Geach, a a s 72: "Considered as criticisms not of Frege, but of Russell's own [...] theory [från "Principles of Mathematics"], the arguments in *On Denoting* take on a quite different force and relevance. Whether they are valid I shall not here try to determine. It is unfortunate that Russell, like Aristotle, so often distorts others' thought into his own mould; readers of *On Denoting* will find it best simply to ignore his use of Frege's name."

Man kan ha synpunkter på Russells analys – eftervärlden har inte utan vidare velat godta den[882] – men lämnar man detaljerna därhän får man konstatera att Russells huvudtanke appellerar till det sunda förnuftet. Det är ju till exempel inte ovanligt att man konfronteras med påståenden som handlar om saker som, såvitt man själv vet, *möjligtvis* existerar. Låt säga att man får höra att kungen av Sri Lanka är skallig. Det måste bära emot att anta, för det fall att man inte vet hur det är ställt med statsskicket på Sri Lanka, att detta påstående *skulle kunna* vara ett stycke nonsens – vilket strängt taget torde betyda att det skulle kunna vara obegripligt. Däremot är vi väl öppna för att påståendet skulle kunna visa sig vara falskt.[883]

Det pris vi får betala för att följa denna instinkt är emellertid högt. Här landar vi nämligen i en ny paradox. Om påståenden som innehåller denoterande fraser utan denotation är falska, snarare än meningslösa, kan inte de denoterande frasernas funktion i dessa fall rimligen vara att stå för – referera till – föremål. Vi vill ju inte anta existensen av föremål som inte finns. Men det skulle innebära att påståenden som gör användning av "denoterande fraser" egentligen inte handlar om föremål ... vilket kanske låter märkligt. Russell räds emellertid inte att dra den logiska konsekvensen av sitt resonemang:

> [W]e must either provide a denotation in cases in which it is at first absent, or we must abandon the view that the denotation is what is concerned in propositions which contain denotating phrases. The latter is the course that I advocate.[884]

Russells nya teori innebär följdenligt att den korrekta analysen av ett påstående som innehåller denoterande fraser förutsätter en omtolkning, som helt enkelt eliminerar de denoterande fraserna – någonting som Russell menar låter sig göras utan att påståendets logiska innebörd går förlorad. Tvärtom egentligen: Analysen gör den logiska innebörden klar,

[882] Inom ramen för den analytiska traditionen är den mest kända uppgörelsen med Russells syn på denotation P F Strawsons år 1950 publicerade uppsats "On Referring" (även den i Mind). Se Furberg, CaOx s 45 ff, som ställer Russells uppsats mot Strawsons i syfte att åskådliggöra den analytiska filosofins utveckling (från Cambridge till Oxford, från "On Denoting" till "On Referring" m fl symboliska förskjutningar).

[883] Anmärkas bör att exempel av detta kontextualiserande och subjektiviserande slag är främmande för Russells tänkande – men här åberopar jag ju "det sunda förnuftet", inte Russell. Jfr Russells sätt att göra motsvarande poäng – med en konditional sats hämtad ur Shakespeares "Stormen" – i Russell, On Denoting s 202.

[884] Russell, a st.

ty den befriar satsen från de element som givit upphov till våra problem. Genom att visa att de denoterande fraserna logiskt sett kan undvaras, försvinner incitamentet att ge sig in på ett laborerande med denotationer. Vi behöver inte ställa frågan var det föremål, som påståendet handlar om, är. Och vi behöver inte reda ut hur detta föremål förhåller sig till satsens mening. Hur ser då den Russellska översättningsoperationen ut? Ja, påståendet "Kungen av Frankrike är skallig" borde, korrekt analyserat, bli:

> En och endast en entitet har egenskapen att vara Frankrikes nuvarande kung, och denna entitet har egenskapen att vara skallig.[885]

I denna tolkning av satsen förekommer inte frasen "kungen av Frankrike", frågan vad denna fras står för uppkommer inte och vi kan snabbt se att påståendet, som uppenbarligen är meningsfullt, faktiskt är falskt. Någon som är alldeles obekant med logiken skulle möjligtvis kunna finna det vara ett billigt trick, att byta ut "kungen av Frankrike" mot "en entitet", men reellt sett är det denna substitution som ger analysen dess styrka. "Entitet" är här inte en denoterande fras, utan en variabel – lika gärna hade man kunna skriva "någonting, vadsomhelst", eller "x" – vilket något oegentligt skulle kunna uttryckas så, att den denoterar allt och ingenting.[886] Man skulle kunna påstå, att Russells analys visar – om man håller den för god – att de denoterande fraserna, när de förekommer i det naturliga språket, bidrar till meningen hos den sats i vilken de ingår, utan att själva ha mening. Dessa fraser står de facto, det vill säga logiskt sett, inte för någonting. Russell:

> This is the principle of the theory of denoting I wish to advocate: that denoting phrases never have any meaning in themselves, but that every proposition in whose verbal expression they occur has a meaning.[887]

Sammanfattningsvis trodde sig Russell vid tillfället ha demonstrerat, att hela den problematik som är förbunden med föreställningen om bety-

[885] Tillämpning av formeln hos Russell, a a s 205, som – anmärker Russell, a a s 207 n 12 – blott utgör en förenklad variant. Kvalifikationen "nuvarande" skall ta hand om tidsproblematiken. Angående tillämpningen av Russells analys jfr Black, Russell's Philosophy of Language s 139; Strawson, On Referring s 217; von Wright, Logik, filosofi och språk s 118.

[886] Som Black, a a s 140, uttrycker det, kommer Russells analys utan "prior commitment to any epistemological theses".

[887] Russell, a a s 200. Jfr Russell, a a s 204: "According to the view which I advocate, a denoting phrase is essentially *part* of a sentence, and does not, like most single words, have any significance on its own account."

delsen som en länk mellan den betecknande frasen och det betecknade föremålet[888] – den problematik som förmått andra filosofer att postulera existensen av de för Russell så störande icke-existerande objekten – var överflödig.[889] Språket dolde här sin egentliga logiska form. Vi behövde bara analysen för att se det. Det var Russells övertygelse.[890]

7.3.4 Avslutning – den logiska analysens program

> [The new philosophy] represents, I believe, the same kind of advance as was introduced into physics by Galileo: the substitution of piecemeal, detailed, and verifiable results for large untested generalities recommended only by a certain appeal to imagination.
>
> *Bertrand Russell*

Vi har nu bekantat oss med Frege, det analytiska paradigmets föregivna anfader, med Russell, vid sidan av G E Moore sinnebilden av den analytiska filosofen,[891] och med den specifika problematik som framför andra binder Frege och Russell samman idéhistoriskt.[892] Vad har vi lärt oss? Vi kan säga att den unga analytiska filosofin tog formen av ett ambitiöst

[888] Jag bortser här ifrån att Russell inte diskuterar egennamnen i "On Denoting".

[889] Russell, a a s 205, kunde nöjt konstatera: "The whole realm of non-entities, such as 'the round square', 'the even prime other than 2', 'Apollo', 'Hamlet', etc., can now be satisfactorily dealt with. All these are denoting phrases which do not denote anything."

[890] I förordet till Tractatus skriver Wittgenstein: "Boken behandlar de filosofiska problemen och visar – som jag tror – att formuleringen av dessa problem beror på ett missförstånd av vårt språks logik."

[891] Furberg, CaOx s 16, sätter i detta avseende Moore framför Russell: "[Moore] är *den* analytiske filosofen i styrka och svaghet."

[892] Med dessa hållpunkter kan man projicera *en viss* bild av "den analytiska filosofin". I litteraturen finner man många olika sådana bilder. I t ex "CaOx" fokuserar Furberg på Moore, Austin och Strawson – det ger en annan bild. Jfr Wennström, Bör den allmänna rättsläran omorienteras? s 9 ff, som utgår från Carnap. En sak är de symboler man använder. Än viktigare är antagligen *syftet* med historieskrivningen. Furberg skriver inifrån och retrospektivt, för yngre forskare och för eftervärlden om spännvidden och de gradvisa förskjutningarna i det som var "analytisk filosofi". Wennström skriver mot den analytiska filosofin. Hans beskrivning är ett led i en argumentation i en stridsskrift och syftar till att påvisa att den analytiska filosofin hörde modernismen till, varför ämnet allmän rättslära, enligt Wennströms uppfattning, bör överge den analytiska filosofins klassiska ideal. Jag hoppas att läsaren inte känner sig osäker på vilka *mina* syften varit. Det skall framgå av texten – jag hänvisar dit (hit).

språkfilosofiskt program.[893] Frege och Russell hade båda problem med språket. I deras logiska perspektiv sett är språket inte rent och eftersom det inte är rent ger det upphov till begreppsliga svårigheter.[894] Som analys är filosofin egentligen inte en lära, utan en verksamhet. Filosofera är, att försöka komma tillrätta med de oklarheter som det naturliga språket är bemängt med. Och resultatet visar, när analysen är framgångsrik, hur svårigheterna kan undanröjas genom att de givna, oklara språkliga uttrycken ersätts med väldefinierade, logiska uttryck. Det som eftersträvas är *klarhet*. Ursprungligen var målet, som ovan nämnts, att avtäcka det Ideala språkets konstruktion, och i detta språk skulle man för första gången kunna beskriva världen sedd ur sträng vetenskaplig synvinkel. Programmet var internationellt, öppet och i ett särskilt, intressant hänseende icke-dogmatiskt. Inom programmets ramar finns det ingen möjlighet att låsa sig till någon viss lära, avseende något visst filosofiskt problem. Ty analysen kan alltid utvisa att de hittills uppställda teorierna inte håller streck. I materiellt hänseende är det analytiska paradigmet synbarligen tomt. Man kan vara analytisk filosof oavsett vilken analys man föredrar (så länge det är analys man ägnar sig åt). I detta skiljer sig den analytiska filosofin tydligtvis från Uppsalafilosofin – man skulle kunna säga att den är mer trovärdig i sin scientistiska stans. Uppsalafilosofin låter sig enklare avfärdas som dogmatisk.[895]

[893] Det är antagligen inte rättvist mot Frege – att det inte är rättvist, är en av de bärande tankarna i T Johansson, Frege och idén om det givna – men det ger, tror jag, ett korrekt uttryck för den analytiska filosofins *självbild*. Dummetts stora verk om Frege bär ju den talande titeln "Frege: Philosophy of Language".

[894] Jfr den senare Wittgensteins vilja att förlika sig med språkets beskaffenhet.

[895] Den analytiska filosofins dogmer ligger på ett annat plan. Rorty, Philosophy as Science, Metaphor, Politics s 21: "Analytic philosophers are not much interested in either defining or defending the presuppositions of their work. Indeed, the gap between 'analytic' and 'non-analytic' philosophy nowadays coincides pretty closely with the division between philosphers who are not interested in historico-metaphilosophical reflections on their own activity and philosophers who are." Har t ex någon tänkare någonsin strävat efter någonting annat än *klarhet*? Hegelianernas tänkande är inte oklart i absolut mening, men de företräder ett annat klarhetsideal... Jfr Wennström, a a s 11 f. Se härtill ovan vid n 536.

7.4 Hedenii fadermord – det Hägerström-Lundstedtska misstaget

Civilrättaren har i den föregående redogörelsen för den tidiga analytiska filosofins försök att komma tillrätta med betecknandets problematik kunnat känna igen den tankegång som slog igenom i skandinaviskt rättstänkande i och med den så kallade rättighetsdebatten och som vi fortfarande stödjer oss på när vi upprepar att det eller det rättsliga begreppet är ett "kopplingsbegrepp". Länken är inte blott logisk, utan historisk – låt oss se hur trådarna kan flätas samman.[896]

Det analytiskt-filosofiska tänkandet vann småningom insteg också bland Uppsalas filosofer, det vill säga vid Hägerströms egen fakultet. På detta område, som på så många andra, skulle den tyska kulturen lämna plats för den engelska – en rörelse som i princip förutsatte ett generationsskifte: Kultur och skolning hänger samman. Den tyska filosofin efter Kant var den äldre generationens hela värld, och hörde man till denna generation hade man antagligen inte kunnat ta till sig den nya engelska filosofin om man så hade velat. Här kan man verkligen tala om skilda paradigm, eller mer konkret om skilda språk. En illustration ger Uppsalafilosofen Konrad Marc-Wogaus belägenhet i början på 40-talet – mellan paradigmen. Svante Nordin berättar:

> Marc-Wogau upplevde till en början särskilt starkt isoleringen från samtida engelsk filosofi. I ett brev till Petzäll 14-2-1943 talar han om sin önskan "att komma i kontakt med Cambridgeskolans filosofer" och nämner sina dåliga engelskkunskaper som ett hinder. Marc-Wogau tillhörde [...] den äldre skola av filosofer som helst skrev på tyska. En debatt med Cambridgeskolans företrädare, enkannerligen Broad, lyckades han dock få till stånd genom några på tyska skrivna arbeten.[897]

Framförallt var det i och med de yngre filosoferna Anders Wedberg och Ingemar Hedenius som den analytiska filosofin kunde ta över efter

[896] I framställningen ovan skymtar G E Moore blott förbi. I framställningen nedan förtiger jag Adolph Phaléns roll, just som jag förtiger åtskilligt som det vore nödvändigt att nämna för att bilden av de ifrågavarande historiska förloppen skulle bli komplett. Jag eftersträvar dock inte fullständighet, utan försöker driva ett resonemang – på det för den "deskriptiva kritiken" kännetecknande indirekta, uppvisande, sättet.

[897] Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 173 f.

"Uppsalafilosofin".[898] Vändningen kom under det andra världskriget – och det var väl ingen slump. Om man vill kan man vara precis i dateringen. År 1941 publicerades dåvarande docenten Hedenius skrift "Om rätt och moral", en bok som har ansetts markera det svenska genombrottet för idéerna från Cambridge.[899]

I "Om rätt och moral" isoleras och kritiseras den samhällsfilosofiska sidan av Hägerströmianismen.[900] Det gäller Hägerströms moralkritik och det gäller hans rättskritik. Hedenius kritiserar och stöper om – efter engelsk förebild – i syfte att bevara "det väsentliga" i Hägerströms lära.[901] Såvitt Hedenius förstår, har vi ändå att "räkna med [denna] som ett *uppslag* [min kurs] av stor betydelse".[902]

Ansatsen är tydlig redan i Hedenius sätt att – inledningsvis och liksom i förbifarten – ange objektet för Hägerströms teoretiserande. Det som Hedenius avser att behandla är Hägerströms "teori om innebörden av moraliska och rättsliga satser".[903] Denna formulering förutsätter, och är

[898] Nordin, Ingemar Hedenius s 120: "Marc-Wogau, Hedenius och Wedberg känner vi som gamla vänner, vilka tillhört [Uppsalaskolan] men som strax före och under kriget orienterat sig bort från den ortodoxa Uppsalafilosofin i riktning mot anglosaxisk analytisk filosofi. Detta gällde i synnerhet om Hedenius och Wedberg, men även Marc-Wogau hade följt med, om än med långsammare steg." Jfr dens, a a s 9: "Jag minns [Hedenius] utläggningar om hur [...] engelska namn uttalats i Uppsala på trettiotalet. Hume uttalades just så och då Hedenius vid ett tillfälle försökt förbättra uttalet till Jume blev han uttittad." Jfr Olivecrona, Anm av Lundstedt, Legal Thinking Revised s 553, som konstaterar att Lundstedt, i det arbete som skulle sammanfatta dennes rättsteoretiska livsgärning, på engelska helt oavsiktligt talar bla om den bakgrund för rätten som befinner sig längst från kroppens mittlinje.

[899] Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 150: "[I] efterhand står det klart att här [tillämpas] den internationella analytiska filosofins (främst Cambridgeskolans) arbetsmetoder för första gången på ett genomtänkt sätt och på bred front [...] av en svensk filosof. [...] [D]en står i portalen till en ny epok i svensk filosofi." Som framgår av Hedenius förord till "Om rätt och moral" hade mycket av materialet i annan form tidigare publicerats i tidskriften Tiden.

[900] Hedenius, Om rätt och moral s 14 f, lyfter ut denna aspekt med hänvisning till att det är i denna som Hägerström har sin styrka. Hedenius, a a s 14: "Hägerströms bestående insatser [är] icke att söka bland hans teoretiskt-filosofiska resonemang." Nordin, a a s 150 f, har anmärkt, att grunden för Hägerströms kritiska värdelära försvinner med denna separation. Jfr Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 130 ff.

[901] Hedenius, a a s 15: "Den s k värdenihilismen skall [här] formuleras annorlunda än vad som brukas hägerströmianer emellan."

[902] Hedenius, a a s 14.

[903] Hedenius, a st.

en tillämpning av, den nya syn på filosofins grundläggande uppgifter som Hedenius själv bekänner sig till och som han hela tiden faller tillbaka på i sin kritik av Hägerström. Det låter sig hävdas att Hedenius behandling av Hägerström är akontextuell, vilket vill säga att den inte är exegetisk. Vad menas med detta?

Vad gäller de "rättsliga satserna" – som vi kan fokusera på här – så bygger Hedenius huvudinvändning på, att Hägerström, och Lundstedt med honom, inte har insett den filosofiska *meningsfrågans* betydelse. Och "meningsfrågan" är här just den revolutionerande grundfråga som den analytiska filosofin utgår från – i denna filosofis autobiografiska version av förloppet, den som vi bekantade oss med ovan. Meningsfrågan är Freges fråga. För Hedenius definierade denna, ett knappt halvsekel efter "Über Sinn und Bedeutung", filosofins uppgift:[904]

> Filosofiens uppgift, den logiska analysen, är att utforska meningen hos vissa allmänna termer, vilka utgöra det vetenskapliga språkets centralaste ingredienser.[905]

Om det är detta som filosofi handlar om, så är det detta som Hägerström har gjort. Han har uttalat sig om meningen hos vissa språkliga uttryck. Och det alldeles oavsett vad han själv *ansåg* sig ha gjort. Ty den mening som man i den filosofiska analysen är ute efter att klarlägga, är inte beroende av vad den enskilda språkanvändaren – här Hägerström – tror sig ha menat. Ur den nya vetenskapliga filosofins synvinkel sett är, till exempel, Hägerströms rättskritik att betrakta som ett bidrag till teorin om de rättsliga satsernas innebörd. De aspekter i hans texter som inte låter sig gestaltas så, får vi bortse från.[906] *Således* kan Hedenius hävda att Hägerström har framlagt en teori om de rättsliga satsernas mening, samtidigt som han kan göra gällande att den främsta bristen i denna teori är avhängig det faktum att upphovsmannen inte har insett att meningsfrågan är central. Hägerström har inte insett vad han har gjort och hans

[904] Inte för att Hedenius själv åberopar Frege (däremot åberopar han Russell).

[905] Hedenius, a a s 75.

[906] Anders Wedbergs huvudarbete är en filosofihistoria i tre band, som spänner över filosofins hela historia från antiken till Wittgenstein. Det som utmärker arbetet är dock den konsekvent analytiska hållningen. De filosofier Wedberg behandlar omtolkas till att gälla just den "teoretiska meningen" hos våra grundbegrepp – "sanning", "kunskap", "rättvisa" etc. Historieskrivningen är medvetet ahistorisk, och föranledde – som framgår av en efterskrift till andra upplagan av Wedberg, Filosofins historia. Antiken och medeltiden – från idéhistoriskt håll kritiken "att boken bröt mot 'god (humanistisk) historisk metod' och därigenom på något sätt var fundamentalt inadekvat".

resonemang är därför förvirrat – det skulle kunna sägas vara kontentan av Hedenius analys. Men låt oss se lite närmare på argumentationens uppbyggnad. Exakt vilket misstag var det som Hägerström enligt Hedenius hade begått?

Som vi har sett var Uppsalaskolan fientligt inställd mot det juridiska språket. Och fientligheten hade sin grund i att man ansåg att detta var genomträngt av vantro – av magiska föreställningar, sådana som att det skulle finnas en vilja bakom rätten som förlänade denna egenskapen att vara bindande.[907] Man kan nu inte, enligt skolans lära, bibehålla den hittillsvarande rättsliga terminologin, utan att få med hela det koppel av metafysiska idéer som denna förutsätter – det var ju Lundstedts invändning mot det Undénska funktionsbegreppet.[908] Det juridiska språket hindrar oss således att se de egentliga realiteterna – det så kallade *rättsmaskineriet*, en entitet som i Hägerströms och Lundstedts skrifter framträder som någon form av social eller socialpsykologisk mekanism.[909] Det är följaktligen om denna vi borde tala för att uttrycka oss realistiskt i juridiken.

Vad gäller till exempel *fordringsrätten* utgörs det faktiska underlaget enligt Lundstedt först och främst av det incitament som uppstår hos gäldenären i och med att denna kan tvingas att utge skadestånd, eller komma att utsättas för handräckningsåtgärder.[910] Till detta kommer verkan av processkostnaderna och eventuella vitesföreläggande, samspelet med "av hela rättsmaskineriets uppehållande alstrade känslor av plikt att handla i enlighet med gällande kända rättsregler", "reflexverkan från andra rättsområden", särskilt då "de genom straffbudens uppehållande

[907] För detta exempel se särskilt Hägerström, Är gällande rätt uttryck av vilja?

[908] "Men vari består länken mellan metafysiken och terminologin? Varför måste kopplingen vara nödvändig?" För att förstå Uppsalakolans ståndpunkt här hjälper det att tänka *tyskt* – i termer av begrepp och begreppsanalys. Ordet "rättighet" visar tillbaka på begreppet och detta kan visas vara "omöjligt" – genom en begreppsanalys av Hägerströmskt slag. Säger vi "rättighet" ger vi således uttryck för en logiskt omöjlig (och därmed ovetenskaplig) idé.

[909] Om denna metafor se särskilt Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 15 f.

[910] Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 119.

alstrade moralinstinkterna", viljan att vårda sitt eget anseende inom affärsvärlden och så vidare.[911] Lundstedt sammanfattar:

> Att människor i allmänhet låta det psykiska trycket av alla nu antydda faktorer dirigera sina handlingar på ifrågavarande område, så att kontrakt och andra utfästelser fullgöras, så att skador, som tillfogats andra, frivilligt ersättas osv – detta är den väsentliga realiteten i vad som kallas obligation.[912]

Det sticker kanske läsaren i ögonen, att Lundstedt i stor utsträckning använder vanlig juridisk terminologi för att beskriva sina "realiteter". Bara i den nu citerade passagen figurerar begreppen *kontrakt, utfästelse, fullgörelse, skada, ersättning* och *obligation* (det vill säga fordringsrätt).[913] Faller då inte Lundstedt på eget grepp, som offer för den invändning han riktat mot Undén och andra? Det beror på hur man ser det. Naturligtvis hade Lundstedt själv sett problemet och självklart ansåg han sig gå fri. Det synes för hans del handla om huruvida man sett igenom rättsideologin eller inte.[914] När *han* använder de bekanta rättsliga begreppen, sker det i full medvetenhet om att dessa inte kan försvaras vetenskapligt. Han använder, som han själv ser det, blott *orden* – och det först efter det att han klarlagt, att de ifrågavarande begreppen måste förkastas.[915] Vad gäller rättighetsbegreppet heter det bland annat:

> Enligt vad jag sökt utreda finns det ju inga rättigheter, ehuru jag medgivit, på grund av språkbruket, att ordet kunde användas såsom *blott och bart ett ord* för att beteckna vissa realiteter, vilka det är logiskt omöjligt att inrangera som rättigheter.[916]

Det viktiga är, så att säga, vad man *siktar på* när man använder den rättsliga terminologin: Metafysiska begrepp eller rättsmaskineriets realiteter.

[911] Lundstedt, a a s 120.

[912] Lundstedt, a a s 121 (hos Lundstedt står hela passagen i spärrad stil). Jfr t ex Hägerström, Om social rättvisa; Olivecrona, Om lagen och staten s 90 ff; se härtill Hellner, Scandinavian Legal Realism in the Law of Contract s 55 ff.

[913] En konkret illustration av tanken att vi inte kan forcera språkets gränser. Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 311, anmärker: "Till och med anhängare av Uppsalaskolan argumentera ju med rättigheter och skyldigheter i stort sett som alla andra." Se också Ross, Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s 228 f; Undén, Några reflexioner om termen gällande rätt s 291 f.

[914] Se t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 129.

[915] Se t ex Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 121.

[916] Lundstedt, a a s 124; se för andra ex dens, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 30 och 35; dens, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 127.

Och för att kunna sikta på de senare måste man ha kommit till insikt, det vill säga ha accepterat Hägerströms teorier.

Det är tydligt att språket står i vägen för denna lära.[917] Lundstedt vill alltså lösa problemet genom att betona att han använder orden blott som ord. En annan möjlighet att visa att man är av den rätta tron, som utnyttjades av somliga av Uppsalaskolans proselyter, ligger i att sätta åtminstone de farligaste orden inom citationstecken (inte äganderätt, utan "äganderätt").[918] Jämför också Olivecronas teknik att tala om "lagen", istället för om "rätten".[919]

Dessa obekväma tekniker är måhända ett symptom på, att det är någonting som är galet med Uppsalaskolans inställning till språket. För Hedenius stod det klart att så var fallet,[920] och det fel som hade begåtts kallade han "det Hägerström-Lundstedtska misstaget". Hedenius beskriver misstaget:

> Den enkla invändningen mot hela detta betraktelsesätt är, att *om* det finns realiteter sådana att de kunna avses med orden "den eller den regeln gäller", och *om* det finns någon viss, beskrivbar beskaffenhet hos det som vi kalla "en persons ägande-

[917] Jfr Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 29: "På grund av arten av min kritik av rättsvetenskapen har terminologien stundom *måst* bliva besvärlig." Lundstedt fortsätter i en fotnot: "När man utför en vetenskaplig kritik av *den* genomgripande art, som jag företagit mig, är det ganska tydligt, att tankarnas *formulering* ofta måste vålla svårigheter, också bortsett från dem som sammanhänga med terminologien. En ordryttare skall därför säkerligen finna ett givande fält i mina skrifter."; Lundstedt, a a s 29 n 1. Jfr ovan vid och i n 550.

[918] Undén, Några reflexioner om termen gällande rätt s 288: "[Lundstedts] språkliga puritanism [...] har gripit omkring sig bland en del yngre författare i Sverige. Man bevisar sin inblick i mysterierna genom att göra en allmän reservation mot begreppen 'rättighet', 'gällande rätt', 'materiell rätt' etc för att sedan med lättat samvete bruka de förkastliga begreppen till klarläggande av sina tankar, ställvis kanske med tillfogande av citationstecknet såsom besvärjelseform mot den fruktade ordmagins inflytande."; jfr Horkheimer, Eclipse of Reason s 15 f. Se t ex Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp. Del II, som driver sina analyser genom att konfrontera den dittillsvarande doktrinens begrepp med olika "praktiska" problem, vilket föga förvånande leder till ett underkännande av begreppens giltighet. I processen sätter han de traditionella termerna inom citationstecken – "äganderättens övergång", "rättsverkan", "överlåtelse" etc. Den första källhänvisningen går till Lundstedt och utgångspunkten för resonemanget är tanken att den äldre juridiken felaktigt antagit existensen av "en särskild 'rättslig' värld"; se Malmström, a a s 8 f.

[919] Se t ex Olivecrona, Lagens imperativ s 54 f.

[920] Hedenius, Om rätt och moral s 79 f, nämner samtliga de tekniker som jag uppmärksammar i föregående stycke.

rätt", och *om* man kan tala om vad slags saker det är man inom straffrätten vill täcka med ordet "rättsplikt", så betyder det detsamma som att termerna "gällande rättsregel", "äganderätt" och "rättsplikt", just sådana de används i vanligt juridiskt språkbruk, icke äro meningslösa ord. Satsen "detta är min äganderätt" måste vara en sann sats varje gång en realitet av det slag "som vi kalla en persons äganderätt" föreligger samtidigt som personen ifråga är jag. På analogt sätt, naturligtvis, med satsen "denna rättsregel gäller" och satsen "detta är min rättsliga plikt" och alla andra [...] rättssatser. Det finns, med andra ord, både gällande rättsregler, rättigheter och rättsplikter.[921]

Finns det en realitet bakom orden så är orden meningsfulla och vi har ingen anledning att ta avstånd från dem. Nu tycks Hägerströms och Lundstedts rättskritik på ett lustigt sätt vara missriktad. Men hur har man kunnat undgå att se detta? Hedenius framhåller att invändningen just är "så enkel, att man måste fråga hur det är möjligt att en i många avseenden så skarpsinnig rättsfilosof som Lundstedt kunnat utsätta sig för den på detta flagranta sätt". Tack vare det avstånd som skiljer oss från Hedenius – vi ser till exempel inte Cambridgefilosofin som den vetenskapliga filosofins framtid, utan som ett avslutat kapitel[922] – skulle vi för vår del emellertid kunna vända på frågan och rikta den mot Hedenius. Hur kunde *han* tro att Hägerström och Lundstedt begått ett så enkelt misstag?

Ville man ställa upp tumregler för den idéhistoriska exegesen skulle en av dem kunna gå ut på, att man bör reagera med misstänksamhet när man kan notera att en författare påstår sig ha funnit uppenbara felaktig-

[921] Hedenius, a a s 69 f.

[922] Det finns en betydande kontinuitet mellan mycket av den akademiska filosofi som idag bedrivs i den anglosaxiska världen och den tradition som utgick från Russell och Moore, men förändringarna i syftning och metodologi har varit stora. Dagens "analytiska filosofi", har inte mycket gemensamt med det historiska fenomen som jag försökt ringa in här och i det föregående (Frege, Russell, meningsfrågan, Cambridge etc). Jfr Furberg, CaOx s 8: "'Analytikerna' har själva funnit svagheter i ursprungspositionerna och ändrat sig för att råda bot på dem. Det finns ingen anledning att tro att omvandlingen tar slut där min bok sätter punkt [i Oxford vid sjuttiotalets slut]. Men den som bevarar beteckningen *analytisk* filosofi för återstoden är sentimental. Den kognitiva innebörden är sin kos." Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 264 och 267: "By the mid-1970s Oxford's sun was setting. [...] By the mid-1980s, Anglophone philosophy had lost any distinctive marks." Många av de ledande amerikanska filosoferna, som influerats av bl a Quine, amerikansk pragmatism, den senare Wittgenstein och Heidegger, brukar man ibland sortera in under beteckningen postanalytisk filosofi – hit får man räkna namn som Davidson, Cavell, Putnam och Rorty.

heter hos sina föregångare. Inte för att sådana påståenden inte skall tas på allvar, utan därför att de möjligtvis signalerar, att utvecklingen nått en punkt vid vilken det plötsligt blivit svårt att läsa föregångarna på deras egna villkor. Jag tror att det är ett sådant fall som vi har att göra med här. När Hedenius identifierar det Hägerström-Lundstedtska misstaget, så är det inte en intern motsägelse i Uppsalaskolans teoribildning som han har hittat. Reellt sett är det snarare så att han helt enkelt konstaterar, att denna teoribildning inte möter de krav på vetenskaplighet som uppställs i "nyare filosofi" – det vill säga i Cambridge. Hedenius invändning är, att Hägerström och Lundstedt inte bedriver analytisk filosofi. Om man hårdrar det.

Hedenius finner således förklaringen till, att Hägerström och Lundstedt kunnat begå det ifrågavarande misstaget, i att de förbisett "problemet om vad teoretisk 'mening' innebär", och det gäller då "sådan mening, som kan tillkomma föreställningar och påståenden eller ord och satser."[923]

> Detta problem framstår alltmer som ett av filosofiens centralaste. Jag vet inte, hur Hägerström tänkte sig, att det skulle lösas. Ingenting tyder på att han fattade det som en fråga av någon större betydelse.[924]

Detta utsäger tydligt att Uppsalafilosofin är passé. Det avslöjar också vad som skall ha efterträtt den – för det är en *viss* form av mening som Hedenius här har i tankarna, nämligen den som man är ute efter i "den logiska analysen".[925] Hedenius förklarar själv meningsteorins grunder – och som för att illustrera det idéhistoriska faktum att "meningsfrågan" i Freges och Russells version aldrig var öppen, utan förutsatte en viss inriktning, framhåller han att det rör sig om några "lättfattliga [...] punkter" som "förefalla att vara otvivelaktigt riktiga".[926] Utgångspunkten för Hedenius redogörelse är denna:

> Man kan säga, att en sats' mening utgöres av det sakförhållande, vars existens gör satsen sann. Naturligtvis behöver något sådant sakförhållande icke alltid föreligga, när en motsvarande sats föreligger – det finns ju satser som ha mening utan

[923] Hedenius, a a s 70 f.
[924] Hedenius, a a s 71.
[925] Och logisk analys är ju vad filosofi, enligt Hedenius, numera handlar om. Se ovan vid n 905.
[926] Hedenius, a st.

att vara sanna. Men ett sakförhållande, som är sådant, att *om* det föreligger, så är en viss sats sann, är identiskt med satsens mening.[927]

Hedenius tillstår att definitionen är otillräcklig och i behov av preciseringar, men han gör gällande att den säger någonting väsentligt om vad satsers mening är för något. Läsaren torde känna igen ansatsen från ovanstående redogörelse för Freges och Russells analyser av betydelsebegreppet. Två av de viktigaste konsekvenserna av denna ansats är – i förevarande sammanhang – *för det första,* att satsens mening i sig inte har någonting överhuvudtaget att göra med enskilda individers själsliv, med vad de upplever eller föreställer sig under det att de använder eller på andra sätt kommer i kontakt med satsen,[928] och *för det andra,* att meningen, som vi nu kan efterforska genom att ställa frågan under vilka villkor satsen ifråga skulle vara sann, kan visa sig vara någonting oerhört komplicerat, som kräver en förfinad logik och kanske också vetenskapliga landvinningar.[929] Vi är ju ute efter sakförhållanden vilkas existens skulle göra satsen sann.[930] Vad menar till exempel någon som påstår sig vara hungrig? Med den nu angivna utgångspunkten leds man in på undersökningar av relationen mellan hungerkänslor och hungerns fysiologiska betingelser, med mera.[931] Logiken behöver inte bereda mindre problem. För att visa på svårigheternas art tar Hedenius ett exempel från Russells analys av de naturliga talen, som han menar "torde vara ett av nutidens intressantaste uppslag inom matematikens filosofi".[932]

Satsen:

"det sitter två duvor på taket",

blir i Russells tolkning (enligt Hedenius):

"det finns ett x sådant, att det är en duva på taket, och det finns ett y sådant, att det är en duva på taket, och om varje z gäller, att *om* det är en duva på taket, så är det identiskt antingen med x eller y".

[927] Hedenius, a st.

[928] Det är just denna premiss hos Frege, hans antisubjektivism, som har gjort det möjligt att räkna honom som den moderna språkfilosofins upphovsman.

[929] Jfr Hedenius, a a s 73.

[930] Hedenius, a a s 72: "Att förstå en teoretisk sats är att förstå dess mening, att liksom begripa sig på vad som minimalt fordras för att satsen skall vara sann."

[931] Det rör sig alltså inte egentligen om en filosofisk fråga. Om relationen mellan filosofin och "specialvetenskaperna" – som han kallar dem och därigenom utser han samtidigt filosofin till allmän vetenskap – se Hedenius, a a s 75 f.

[932] Hedenius, a a s 73.

Och detta skall vara en *vetenskaplig* upptäckt.[933] *Vi* visste inte att det var detta som menades med "två" – om det nu skulle råka vara det – men det har inte hindrat oss från att använda ordet, och att vi nu har fått höra vad Russell menar att det betyder kommer inte att ha någon inverkan på vårt levnadssätt, ty, som Hedenius uttrycker det, "den logiska analysen är en utforskning av termbetydelser, *som redan föreligga.*" Jämför det förhållandet att vi inte behöver veta hur syreupptagningen fungerar för att kunna andas. Vad vi här har att göra med är en formel för akademisk filosofi, som när den tillämpas kommer att framställa sitt fält som nära förbundet med naturvetenskapernas,[934] och som gör den filosofiska verksamheten teknisk – till en angelägenhet för professionella.[935] Den Russellska omtolkningen av påståendet om duvorna illustrerar detta tydligt. Bakom de mest vardagliga språkliga uttryck skall det dölja sig en logisk struktur som mer eller mindre är obegriplig för lekmannen.[936] Den analytiska filosofin hade, som saken kunde uttryckas, ingenting att säga om *livet*, och den fann också sin motpol i den kontinentala "existensfilosofin".[937]

[933] Hedenius, a st: "Det är inte möjligt för mig att här klargöra den utomordentliga betydelse, som denna tolkning har ur vetenskaplig synpunkt, utan måste be läsaren att i filosofiens namn tro mig ändå." Jfr Olivecronas syrliga kommentar i Olivecrona, Lagens imperativ s 64 f. Olivecrona, a a s 64, säger sig bl a vilja "lämna fullkomligt öppet om detta yttrande [Russells analys] innefattar något annat än vad det för lekmannen synes innefatta, nämligen ett särdeles krystat nonsens".

[934] Se härtill Wittgenstein, Tractatus 4.1 med undersatser.

[935] Rorty, Philosophy as Science, Metaphor, Politics s 23: "Analytic philosophy has little influence on other academic disciplines, and little interest either for practitioners of those disciplines or for intellectuals. But analytic philosophers are not distressed by this fact. It is natural, given their scientistic metaphilosophy, that analytic philosophers are content to solve philosophical problems without worrying about the source of those problems or the consequences of their solution." Jfr Nordin, Ingemar Hedenius s 107: "Det Hedenius gör i Om rätt och moral är att omtolka [Hägerströms] omskakande teori till en värdesatsteori i den analytiska filosofins anda [...] Värdeteorin reduceras därmed från en angelägenhet för folk och nationer till en angelägenhet främst för fackfilosofer."

[936] Jfr Olivecrona, Lagens imperativ s 65: "Ifall icke satsen om duvorna på taket är enkel, så finns det förvisso ingenting enkelt och lättbegripligt på denna jorden. Alltså bör läsaren en gång för alla uppge alla pretentioner på att själv begripa någonting alls och därför helt anförtro sig åt den trygga ledning docenten Hedenius så välvilligt erbjuder." Se härtill Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 11.

[937] Jfr Russell, Our Knowledge of the External World s 40: "The philosophy, therefore, which is to be genuinely inspired by the scientific spirit, must deal with somewhat dry and abstract matters, and must not hope to find an answer to the practical problems of

Vad blir det nu kvar av Uppsalaskolans rättskritik när den bedöms efter den nya, vetenskapliga filosofins principer? Kaffeved.[938] Hägerström och Lundstedt – Olivecrona också, för den delen[939] – hade tagit avstånd från den gängse juridiska begreppsapparaten emedan de ansåg denna sakna faktaunderlag och alltså i realiteten var att betrakta som ett raffinerat metafysiskt system. Kritikens objekt är först och främst föreställningarna – rättsideologin. Den logiska analysen börjar, å sin sida, med att skära bort hela denna domän från undersökningsfältet. Det som analyseras är satsernas mening och denna har *per definition* inte med tro, uppfattningar, tankevanor, pliktkänsla och föreställningar att göra. Den har med andra ord ingenting att göra med det som Uppsalaskolans företrädare intresserade sig för. Den nya filosofin sysselsätter sig med de analyserade satsernas san-

---

life." Enligt Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 185, ansåg Wedberg att Sartre var en filosofisk pekoralist och därtill lärjunge till Heidegger, enligt Wedberg "en av mellankrigstidens mest tragiskt förvirrade tyska tänkare". Motsättningarna har släppt, i någon mån. År 1995 skriver Furberg, själv gammal analytiker: "Wittgenstein har vuxit och till min betänksamma förvåning även Heidegger. De två förefaller mig numera vara ett par som har mer att lära Cambridge och Oxford än omvänt."; Furberg, CaOx s 19.

[938] Omvänt blir det naturligtvis kaffeved av Hedenius analys när den bedöms efter den ortodoxa Uppsalaskolans principer. Se Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget. Men utvecklingen var inte på väg åt det hållet.

[939] Se särskilt Olivecrona, Några synpunkter på de juridiska begreppen; dens, Om lagen och staten. Hedenius hänvisar vid flera tillfällen till Olivecronas uppfattningar och hanterar dem som ett uttryck för den kritiserade Uppsalafilosofin, men talar t ex inte om "det Hägerström-Lundstedt-Olivecronska misstaget" Detta skall inte tolkas så, att Hedenius frikänner Olivecrona från detta misstag, utan betyder snarare att Hedenius anser att Olivecrona inte förtjänar att behandlas som en självständig tänkare. Hedenius, a a s 67: "Olivecrona följer som rättsfilosof sina lärare med stor osjälvständighet [...]"; jfr Olivecrona, Om lagen och staten s 7: "För svenska läsare är det knappast nödvändigt att påpeka, i huru hög grad min möjlighet att taga itu med uppgiften varit betingad av *Axel Hägerströms* och *Vilhelm Lundstedts* arbeten." Senare skulle Olivecrona vidareutveckla de tankar han lagt fram i "Om lagen och staten". Redan i "Lagens imperativ" från 1942, som han ville betrakta som ett komplement till "Om lagen och staten", står Olivecrona i viss mån på egna ben. I sin anmälan av Lundstedts postumt publicerade "Legal Thinking Revised" i SvJT 1957 tog Olivecrona bestämt avstånd från flera av Lundstedts läror. I dess slutliga form finner man Olivecronas rättsfilosofi i "Rättsordningen", vars första upplaga utkom 1966 (den andra upplagan, från 1975, är "i huvudsak ett fotostatiskt nytryck"). Jfr Frändberg, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström s 377, som betonar Olivecronas bristande självständighet. Så gör även Peczenik i Nergelius (red), Rättsfilosofi s 138; jfr dock t ex Arnholm, Fra diskusjonen om rettighetsbegreppet s 118 ff. Se Frändberg, Rules, Rights and Judgments in Karl Olivecrona's Theory of Law, för en analys av Olivecronas "definitive theory of law".

ningsvillkor. Vi har att ställa frågor av typen: "Under vilka omständigheter är satsen 'x har rätt att häva köpet' sann?" Det är givet att svaret på sådana frågor inte kan avtäckas genom studiet av den romerska rättens riter. Det innebär överhuvudtaget ett missgrepp att koppla den rättsliga terminologin till de eventuella trosföreställningar som juristerna gör sig om rätten. Vi skall inte bli förvånade om analysen utvisar att våra termer egentligen har helt andra betydelser än vad vi antagit eller skulle gissa:

> I verkligheten ligger saken så till, att det vi mena med en term är något annat och i regel betydligt mer komplicerat än det vi föreställa oss vid användningen av termen. [...] Ingenting är naturligare än att rättsvetenskapsmännen, särskilt de någorlunda filosofiskt intresserade, alldeles misstaga sig om beskaffenheten hos rättslivets realiteter – de fakta som de rättsvetenskapliga termerna "betyda".[940]

Och det måste vara fruktlöst att, som Lundstedt, försöka lägga in nya, "anti-metafysiska" betydelser i orden. Orden har de innebörder de har, vare sig användaren är rättrogen eller kättare. Man får tro vad man vill. Det spelar ingen roll.

Enligt Hedenius har, sammanfattningsvis, Uppsalaskolan i sin rättskritik utgått från en felaktig uppfattning om de rättsliga satsernas betydelse, och eftersom man inte på allvar har konfronterat meningsfrågan, har man undgått att lägga märke till att de "underliggande" realiteterna, vilka dessa än må vara, inte är någonting annat än det som ger den kritiserade terminologin dess mening.[941] Kritiken faller därför platt till marken.[942] Det finns rättigheter. Det juridiska språket är meningsfullt.[943]

[940] Hedenius, a a s 74 f. Jfr Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science s 273.

[941] Hedenius, a a s 84, hävdar, att man för att kunna tillämpa Uppsalaskolans doktriner måste "begagna ett dubbelt tankefel: identifiera två saker, som äro skilda, och skilja mellan två saker, som äro identiska. Identifiera de rättsvetenskapliga termernas mening med en verklighetsfrämmande teori om deras mening och skilja mellan de rättsvetenskapliga termernas verklighetsunderlag och deras mening." Här är det i mina ögon särskilt tydligt att Hedenius driver sin sak genom att trumfa igenom en ny (och mera teknisk) definition av meningsbegreppet.

[942] Kritikens *betydelse* försvinner. Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 171 f: "Jag har från allra första början framställt min rättsåskådning såsom fullkomligt omvälvande [...] Vad jag [...] strävar efter är ju att få fram sanningen i en fråga, vars bedömande måste ha de mest vittgående konsekvenser icke blott för vårt svenska samhälle utan för samhällena och samfärdseln mellan dessa."; se härtill t ex dens, a a s 190 ff.

[943] Jag har i redogörelsen för Hedenius uppfattning bortsett från hans behandling av den s k värdenihilismen och hans därmed sammanhängande positiva bidrag till "teorin om de rättsliga satsernas mening" – dvs hans distinktion mellan äkta och oäkta rättssatser.

*

Lundstedt rasade.[944] Faktum är att han blev så ursinnig att han fann det nödvändigt att avbryta sina pågående föreläsningar i skadeståndsrätt för att omedelbart, inför sina studenter, försvara sig mot Hedenius angrepp. Under terminens sju återstående föreläsningar gav han utlopp för sitt ursinne – han *protesterade* "i anständighetens namn", han menade att Hedenius gjort sig skyldig till en "rent skandalös okunnighet", han fann Hedenius argumentation "löjeväckande" och dennes beteende "dumdrygt".[945] Lundstedt kände sig uppenbarligen tvungen att agera snabbt. Grunden för all hans vetenskap var ifrågasatt,[946] och man gjorde sig lustig över honom i pressen.[947] Han kände sig också kallad att försvara sin läromästare:

> *Då*, när professor Hägerström levde, ställde man blott *mig* i gluggen. *Nu* är han borta, och hr Hedenius' angrepp har riktats även mot *Hägerströms* livsgärning. Jag måste erkänna, att ytterligare en drivfjäder till mitt beteende att, såsom jag nu gör, upptaga angreppet till behandling på mina föreläsningar utgjorts därav, att jag endast med svårighet kan uthärda tanken, att denna fläck, som satts på minnet av min store mästares livsgärning, skall, om ock blott en enda dag, onödigt få förbliva utplånad.[948]

[944] Hägerström hade avlidit 1939, i juli. Olivecrona svarade, mindre ursinnigt än Lundstedt, men kanske vassare, i en bilaga till sin lilla skrift "Lagens imperativ" från 1942, betitlad "Vidräkning med docenten I Hedenius i anledning av dennes skrift *Om rätt och moral*".

[945] Se Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 33, 47, 61 och 135. Olivecronas stil är sakligare. Angående tonläget i debatten skriver Olivecrona i förordet till "Lagens imperativ": "Vad beträffar det språk Hedenius använder mot mig, föredrar jag att överlämna åt andra att vederbörligen värdesätta detsamma." Hedenius, Om rätt och moral s 155, hade bl a talat om "en hysterisk eller annars pervers själsläggning" med tydlig syftning på Olivecrona (och det kan man bara förstå mot bakgrund av det pågående kriget, med anledning av vilket ju Olivecrona pläderat för Tysklands sak – se Olivecrona, England eller Tyskland). Se också Olivecrona, Lagens imperativ s 56 n 1.

[946] Lundstedt, a a s 11.

[947] Lundstedt, a a s 12 f: "Svenska Dagbladet skriver i sin recension av hr Hedenius bok, citerande förf, att 'professor Lundstedt har flera egendomliga idéer, bl a den att svenska språkets normala fraser om rättsregler, rättigheter osv ha god mening endast när de förekomma hos Lundstedt!' Dylika perfiditeter skola säkerligen komma att hagla emot mig i pressen, om jag icke genom dessa föreläsningar – vilkas innehåll torde kunna förväntas bliva nödtorftigt spritt kort efter deras hållande – lyckas bringa densamma till besinning."; se vidare dens, a a s 175 ff.

[948] Lundstedt, a a s 13. Den incident som Lundstedt här anspelar på hade sin upprinnelse i ett debattinlägg av Hedenius och Wedberg i Svenska Dagbladet 1934 där debattörerna

Lundstedts försvarsföreläsningar publicerades senare, samman med en efterskrift, under titeln "Det Hägerström-Lundstedtska misstaget". Texten vittnar om det enorma avstånd som skiljer den ortodoxa Uppsalafilosofin från Hedenius analytiskt orienterade resonemang. I ett sammanhang bemöter Lundstedt ett angrepp på professorn i teoretisk filosofi Anders Karitz – en allierad i tidens invecklade akademiska strider – genom att helt enkelt kasta tillbaka den glosa som använts som tillhygge, i detta fall ordet "rappakalja".[949] ("Er filosofi är rena rappakaljan!" "Nej, det är Er filosofi som är rappakalja!") Och man kan faktiskt säga att Lundstedt var *hänvisad till* att argumentera på denna analytiska nivå – även när han använder vackrare ord. Kommunikationen uteblev. Allt Lundstedt kunde göra – utan att konvertera till den nya läran, och den möjligheten hade han inte – var att upprepa sina ståndpunkter och att vända på Hedenius påståenden.[950] Så menar Lundstedt det vara uppenbart att han inte träffas av Hedenius kritik, emedan han ju överhuvudtaget inte diskuterat den "teoretiska meningen" hos "rättssatserna":

> Min rättskritik har aldrig någonsin riktat sig mot några ord, "just sådana de användas i vanligt, juridiskt språkbruk", utan mot *rättsvetenskapens mer eller mindre djupgående tankar.*[951]

Det är *rättsideologin* Lundstedt har kritiserat, den förment vetenskapliga juridikens översinnliga fundament. Han har svårt att se hur Hedenius har kunnat missa detta[952] – och finner också hela angreppet "egendom-

---

– ingen av dem hade vid tillfället disputerat – som av en händelse hade råkat anmärka, att Uppsalafilosofin ej hade förskonats från "karikerande eftersägare, som ej själva arbetat med filosofiska undersökningar"; se Nordin, Ingemar Hedenius s 71. Lundstedt, Legal Thinking Revised s 7, minns: "In 1934, I was impudently attacked in a paper by two brash youngsters, graduate students of philosophy (now both of them professors of philosophy), who reproached me, among other things, with misinterpreting Hägerström's thoughts on law. I did not feel that these two cocky boys rated an answer [...]" Vill man sätta in "Om rätt och moral" i en vidare kontext än den som behandlas i förevarande text är en faktor att ta hänsyn till den konflikt på den filosofiska fakulteten som ställde Hägerströms anhängare mot Phaléns. Till den senare kretsen hörde bl a Marc-Wogau, Wedberg och Hedenius.

[949] Lundstedt, a a s 179.

[950] I en not föklarar Lundstedt, a a s 138, att det varit hans taktik att "lägga fram innebörden av min rättskritik för att på så sätt visa, att hr Hedenius i sitt angrepp aldrig kommit i kontakt med denna."

[951] Lundstedt, a a s 34.

[952] Jfr Lundstedt, a a s 33.

ligt".[953] Det är antagandena bakom den juridiska terminologin, rättsföreställningarna, som Lundstedt velat rikta uppmärksamheten mot, inte språket som sådant. Nej, det var just det, hade Hedenius kunnat svara. Att Lundstedt alldeles misstar sig på "meningsfrågan" – ingenting tyder på att han ens tagit notis om Hedenius definition av meningsbegreppet[954] – visar sig tydligt i hans sätt att bemöta Hedenius huvudinvändning, som ju går ut på, att Hägerström och Lundstedt frånskriver de juridiska begreppen mening med hänvisning till att de saknar verklighetsunderlag, samtidigt som de önskar rikta uppmärksamheten mot de realiteter som döljer sig bakom dessa begrepp, realiteter som *enligt Hedenius analys av meningsbegreppet* just är det som ger begreppen deras betydelser. När Lundstedt säger sig vilja behålla de etablerade juridiska termerna "blott och bart som ord", för att kunna beteckna de korresponderande realiteterna, är det alltså, enligt Hedenius, en meningslös gest; det är att göra ett stort nummer av någonting som är ofrånkomligt och trivialt sant. Lundstedt tolkar emellertid detta resonemang som rent ordrytteri. Han tror att Hedenius försöker beslå honom med att ha sagt: "Denna term är betydelselös, men jag använder den ändå, men bara för att beteckna det som den betyder." – som om poängen vore att Lundstedt här gjort sig skyldig till en ren kontradiktion.[955] Följaktligen antar Lundstedt att han hade gått fri från Hedenius invändning, som

[953] Lundstedt, a a s 13. Jfr Olivecrona, Lagens imperativ s 48: "Man frågar sig ovillkorligen hur det är möjligt, att författaren [Hedenius] kunnat framlägga en sådan kritik, till på köpet med så stora anspråk. Tror han verkligen att Hägerströms och Lundstedts väldiga, nydanande arbete inom rättsfilsofien och juridiken är rena rama tanklösheten?"

[954] Däremot tycks åtminstone en av åhörarna ha varit med på noterna. I en artikel i Ergo, som citeras av Lundstedt, a a s 175 f, skriver en av hans studenter: "Jag måste dock tillstå, att [Lundstedts] kritik för mig, liksom för flera andra åhörare var en besvikelse. Det sakliga innehållet träffade inte alls kärnan i den kritik docent Hedenius levererat, nämligen den för hela kritiken grundläggande distinktionen mellan vad man menar och vad man tror att man menar."

[955] Jfr Olivecrona, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt s 142 ff, som, inifrån paradigmet, ger den kanske mest moderna och avancerade utläggningen av Hägerströms lära om rättigheter och plikter, som vi har tillgång till. Olivecrona polemiserar med Ross och H L A Hart, och tar avstånd från deras semantiska analys av rättighetsbegreppet till förmån för den för Uppsalaskolan kännetecknande psykologistiska ansatsen. För den ståndpunkt som Olivecrona själv slutligen kom att inta, se Olivecrona, Rättsordningen s 214 ff.

han i vilket fall betraktar som ett utslag av pedanteri, om han blott än tydligare gjort klart att han, när han behåller en term som "äganderätt", med denna verkligen avser någonting *helt annat* än vad som menas med "äganderätt" i gängse rättsideologisk förståelse.[956] Som vi har sett har detta emellertid inte med saken att göra.

Olivecrona synes ha förstått Hedenius kritik efter samma linjer som Lundstedt:

> Felslutet är följande. Hedenius anser sig ha bevisat, att enligt våra åsikter termerna rätt, rättighet, rättsordning etc, sådana de användas i juridiken, icke kunna beteckna fakta av något slag. Detta likställer han med att vi skulle förneka existensen av de fakta, som enligt hans egen åsikt betecknas genom de ifrågavarande orden. Här föreligger en förväxling, som närmast kan karakteriseras såsom en sofism.[957]

Hedenius logisk-analytiska omtolkning av problematiken blir ur de rättrogna Hägerströmianernas synvinkel ett enkelt misstag, eller ett billigt trick. Men vinden hade redan vänt. Uppsalaskolans anhängare hade förlorat sitt tolkningsföreträde.[958] Hägerström var död. I och med det pågående kriget skulle den tyska kulturens makt över sinnena brytas för överskådlig framtid. Med den nya vetenskapen försköts intresset, från föreställningarna, inne i medvetandet, till språket och de språkliga uttrycken, ute i världen. Den samlade rättsvetenskapliga produktionen hade räddats från makulaturen.[959] Dit kunde man nu istället skicka Hägerströms "Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen

[956] Lundstedt, a a s 27 f, 40 f och 201 f.

[957] Olivecrona, Lagens imperativ s 51.

[958] Ett knappt decennium tidigare hade Ross, Samfundsnytteprincippet s 120, beklagat sig över att "Lundstedt paa Grund af Omstændighederne i den almindelige Opfattelse længe har staaet som den, der paa autoritativ Maade repræsenterer Retsfilosofien i Norden". Det är värt att besinna detta. Tiden har gått hårt fram med Lundstedts skrifter. När vi här och nu läser Lundstedt är det mycket svårt att förstå att han under ansenlig tid i praktiken *var* nordisk rättsfilosofi. Jfr Ross, a st, som sade sig vilja "udrydde Forestillingen om, at Professor Lundstedt og nordisk Retsfilosofi er identiske Begreber." Jfr Lundstedt, Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken s 130, som erkänner sig smickrad, men tar avstånd från Ross omdöme med hänvisning till att han lärt all sin rättsfilosofi av Hägerström. Jfr ovan n 806.

[959] Jfr ovan n 795.

Rechtsanschauung" och alla andra försök att blottlägga juridikens magiska natur.[960] Juristerna kunde dra en suck av lättnad.[961]

7.5 Rättighetsdebatten. Upprättelse för den juridiska terminologin?

> Frågan om "rättighetsbegreppet" har blivit föremål för livlig diskussion i den nordiska litteraturen under tiden from 1920-talet. Den har sin utgångspunkt i Hägerströms kritik av rättighetsbegreppet. Genom denna kritik har diskussionen här i Norden i själva verket fått en helt annan karaktär än den har inom andra språkområden. Praktiskt taget alla nordiska författare, som på senare tid yttrat sig i ämnet, äro antingen positivt påverkade av Hägerström eller sträva efter att vederlägga hans uppfattning. Ett egendomligt drag i diskussionen är dock att man nästan aldrig refererar till vad Hägerström sagt.
>
> *Karl Olivecrona*

7.5.1 Inledning – Uppsalaskolan pacificerad

Avväpnandet av Uppsalafilosofin fick en märklig effekt. Hägerström och Lundstedt hade använt ord som "metafysik", "naturrätt", "skolastik", "magi", "begreppsjurisprudens" och "vantro" som synonymer – för att karakterisera rättsvetenskapen. Rättsvetenskapen var heltigenom ovetenskaplig och borde överges. Det var tanken och det blev, som vi vet, ingenting med det, *men* ... Uppsalaskolans retorik – som måste betraktas som ett av otaliga uttryck för det unga nittonhundratalets tillitsfulla, scientistiska och antiromantiska stämningar – skulle inte desto mindre

[960] Just "Der römische Obligationsbegriff", som måste ha kostat oerhörda mödor att färdigställa, denna "odödliga bragd" (Lundstedt, Grundläggning av en ny rättsvetenskap s 479), som slutgiltigt skulle undanröja alla tvivel om den Hägerströmska rättsfilosofins giltighet, borde kunna vara det minst lästa av Hägerströms alla arbeten. Det skulle inte längre handla om den romerska rätten. Man skulle inte längre skriva på tyska.

[961] Se Bolding, Juridik och samhällsdebatt s 11 f; se härtill Helin, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s 77; Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 152. Jfr Nordin, Ingemar Hedenius s 114: "Hos Hägerströms, Lundstedts och Olivecronas motståndare bland juristerna väckte Hedenius bok givetvis förtjusning. De hade nu fått en bundsförvant som i fråga om filosofisk skolning och talang var Lundstedt uppenbart överlägsen." Bland de svenska jurister som fram till denna punkt hade tagit avstånd från Lundstedts läror märks Björling, Nial, Strahl, Thyrén och Undén.

komma att inkorporeras i den historieskrivning som den svenska rättsvetenskapens håller sig med, och på så sätt transmogrifieras, från kritisk diagnos av den *nuvarande* rättsvetenskapen till en historisk beskrivning av den *dåvarande* rättsvetenskapen.[962] Så blir Hägerström och Lundstedt till mytiska gestalter, som står på tröskeln mellan den tidigare, naturrättsliga och metafysiska, juridiken och den moderna, upplysta.[963] Allt som föregått "vår" juridik, kallar vi "naturrätt", och plånar på så sätt ut skillnaderna mellan antikens, skolastikens, rationalismens och upplysningens naturrättsliga system,[964] likaväl som alla andra historiska nyanser. Indirekt kommer vi även att kalla sådana historiskt givna skolbildningar som varit explicit positivistiska "naturrättsliga" och hela 1800-talets tyska juridik blir naturrätt.[965] Vi har på detta sätt gjort oss blinda för det förflutna *därför att*, skulle man nu kunna säga, vi har konverterat en filosofisk tes till historieskrivning.[966] Nå, vi agerade i självförsvar. "*Vi* sysslar inte med naturrätt, det var någonting man ägnade sig åt förr." Och här betyder väl ordet "naturrätt" egentligen inte mer än så. "Naturrättsliga" är de rättsuppfattningar som man berömmer sig om att ha övervunnit.[967]

Tanken bakom denna historiska konstruktion är synbarligen att vi har *tillgodogjort oss* Uppsalaskolans rättskritik och att vi i och med detta kan

[962] Jfr Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 156, som talar om "den numera här i landet praktiserade metoden att få min rättslära reducerad under den pretexten, att den väsentligen icke vore något annat än 'nutida juridik'"; se vidare nedan n 990. Jfr Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 312 f.

[963] Jfr t ex Strömholm, Allmän rättslära s 157 ff.

[964] Jfr Ahlander, Om rätt och rättstillämpning s 19 ff; Frändberg, Naturalism and Positivism s 321 ff; Olivecrona, Rättsordningen s 21 ff; Ross, Om ret og retfærdighed s 310 ff; Strahl, Makt och rätt s 57 ff, 79 ff och 136 ff, där naturrätten i grund och botten framställs som en oförnuftig fix idé som plågat rättsvetenskapen från försokratikerna fram till nutiden. Tydligast kanske Ross, Om ret og retfærdighed s 310, som menar att "modsætningen mellem naturretsfilosofi og en realistisk retslære på sociologisk grundlag ikke kan betragtes som en divergens mellem afvigende videnskabelige teorier, men i virkeligheden er udtryk for en langt mere dybtgående divergens, nemlig mellem en magiskreligiøs-metafysisk og en videnskabelig tilnærmelse til livet og dets problemer"; jfr nedan vid n 1055. Som läsaren kanske kunde gissa, är min egen hållning rakt motsatt den som Ross intar här.

[965] Såväl som, naturligtvis, alla *nutida* rättstraditioner som inte nåtts av den realistiska upplysningen.

[966] Detta är inte en orsaksförklaring, utan en beskrivning av vårt sätt att hantera Uppsalaskolan historiskt.

fortsätta – som förut, men upplysta.[968] I en tidig version av denna berättelse,[969] som återfinns i en uppsats av Ivar Strahl från 1941, heter det:

> Förhåller det sig månne med Uppsalaskolans lära såsom *Schopenhauer* säger: en sanning förunnas en kortvarig framgång mellan den tid då den fördömes som paradoxal och den då den ringaktas såsom trivial.[970]

Detta skulle bli en vedertagen insikt.[971] Vid sextiotalets slut skriver Jan Hellner angående de senaste tjugo årens civilrättsliga forskning:

> I jämförelse med tidigare skeden under av 1900-talet har den polemiska tonen varit åtskilligt mildare. Vilhelm Lundstedts kritik av landsmän och utlänningar under tjugo- och trettiotalen medförde väl ej att många anslöt sig till hans läror på det oförbehållsamma sätt som han själv krävde. Den har emellertid otvivelaktigt haft den effekten, att svenska rättsvetenskapliga författare sökt undvika det slags kvasilogik som medförde kritik för "begreppsjurisprudens" och i stället eftersträvat en realistisk metod. Denna tendens har tydligt framträtt också under de senaste tjugo åren. Det tycks råda en allmän enighet om att rättsvetenskapsmännen bör syssla med praktiskt relevanta frågor, ej med en översinnlig rätt eller med

[967] Jfr Undén, Några reflexioner om termen gällande rätt s 287: "Naturrättens hydra har under skilda perioder av rättsvetenskapens historia blivit skoningslöst förföljd och stundom till synes förintad. Men hon lever upp igen i den mest oväntade gestalt. En segrande riktning befinnes av en ny opposition ha omedvetet närt ormen vid sin barm."

[968] Jfr Votinius, Varandra som vänner och fiender s 218, som, på tal om effekterna av Hägerströms kritik av viljeförklaringsbegreppet, skriver: "Inom civilrätten var, och är, det *business as usual*".

[969] Antagligen finner man de första exemplen hos Undén redan på 20-talet. Jfr Lundstedt, Om den s k tillitsteorien s 423: "Undéns älsklingstanke är f ö, så snart en skrift av undertecknad publicerats, att min kritik av jurisprudensens läror är överflödig, alldenstund mina synpunkter (i den mån de nu icke skola vara alldeles omotiverade) blott äro ett upprepande av 'nutida juridikens' av Undén givetvis omfattade läror."

[970] Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 304. I ett annat sammanhang skriver Strahl, Anm av Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget och Olivecrona, Lagens imperativ s 240: "Framför allt har [Uppsala]skolans kamp mot naturrättsliga föreställningar varit ägnad att bringa den svenska rättsvetenskapen till att bättre än tidigare besinna sina mål och medel. Man är nu mindre benägen än förr att fatta rättsvetenskapens uppgift vara att finna det enda rätta och mera benägen att inrikta sina ansträngningar på att utbilda den svenska rätten till en för vårt folk tillfredsställande organisation." Lägg märke till hur Strahl gör skillnaden mellan "nu" och "förr" till en fråga om samhällelig rationalitet. Hämmas man av dogmatiska låsningar eller står man fri att tänka målrationellt? Det är en folkhemsideologi som här tar form. Vi moderna och rationella.

[971] Ett annat exempel ger följande uttalande av Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 13: "[Begreppsjurisprudensen] har ju åtminstone här i landet utsatts för så mycken kritik att den förefaller att vara på avskrivning."

att söka infoga rättsregler i ett vedertaget system av abstrakta principer, något som går under namnet "juridisk konstruktion". Även de som lägger vikt vid terminologi och begreppsbildning bedömer dessa från synpunkten av deras lämplighet för framställningen av rättsreglernas praktiska innehåll. Det finns då ej heller något behov av att polemiskt betona metodiska meningsskiljaktigheter, trots att sådana förvisso ej saknas.[972]

Vad Hellner här har att säga om den metodologiska inställningen hos svenska förmögenhetsrättare står sig, ännu, snart fyrtio senare.[973] Uppsalaskolan betraktas som en katalysator och "realismen" som en utjämnande överideologi.

Bland de diskursiva förlopp som präntat in denna bild av historien i våra medvetanden borde antagligen den så kallade "rättighetsdebatten" tillmätas störst betydelse. Det är denna företeelse som framställningen nu går över till att behandla. Och det första som bör noteras är, att det inte rör sig om någon väl avgränsad "företeelse", utan om en förlängning av den debatt om de juridiska begreppen som Uppsalaskolans företrädare drev. När vi hanterar rättighetsdebatten som en sak för sig förstärker vi det intryck som deltagarna själva ville ge: att ett kapitel hade avslutats och ett nytt påbörjats, att man nu lämnat de gamla stridigheterna bakom sig, för att kunna tänka framåt och konstruktivt. Dit nådde man dock inte omedelbart.

7.5.2 En öppning – den juridiska terminologin i stöpsleven

I sin anmälan av Lundstedts och Olivecronas respektive svar på Hedenius angrepp, publicerad i SvJT 1942, drog Strahl slutsatsen, att dessa två numera inte hade något att invända mot bruket av termen "rättighet", "blott man därmed avser de rättigheter som kunna utläsas ur gällande rätt och aktar sig för föreställningen om rättigheter såsom existerande vid sidan av denna".[974]

Såvitt gäller Lundstedt står det klart att Strahl här går för långt i sin pacificerande tolkning. Lundstedt sade sig visserligen inte ha funnit någon bättre term att använda som *beteckning* på de realiteter som han menade måste dölja sig bakom de metafysiska – och alltså logiskt omöjliga – föreställningar som rättsvetenskapen förbinder med sitt rättighets-

[972] Hellner, Civilrätt s 117.

[973] På forskningsfronten intet nytt ... frestas man att konkludera, men det är väl, lyckligtvis, inte riktigt sant.

[974] Strahl, a st.

begrepp,[975] men han gör skillnad på olika sammanhang. Det är inte Lundstedts realiteter man utläser "ur gällande rätt" – dessa realiteter är ju socialpsykologiska till sin karaktär. Under alla omständigheter kan en *vetenskaplig* redogörelse för rätten efter Lundstedts uppfattning inte göra användning av rättighetsbegreppet, därtill är det alltför ideologiskt belastat.[976]

Strahl belägger heller inte sitt påstående i den del det gäller Lundstedt. Däremot hänvisar han till Olivecrona, och Olivecrona hade förvisso, i sin "Vidräkning med docenten I Hedenius", funnit att det vore ogörligt att "utan vidare slopa" rättighetsterminologin.[977] Termen "rättighet" kommer visserligen att beteckna "rättsideologiens och lagens innehåll", men detta är Olivecrona (till skillnad från Lundstedt) beredd att acceptera – ty han skiljer, såsom senare också Ekelöf, lagens innehåll (form), från lagens tillämpning (materia):

> Om man säger att enligt lagen en rättighet föreligger under de och de omständigheterna, säger man naturligtvis ingenting som inte är hållbart. Man återger endast lagens innehåll. Sedan gäller det att utreda, vilka handlingsregler som därmed äro åsyftade. Lagens regler om rättigheters uppkomst och förändringar måste s a s översättas till handlingsregler. Men när man gör detta, behöver man icke vidare använda ordet rättighet. Behovet därav bortfaller av sig självt, ty spörsmålet kommer nu att gälla, hur domaren skall handla i olika situationer.[978]

[975] Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 41: "*[]]ag* har då för *min* del icke funnit något bättre än att behålla 'rättighet' såsom etikett, i stället för att införa ett annat ord. Kanske beror denna min inställning på bristande energi."

[976] Lundstedt, a st. Det kräver en viss ansträngning att faktiskt följa Lundsteds tankegång. Han behandlar relationen mellan termen och begreppet som om den vore godtycklig. Det spelar för honom egentligen ingen roll vilken term man använder, så länge som man därmed avser rätt föreställningsinnehåll. Därför kan han *kosta på sig* att behålla termen "rättighet". Vi kan tycka att det var mindre taktiskt, för vi torde ha en intuitiv känsla av att det faktiskt hänger på orden. Men hade det hjälpt Lundstedt att kalla sina "rättigheter" för t ex "x"? Nej – det är inte bara ordet "rättighet" som Lundstedt har att kämpa mot, utan hela det "språkspel" som detta hör till. Han hade inte kunnat kräva att vi skulle lägga ned själva spelet, för hans egen beskrivning av de relevanta realiteterna parasiterar uppenbarligen på detta. Lundstedts resonemang fungerar bara om man bortser från språket. Han vill helt enkelt att vi skall sluta tro på dumheter – och tänker sig tron som en föreställning man gör sig oberoende av språkets praktik.

[977] Olivecrona, Lagens imperativ s 56. Jfr dens, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt s 142.

[978] Olivecrona, Lagens imperativ s 56 f.

Detta innebär att man kommer att använda termen rättighet i, som Olivecrona uttrycker det, "rent formell bemärkelse".[979] Det väsentliga är inte inom ramen för vilken formell rättslig kategori vi opererar, utan hur de ifrågavarande reglerna skall omsättas i praktiken – hur de skall tillämpas, och det antar Olivecrona vara en sak för sig.[980] Genom denna separation kan Olivecrona förena sin realistiska övertygelse med rättighetsterminologin: Vi *får* säga "rättighet", även om det är lagens och rättsideologins innehåll som avses, så länge vi förstår att den faktiska tillämpningen inte följer av etiketteringen. Detta besked gillades av Strahl, som året innan, i sin uppsats "Idealism och realism i rättsvetenskapen", hade presenterat en analys av rättighetsbegreppet, som efter vad han nu påstod "nära överensstämmer" med Olivecronas.[981]

Strahls påstående här kan betraktas som ett uttryck för den förändring i debattläget som Hedenius angrepp på Uppsalaskolans doktriner förde med sig.[982] Sin egen syn på rättighetsbegreppet hade Strahl utvecklat i polemik med Uppsalafilosofin och Olivecrona, och han hade grundat den i sin Kelseninspirerade allmänna rättsuppfattning.[983] Uppsalaskolans företrädare hade aldrig haft mycket till övers för Kelsen.[984] Hans "rena rättslära" bygger ju på tanken att rätten som fenomen uteslutande skall förstås *normativt*, och i det vetenskapliga studiet således betraktas som ett system av regler.[985] I praktiken innebär detta att Kelsen helt enkelt

[979] Olivecrona, a a s 57.

[980] Märk dock den förbindelse som Olivecrona upprätthåller mellan formell klassifikation och praktisk tillämpning, genom antagandet att "handlingsreglerna" *åsyftas* genom lagen. Det är fortfarande tolkning det handlar om.

[981] Strahl, Anm av Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget och Olivecrona, Lagens imperativ s 239.

[982] Därmed inte sagt att "Om rätt och moral" kan utpekas som *orsaken* till den ifrågavarande förändringen – i bemärkelsen den ensamt kauserande faktorn. Den ortodoxa Uppsalafilosofins tid var inne, och "Om rätt och moral" gjorde det tydligt. Jfr ovan vid n 970.

[983] Se Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 308 ff och 313 ff.

[984] För Uppsalaskolans hållning till Kelsen se t ex Hägerström, Är gällande rätt uttryck av vilja? s 92 ff; Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 181 ff; dens, Obligationsbegreppet. Senare delen s 58 ff; Olivecrona, Om lagen och staten s 18 ff. Se härtill Frändberg, Die skandinavische Reaktion auf Hans Kelsens Reine Rechtslehre s 334 ff.

[985] Så t ex Kelsen, What Is the Pure Theory of Law? s 270: "According to the Pure Theory of Law, law is norm, or, more exactly, a set of norms, a normative order. Since a normative order is the object of jurisprudence, and the meaning of norms is that something ought

ignorerar det som Lundstedt kallade "realitetsspörsmålet" – ja, Kelsen upphöjer rättsideologin till verklighet. Invändningen från den ortodoxa Uppsalafilosofins sida blir i grunden densamma som den som Lundstedt ett decennium tidigare hade riktat mot Undén (och Undén hade ju även han låtit sig inspireras av Kelsen): Vetenskapen kan endast intressera sig för "den naturliga världen", det vill säga för fakta, och har ingenting att skaffa med "den andliga världen", i vilken Kelsens normer enligt dennes uttryckliga medgivande hör hemma.[986]

Givet Strahls "normativa uppfattning" – så kallade han den – blir rättighetsbegreppet i linje med detta att förstå som en relation mellan element i rättens normativa system. Termen "äganderätt" blir till exempel en beteckning för den rättsliga situation som inträder när någon köper, ärver, mottar en gåva och så vidare – ett namn på de rättsliga befogenheter som ägaren har i egenskap av att vara ägare.[987] Men det är en teknisk förkortning som har sin betydelse på det rättsliga planet, inte ute i "den naturliga världen".[988] Strahl har nu rätt i att Olivecrona kunde tänka sig att acceptera ett rättighetsbegrepp av denna typ, men *anledningen* var ju, som vi har sett, att Olivecrona lokaliserade det faktiska underlaget för begreppet – det som för hans del var det väsentliga – till tillämpningen, vid vilken man har att fastställa rättens konkreta och praktiska betydelse. Olivecrona kan tillåta sig att laborera med ett rättighetsbegrepp liknande det som Strahl postulerat endast av det skälet att det inte spelar någon roll. Det är en ren formfråga, för hans del. För Strahl (och för Kelsen) är emellertid rätten ingenting annat än form – ett system av normer.[989] När Strahl framhåller likheten mellan hans egen

---

to be done, that men ought to behave in a certain way, jurisprudence can describe its object not as natural sciences describe their object – in *is*-statements – but only in *ought*-statements."

[986] Angående den för tidens vetenskapsteoretiska tänkande centrala uppdelningen i "naturligt"/"andligt" se vidare nedan vid n 1669.

[987] Se Strahl, a a s 317 f.

[988] Jfr Strahl, a a s 318: "På liknande sätt använder man inom matematiken stundom bokstavsbeteckningar för att slippa upprepa en lång talsammanställning." I denna riktning tänkte, som vi sett, även Undén; se ovan vid n 781.

[989] Se härtill Strahl, a a s 318 ff, där Strahl söker visa att hans uppfattning är kompatibel med "ett realistiskt betraktelsesätt" genom att lägga ut en teleologisk tolkningslära. Märk dock att Strahls teleologi hela tiden håller sig inom systemet och att den i denna bemärkelse är en *tolknings*lära. Den teleologi som Ekelöf utvecklade skulle – särskilt i sin slutliga form – ligga närmare Olivecronas synsätt. Se vidare nedan avsnitt 10.6.2.

"normativa" analys och Olivecronas realistiska, sker det således till priset av att Olivecronas egentliga poäng går förlorad. Det var typiskt. Från denna punkt och framåt skulle debattens fokus ligga på de formella aspekterna – på "logiken" och på "språket". Uppsalaskolans förkämpar skulle även fortsättningsvis insistera på att de rättsliga begreppen skall analyseras genom att ställas mot de faktiska realiteterna, och de skulle till sitt förtret få lära sig att leva med, att omgivningen reagerade *som om* den förstått vad som låg i detta krav.[990]

Strahl satte dock fingret på någonting väsentligt när han likställde sin egen analys med Olivecronas. Vill man hävda, såsom Uppsalaskolans företrädare gjorde, att det *inte finns* några rättigheter, samtidigt som man finner det nödvändigt att bibehålla rättighetsterminologin, infinner sig tillsynes ofelbart frågan, vad denna terminologi i så fall betyder; vi vill ju tro att orden står för saker och ting.[991] I detta ligger en omkastning av det som var utgångspunkten för Uppsalaskolans rättskritik. Istället för att kritiskt pröva den juridiska terminologins hållbarhet – och vara beredd att underkänna de begrepp som visar sig sakna verklighetsunder-

[990] Nästan två decennier senare – när rättighetsdebatten var ett avslutat kapitel – skulle Olivecrona, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt s 142, angående receptionen av Hägerström rättskritik skriva: "But there is one point where Hägerström's criticism has not been understood and where, therefore, much confusion has ensued. This is, indeed, the most important point of all: the analysis of the concepts of rights and duties."; se även Olivecrona, Rätt och dom s 92 ff. Även Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 177, avvisade rättighetsdebattens resultat. Glavå-Petrusson, Illusionen om rätten! s 111, talar om *det rättsrealistiska misslyckandet*: "Försöken att ersätta rättsideologin med en funktionell gällande rätt, dvs med en rätt som faktiskt appliceras, har endast resulterat i en rekonstruktion av rättsideologin." Se också Andreasson, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation, särskilt s 439 n 7; Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s 53 ff; Petrusson, Patent och industriell omvandling s 18 ff. Jfr t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 17 f, 68 ff och 172 ff; dens, Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? s 140 ff; dens, Några rättssystematiska reflexioner, särskilt s 332; Olivecrona, Några synpunkter på de juridiska begreppen s 221. Se härtill Koskenniemi, Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism.

[991] Möjligen stod detta fullt klart för Olivecrona först senare, när rättighetsdebatten hade mynnat ut i slutsatsen att rättighetsbegreppet saknade "semantisk referens". Att *stanna* vid denna slutsats vore för Olivecrona att slarva bort den realistiska insikten. Olivecrona, Rätt dom s 102: "Är 'rättigheten', sådant ordet allmänt användes, ett ord som ingenting betecknar, hur kan det då komma sig att ordet med så stor fördel kan användas i lagstiftning, i domstolspraxis, vid allehanda avtal osv. Den frågan måste ovillkorligen ha ett svar. Annars förblir den givna förklaringen otillfredsställande."

lag[992] – blir uppgiften att försöka förstå den terminologi som faktiskt är given. Och för att kunna fullgöra denna senare uppgift är det en förutsättning att man tar juristens förhållningssätt till rätten och rättsreglerna på allvar. Det var detta Strahl försökte göra genom att ansluta sig till den "normativa" rättsuppfattningen – det vill säga genom att tänka på regelplanet. Ur normativ synvinkel sett spelar det som Strahl framhåller ingen roll huruvida rätten "finns" eller inte. Realisternas frågeställning hamnar i skymundan. Strahl skriver:

> [L]åt vara att Hägerström visat upp att gällande rätt icke är uttryck av vilja och att rättigheter och plikter icke existera, den juridiska verksamheten kan tydligen det oaktat fortgå ungefär som förut.[993]

Man kan mena att Olivecrona hade börjat röra sig i denna riktning – det är väl denna tendens i hans tänkande som skiljer honom från Hägerström och Lundstedt och som på sextiotalet skulle kulminera i den fullt utbildade Olivecronska imperativteorin, med klara beröringspunkter med J L Austin och den så kallade Oxfordfilosofin.[994] Strahl ville i allt fall mena, att Olivecrona, redan före Hedenius angrepp, med sina utta-

[992] Och det visade sig ju, i Uppsalaskolans analys, vara *samtliga* begrepp. Det säger någonting om Uppsalaskolan och det säger någonting om det juridiska språket. Jfr ovan s 19 ff.

[993] Strahl, a a s 311. Jfr Ussing, Retstridighed s 8 f: "Når jurister talar om en fremstilling av 'gældende ret', har de en rent praktisk forståelse af, hvad der menes, men i konturerne er betydningen af ordene usikker, og de fleste jurister ville ikke kunne give en definiton af gældende ret. [...] Den, der fremstiller visse retsregler som gældende ret i et land, kan gøre det uden at tage stilling til retsbegrebet." Poängen gjordes redan av Kant, Die Metaphysik der Sitten s 65: "[Was ist Recht?] Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, ebenso in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: *Was ist Wahrheit?* Den Logiker."; se också Kant, Kritik av det rena förnuftet s 652 (i noten); jfr Zahle, "Hvad skal jeg gøre i denne sag?" s 83 och 92. Lundstedt torde ha varit av en annan uppfattning; jfr hans ovan i n 74 återgivna uttalande.

[994] Den tidens modefilosofi. Se Olivecrona, Rättsordningen, vars stora tema är det rättsliga språket. För Olivecronas sätt att använda Austin se Rättsordningen kap VI. Rörelsen från Cambridge (Moore och Russell) till Oxford (Austin, Strawson m fl) kan beskrivas som en förskjutning i attityden till språket. Initialt är det egentliga intresseområdet *logiken* – åtminstone för Frege och Russell – och det s k naturliga språket studeras därför att det genererar logiska problem. Logiken angår primärt, antog man, en viss typ av språkliga uttryck: de s k påståendena (propositions). Ett påstående kan vara antingen sant eller falskt – det har vad man kallar sanningsvärde, och på så sätt kunde man, i ett tämligen ambitiöst projekt, koppla logiken till världen. När man söker översätta det naturliga

landen om rättsreglernas form – det första utkastet till läran om de rättsliga imperativerna[995] – i realiteten hade övergett den ortodoxa Uppsalafilosofin,[996] och att han nu, i och med sitt svar till Hedenius, "bekänt sig till den normativa uppfattning, som även [Strahl] funnit riktig".[997] Uppsalaskolan hade avväpnats, om vi får tro Strahl:

> I själva verket torde den syn på de rättsliga företeelserna, som Olivecrona nu utvecklar, icke mycket skilja sig från den många jurister här i landet mer eller mindre medvetet sedan länge omfattat.[998]

Det innebär inte nödvändigtvis en metafysisk förvillelse att tala om rättigheter. Det är vad jurister gör. Men vad innebär det, om det innebär någonting? Det verkade nu som om detta terminologiska spörsmål plötsligt stod öppet. Man kunde inte återvända till den gamla "naturrättsliga" åskådningen. Och det hade visat sig – nästan som genom en överenskommelse – att vi inte behövde lämpa det juridiska språket och rättsideologin över bord. Vad som behövdes i detta läge var en *sekulär* förståelse av den rättsliga terminologin i allmänhet och rättighetsbegreppet i synnerhet.[999] Frågan stod och vägde och man blickade framåt.[1000] Olive-

---

språkets uttryck till formell logik kommer det emellertid uppenbarligen att innebära en reduktion. När man rörde sig bort från dessa utgångspunkter skedde det genom en gradvis ökande medvetenhet om omfattningen och komplexiteten hos de meningssammanhang som man på tillsynes godtyckliga grunder hade uteslutit från analysen. Ambitionerna blev mindre storslagna. Uppmärksamheten kom alltmer att riktas mot språket som sådant (från logik till *språk*). År 1955 kunde Austin, angående de steg den analytiska filosofin på så sätt tagit, utbrista: "[I]t cannot be doubted that they are producing a revolution in philosophy. If anyone whishes to call it the greatest and most salutary in its history, this is not, if you come to think of it, a large claim. It is not surprising that beginnings have been piecemeal, with *parti pris*, and for extraneous aims; this is common with revolutions." Ännu en revolution. Vi har tydligen att räkna med en vändning mot språket *inom* det språkfilosofiska paradigm som Frege skall ha givit upphov till. Eller också kan vi nöja oss med att konstatera att även det filosofiska språkbegreppet förändras. Vid slutet på 20-talet ansåg Wittgenstein sig ha lämnat sanningsfrågan för meningsfrågan. Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 85, kommenterar: "With this shift, Wittgenstein had, as it were, completed the 'linguistic turn' which had begun with the *Tractatus*."

[995] Se Olivecrona, Om lagen och staten 26 ff. Jag väljer att inte gå in närmare på denna lära här.

[996] Se Strahl, a a s 311 f.

[997] Strahl, Anm av Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget och Olivecrona, Lagens imperativ s 239.

[998] Strahl, a a s 240.

crona hoppades för sin del att Uppsalaskolans budskap inte skulle gå förlorat i den kommande debatten:

> Ord såsom ägare, panthavare etc kunna användas i en rent formell bemärkelse för att beteckna, att med avseende å en viss person föreligger vissa fakta, som enligt lagen konstituera ett laga fång, resp ge upphov till panträtt etc.
>
> Emellertid måste man här pröva sig fram. En terminologi kan icke blott beskrivas, den måste utexperimenteras. Först om den kan genomföras i en större framställning och visa sig ge uttryck åt tankarna på ett naturligt och klart sätt har den bestått provet. Samtidigt måste framhållas, att det här gäller någonting vida mer än blott terminologi. Det väsentliga är den djupgående förändring i begreppsbildning och betraktelsesätt inom juridiken, som inletts genom Hägerströms och Lundstedts arbeten. Nya uttryckssätt för gamla tankar äro utan betydelse. Men nya tankar kräva nya, för dem avpassade uttryckssätt.[1001]

Skulle man kunna behålla de vunna insikterna givet den nya riktning som utvecklingen tagit?[1002] Skulle, med andra ord, den stundande rättighetsdebatten komma att innebära ett reellt framsteg, istället för att bli blott ännu en, snart obsolet, omformulering? Såsom vi är skolade är vi benägna att svara ja på den frågan.[1003]

[999] I detta skede var det synbarligen inte möjligt att helt enkelt låta frågan vara. Det fanns ett behov av teori.

[1000] I nutida förmögenhetsrätt hanterar vi frågan som avgjord och blickar bakåt – som om frågan på något sätt faktiskt och slutgiltigt avgjordes genom rättighetsdebatten. Det är anmärkningsvärt redan av det skälet, att vi strängt taget inte längre vet vad frågan egentligen gällde.

[1001] Olivecrona, Lagens imperativ s 57.

[1002] Olivecrona själv skulle senare dra slutsatsen att rättsvetenskapen misslyckats i detta avseende; se ovan n 990. För hans eget försök att bygga vidare på Hägerströms analys av rättighetsbegreppet se Olivecrona, Rätt och dom s 92 ff; dens, Rättsordningen s 204 ff.

[1003] Vilket vill säga att vi, åtminstone i detta hänseende, vill likna rättsvetenskapen vid naturvetenskaperna, snarare än vid filosofin. Filosofin kommer, som bekant, ingenvart. Russell, Our Knowledge of the External World s 13: "Philosophy, from the earliest times, has made greater claims, and achieved fewer results, than any other branch of learning." Som de flesta filosofer trodde dock Russell att han själv stod på tröskeln till en tid då filosofin skulle kunna göra faktiska framsteg. Med en formulering hos Dilthey: "In einem unermeßlichen Reichtum von Lebensformen hat die Metaphysik sich ausgebreitet. Sie geht rastlos von Möglichkeit zu Möglichkeit vorwärts. Ihr genügt keine Form, sie setzt jede um in eine neue. Ein geheimer innerer Widerspruch, der in ihrem Wesen selbst liegt, tritt in jedem ihrer Gebilde neu heraus und zwingt sie, die gegebene Form fallen zu lassen und eine neue zu suchen."; Dilthey, Das Wesen der Philosophie s 115. Men vad är ett "framsteg"? Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 99: "Filosofin har inte gjort

7.5.3 Rättighetsdebatten i officiell bemärkelse

7.5.3.1 Inledning – Ekelöfs uppgift

Enligt den officiella historieskrivningen inleds "rättighetsdebatten" med Ekelöfs uppsats "Juridisk slutledning och terminologi", som publicerades i TfR 1945.[1004] Uppsatsen är idéhistoriskt betydelsefull, i flera avseenden; bland annat innehåller den Ekelöfs skolbildande precisering av begreppen "rättsfaktum" och "rättsföljd".[1005] I förevarande sammanhang har vi dock att rikta uppmärksamheten mot den utläggning om "termen rättighet" som avslutar Ekelöfs framställning.[1006]

Den fråga Ekelöf ställer sig, och som alltså innebär startskottet för rättighetsdebatten stricto sensu, är vid första påseende påfallande teknisk. Han undrar, vilket mer preciserat uttryck som skulle kunna ersätta rättighetsterminologin i två specifika satssammanhang, utan att de ifrågavarande satserna i detta sammanhang förlorar sin juridiska funktion.[1007] Ekelöf beskriver de situationer han tar sikte på med hjälp av två exempel:

> A: På grund av denna försträckning har en fordran (fordringsrätt, fordringsrättighet) uppkommit.
>
> B: Enär här en fordran föreligger, skall betalning ske på förfallodagen.

Vilket mer precist uttryck kan nu substitueras för ordet "fordran" – som ju betecknar en form av rättighet – i dessa satser? Sedd för sig är väl frågan något märklig. *Varför* skulle man nämligen byta ut ett välbekant och synbarligen fungerande språkligt uttryck mot något annat? Vad skulle det rimligen kunna tjäna till? *Detta* är alltså den fråga som man sedermera skulle debattera så intensivt, i flera års tid? Denna ... *petitess*, denna teknikalitet, är det som ligger i botten på den för modern skandinavisk

---

något framsteg? – Om någon skrapar sig där det kliar, måste man kunna se ett framsteg i detta? Är det i annat fall inte ett äkta skrapande, eller en äkta klåda? Och kan inte denna reaktion på retningen fortsätta så en lång tid, innan man finner ett medel mot klådan?"

[1004] Se Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s 139; Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 546; Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 529 n 1; dens, Tû-Tû s 481; Sundby, Legal Right in Scandinavian Analyses s 79.

[1005] Varom mera nedan i avsnitt 10.5.

[1006] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 242 ff.

[1007] Se Ekelöf, a a s 243.

rättsvetenskaps självförståelse och självkänsla så viktiga rättighetsdebatten? För att förstå det, är det naturligtvis nödvändigt att beakta sammanhanget. Rättighetsdebatten startade inte i ett vakuum.

På ett abstrakt plan kan Ekelöfs frågeställning betraktas som ett uttryck för den strävan efter ett *bättre* språk, som är så typisk för det tidiga 1900-talets akademiska tänkande – "bättre" i bemärkelsen mer logiskt, det vill säga, givet tidens vetenskapsideal, mer vetenskapligt.[1008] Mer konkret gäller det naturligtvis att hantera – och i Ekelöfs fall också att förvalta – arvet efter Uppsalaskolan. Och detta i det nya debattlandskapet, efter den vändning, som "Om rätt och moral" förde med sig. Ekelöf ger sig här in på det terminologiska experimenterande som Olivecrona några år tidigare hade öppnat för,[1009] och han försöker – så som Olivecrona önskade – att i processen ta vara på Uppsalafilosofins grundtankar. Man kan tycka att Ekelöf här stod inför en omöjlig uppgift. Han var en lojal Hägerströmian,[1010] men han var också i hög grad medveten om de nya villkor som debatten hade underkastats. Nu hade han synbarligen att förena två oförenliga paradigm – det gamla, tyska, begreppsliga, föreställningsorienterade och det nya, engelska, analytiska, meningsorienterade. Han valde en försiktig, syntetiserande strategi, och kunde kanske inte göra annat.

7.5.3.2 Ekelöf för Uppsala – den nya tidens terminologi

Ekelöf presenterar sin frågeställning mot bakgrund av Uppsalaskolans analys av rättighetsbegreppet.[1011] Denna hade, noterar han, mynnat ut i slutsatsen att "man med rättighet menar något som inte är givet i tid och

[1008] Idén här, som t ex Frege, Russell och den unge Wittgenstein delade med Hägerström och Lundstedt, är alltså att de s k "naturliga språken" är undermåliga, ur vetenskaplig synvinkel sett. En av de mest populära bilderna i den analytiska litteraturen är Otto Neuraths skeppare, som måste bygga om sitt skepp ute till havs: "Wie Schiffer sind wir, die ihr Schiff auf offener See umbauen müssen, ohne es jemals in einem Dock zerlegen und aus besten Bestandteilen neu errichten zu können." (citatet efter W v O Quine, som låter det stå som motto för sin "Word and Object"). Vi måste klara oss med det vi har, är andemeningen, och ta en planka – ett språkligt uttryck – i taget. Men luften torde alldeles ha gått ur detta projekt – nu framträder Neuraths liknelse (från 1932) i en annan dager. Varför skulle man bygga om sitt skepp ute till havs? Om det inte var trasigt, efter en storm eller så – men varför skulle vi likna vårt språk vid ett stormridet skepp? Är språket trasigt? I behov av reparationer?

[1009] Se strax ovan vid n 1001.

[1010] Se nedan vid n 1614.

[1011] Se härtill, Ekelöf, Från en forskares verkstad s 15.

rum", men den hade bedrivits – av Hägerström, Lundstedt och Olivecrona – under premissen att rättighetsbegreppet har *en och samma innebörd* i alla de sammanhang i vilka termen "rättighet" förekommer.[1012] Ekelöf säger sig för egen del inte vilja beröra denna fråga, utan koncentrerar sig, tillsynes blygsamt, på en mindre uppgift, nämligen att söka en rimlig substitution för rättighetsterminologin *i de två ovan angivna specialfallen*. I praktiken innebär detta emellertid en betydande anpassning till den nya tidens krav.

Just här ligger nämligen det väsentliga i Ekelöfs modernisering av Uppsalaskolans analysmodell, även om det subtila och ödmjuka framställningssättet är ägnat att dölja detta faktum.[1013] Ekelöf vänder effektivt på den Hägerströmska begreppsanalysen: Nyanser i språkbruket skall inte läggas till grund för slutsatsen att det bakomliggande begreppet logiskt sett är i oordning, utan får istället föranleda en spjälkning av begreppet. Språkbruket blir normen, någonting som skall förklaras.[1014] Därmed har, reellt sett, grunden för "rättskritiken" – i Hägerströms och Lundstedts mening – undanröjts. Ekelöf berör inte själv dessa konsekvenser. Han polemiserar överhuvudtaget inte med Uppsalaskolans företrädare. Ty hans ärende är konstruktivt – det gäller den nya terminologi som skulle användas i den "moderna juridik" som nu höll på att ta vid.[1015] I det sammanhanget blir Hägerström med lärjungar att betrakta som vägröjare. De har ombesörjt den omvälvning av rättsvetenskapen som Ekelöf och hans generationskamrater nu hade att förhålla sig till.

Det övergripande projektet i "Juridisk slutledning och terminologi" är således att, såvitt gäller de juridiska slutledningarna (från regel till tillämpning),[1016] föreslå en terminologisk apparat som kunde försvaras uti-

[1012] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 243.

[1013] Jag vet inte om Ekelöf vid tillfället var medveten om förändringens vidd. Tydligtvis var han det senare. Retrospektivt skriver Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 271: "Liksom i andra fall utgick [Hägerström] från att [termerna] hade samma betydelse i de olika sammanhang, där de förekom i juridiska texter."

[1014] Jfr Hellner, Några anteckningar om juridik och filosofi s 7 f: "De undersökningar som Ekelöf, Strahl, Ross m fl gjort av rättighetsbegreppet innebär just en [...] övergång från att försöka fastställa vad som är verklighetsunderlaget för begreppet till en analys av hur termerna 'rättighet', 'fordran' osv fungerar i de juridiska resonemangen."

[1015] Se särskilt Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 242.

[1016] Ekelöf uppehåller sig i denna problemkrets under hela sin akademiska karriär. Hans slutliga ställningstagande ligger i den teleologiska lära man finner i "Rättegång I".

från den moderna filosofins utgångspunkter.[1017] Moderna termer är enligt Ekelöfs uppfattning "rättsfaktum", "rättsföljd", "social funktion" och "sanktion" – termer, kan man anmärka, som väl lämpar sig för en beskrivning av rättssystemet uppfattat som en integrerad del av samhällsmaskineriet.[1018] Termen "rättighet" är däremot, som läsaren kanske har en känsla av, inte *modern* i denna mening.[1019] Den behandlas av Ekelöf som en rest från ett passerat stadium i rättsutvecklingen:

> För en äldre tids juridik framstod andra termer, främst rättighet och förpliktelse, såsom de för juridiken centrala.[1020]

När Ekelöf nu ändå tar upp rättighetsbegreppet till behandling är det, påstår han, därför att detta trots allt används i moderna framställningar.[1021] Man skulle emellertid kunna säga att han *behövde* hantera rättighetsbegreppet – på något sätt. Den "moderna" analys av de juridiska slutledningarna som han hade presterat skulle ju ersätta den äldre, obsoleta terminologin, och denna var, i synnerhet i civilrätten, i hög grad beroende av rättighetsbegreppet.[1022] Rättighetsbegreppet hade, som vi sett, stått i fokus för Uppsalaskolans rättskritik. Det centrala budskapet hade varit att det *inte finns* några rättigheter. Alltså borde man rimligen ha kunnat stryka ett streck över rättighetsbegreppet och istället använda, till exempel, Ekelöfs begrepp "rättsfaktum" och "rättsföljd". Problemet med denna Hägerströminfluerade, dualistiska historieskrivning var blott, att den inte höll streck. Inte nog med att det fanns rättsvetenskapsmän

[1017] Primärt gäller det Uppsalaskolans s k värdenihilism, till vilken Ekelöf bekänner sig. Se Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 213.

[1018] Ekelöf, a a s 242; se också dens, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 554.

[1019] Vid samma tid skriver Horkheimer, Eclipse of Reason s 16: "Justice, equality, happiness, tolerance, all the concepts that [...] were in preceding centuries supposed to be inherent in or sanctioned by reason [och hit kan vi även räkna rättighetsbegreppet], have lost their intellectual roots. They are still aims and ends, but there is no rational agency authorized to appraise and link them to an objective reality. Endorsed by venerable historical documents, they may still enjoy a certain prestige, and some are contained in the supreme law of the greatest countries. Nevertheless, they lack any confirmation by reason in its modern sense." *Nu* är väl åtskilliga av de begrepp som modernismen gjorde rotlösa på väg att få upprättelse. Det gäller säkerligen rättighetsbegreppet. Jfr nedan n 1111.

[1020] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 242.

[1021] Ekelöf, a st. Begreppet används, men är i vilket fall passé?

[1022] Om överlåtelse så äganderätt. Om äganderätt så rätt att, t ex, överlåta. Jfr de av Ekelöf valda satssammanhangen, exemplifierade av satserna A och B strax ovan.

som alltjämt använde rättighetsterminologin – trots decennier av förebråelser från Lundstedt. Figurer som Undén och Strahl, som hade försvarat rättighetsterminologin med hänvisning till en Kelseniansk normativ rättsuppfattning, hade nu fått understöd av Hedenius, som agerade med en ny form av filosofi i ryggen. Och Olivecrona hade förklarat sig kunna acceptera rättighetsterminologin, låt vara med stränga förbehåll. I detta läge kunde Ekelöf inte gärna nöja sig med att avfärda rättighetsbegreppet.

Vad han istället gör, eller försöker göra, är att visa att rättighetsbegreppet, i de sammanhang i vilka det har bäring på hans problem, det vill säga såvitt gäller de juridiska slutledningarna, i funktionellt hänseende kan översättas till hans egen moderna terminologi. *Därigenom* förmår han ge en ny – semantisk – förklaring till den förvirring som han, i anslutning till Hägerström, antar vara förknippad med rättighetsbegreppet, och sålunda bereds han tillfälle att bemöta Hedenius angrepp på Uppsalaskolan.

Ekelöfs idé är enkel. Han antar att en term som "fordran" i de två sammanhang som han undersöker betyder *två olika saker.* I situation A ("Om x så föreligger en fordran") skall "fordran" beteckna *ett komplex av rättsföljder*, medan den i situation B ("Om en fordran föreligger så y") betecknar *ett komplext rättsfaktum.*[1023] Vad dessa komplex närmare bestämt består av följer naturligtvis av gällande rätt.[1024]

En term, två betydelser. Med denna analys kan Ekelöf leverera en uppdaterad version av Uppsalaskolans kritik av rättighetsidén. Han anmärker, att man vanligen anser att rättigheten har sin grund i rättsfakta och att den i sin tur utgör grunden för rättsföljden.[1025] Detta innebär, menar han, en sammanblandning av grund och följd.[1026] Rättigheten blir en förmedlande länk mellan rättsfaktum och rättsföljd, och kommer på så sätt att föra en, tänkt, självständig existens. I realiteten

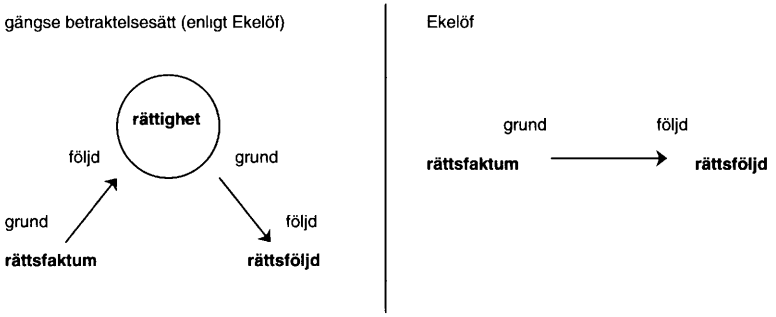
[1023] Variablerna x och y står här för en eller annan sammansättning av rättsfakta respektive rättsföljder – se de konkreta exemplen ovan s 360.

[1024] I enlighet med det senaste vetenskapliga modet beskriver den filosofiskt skolade (se ovan n 371) Ekelöf, a a s 246, i en not sitt begrepp "komplext rättsfaktum" formallogiskt. Den formel han använder är denna (med nutida notation): $F = (((a \vee b) \wedge \neg(x \vee y \vee z)) \vee c \wedge \neg(x' \vee y' \vee z')\ldots) \wedge \neg(p \vee q \vee e)$. Innebörden är trivial och skall inte återges här – det som intresserar i sammanhanget är den vetenskapskulturella symboliken. Jfr i och vid n 933 och 936 ovan.

[1025] Ekelöf, a a s 247 och 249.

[1026] Ekelöf, a a s 248.

finns emellertid, enligt Ekelöf, ingenting annat än en relation mellan rättsfaktum och rättsföljd. Rättigheten är blott en hypostasering av denna relation.[1027]



Förklaringen till den sammanblandning av grund och följd som Ekelöf menar ligger i rättighetsbegreppet antar han att vi:

> *sannolikt* [min kurs] [har] att söka i rättighetsbegreppets ursprungliga betydelse av övernaturlig kraft. Att man här skulle ha att finna förklaringen till rättighetsbegreppets logiska struktur är ju en grundtanke i Hägerströms rättsfilosofi.[1028]

Rättigheten förstår vi som en kraft, i översinnlig mening: Vi föreställer oss att rättigheter kan ha sin grund i till exempel avtal, och att man *emedan man har rätt till det* kan kräva till exempel fullgörelse.[1029] Visserligen tror "vår tids människor" inte "på existensen av några dylika krafter", *men* –

[1027] Jfr den analoga argumentationen hos Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 12, där arvet från Hägerström gör sig tydligare påmint.

[1028] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminlogi s 248.

[1029] En liknelse hos Ekelöf, a st, illustrerar vad han menar med "kraft" i detta sammanhang: "I att en stålfjäder, genom att spännas, får en mekanisk kraft, inlägger man väl i allmänhet ingen annan betydelse än att stålfjäderna slår ut, såvida någon skulle lossa på densamma [och detta är Ekelöfs attityd till rättighetsbegreppet; den moderna, vetenskapliga attityden, någonting som betonas genom analogin till det fysikaliska kraftbegreppet]. Emellertid finns det en annan innebörd av termen kraft [analog med den innebörd som man, enligt Ekelöf, efter gängse betraktelsesätt lägger i rättighetsbegreppet], som anses prägla primitivt föreställningssätt men som otvivelaktigt kauserar även i moderna människors tänkande. Härvid uppfattas kraften som en genom anspänningen uppkommen egenskap hos stålfjädern."; se också Ekelöf, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s 169; dens, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 554 f.

så ser Ekelöf på saken – i och med att vi bibehållit rättighetsterminologin har vi, oreflekterat, alltjämt med oss "kraftföreställningen" i juridiken.[1030] I rättsvetenskapen har vi dock egentligen inget behov av denna terminologi,[1031] inte vad gäller den juridiska slutledningens problematik, som ju Ekelöf tacklat med hjälp av sina begrepp rättsfaktum och rättsföljd. De kan användas för att utpeka de egentliga realiteter som termen "rättighet" betecknar, funktionellt sett – i situation A ett komplex av rättsföljder och i situation B ett komplext rättsfaktum. Ja, själva rättighetsterminologin är här, enligt Ekelöfs mening, ägnad att förvirra:

> Då båda dessa realiteter kontamineras i den ursprungliga betydelsen av termen rättighet, har det ställt sig naturligt att utnyttja denna term som beteckning för dem båda. Att man ej klart inser, att man härvid begagnar termen i olika betydelser, skulle sammanhänga med att den berörda kontaminationen fortfarande kauserar i vårt tänkande.[1032]

Notera alltså, att om vi ser till resultatet så framstår Ekelöfs analys av rättighetsbegreppet som en ren omformulering av den ortodoxa Uppsalaskolans ståndpunkt. Även Ekelöf uppmanar oss att stryka ordet "rättighet" ur vår terminologi, i klarhetens intresse, men hans uppmaning tar, under trycket från de senaste årens händelseutveckling, formen av en utläggning av rättighetsbegreppets innebörd. Tydligtvis insåg han själv, att de signaler han sände ut var motstridiga, ty han tillägger:

> För undvikande av missförstånd vill jag till slut tillägga att det föregående ej må fattas som ett försvar för den användning termen rättighet vunnit inom juridiken. Att man behöver tekniska beteckningar för komplext rättsfaktum och komplex av rättsföljder utgör intet skäl för att samma term begagnas för dessa båda realiteter. Tvärtom kan detta ha sina olägenheter.[1033]

Och detta var väl något av en underdrift. Låt vara att han inte säger sig vilja ta ställning till den stora frågan om rättighetsbegreppet, den som Hägerström, Lundstedt och Olivecrona drev. Låt vara att han inte *direkt*

[1030] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 249: "[K]raftföreställningen i dess ursprungliga innebörd [har] visat sig vara mer seglivad inom juridiken än inom fysiken."
[1031] Se Ekelöf, a a s 249 och 255.
[1032] Ekelöf, a a s 249; jfr dens, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 556.
[1033] Ekelöf, a a s 255.

skriver under på Hägerströms primitivologiska utredningar. Och låt vara att han lägger upp sin undersökning som om det gällde att finna en rimlig förklaring av ett drag i gängse språkbruk.[1034] Hans analys är inte blott explikativ. Den är kritisk. De facto finns det inga som helst skäl att behålla rättighetsterminologin om Ekelöfs analys är riktig. Den utgör ett försvar för Uppsalaskolan.[1035]

Hans resonemang är till exempel, som läsaren torde ha märkt, psykologistiskt, i gammal god stil, och han bemöter också uttryckligen Hedenius angrepp på Hägerströms och Lundstedts psykologism – det är ju denna som enligt Hedenius ligger till grund för "det Hägerström-Lundstedtska misstaget". Vad Ekelöf har att säga i denna del är något trevande.[1036] Han noterar att Hedenius invändning går ut på, att psykologiska begreppsanalyser av det slag som Ekelöf här ägnat sig åt rent logiskt vore omöjliga. Han konstaterar att Hedenius anser att "man kan ha oriktiga åsikter [om] vad man menar med ett ord" – någonting som han själv är skeptisk till.[1037] Och han anmärker – insiktsfullt – att Hedenius analyser är beroende av att man framgångsrikt kan hantera problemet med "själva meningsbegreppets innebörd". Den uppgiften vill han inte själv ta på sig.

[1034] Ekelöf, a a s 249 f, anmärker att han har utgått från att man med "rättighet" ursprungligen menat "ett övernaturligt maktförhållande" (Hägerströms ståndpunkt) – men framhåller att detta antagande mycket väl kan komma att visa sig vara felaktigt: "Man måste ju räkna med att denna uppfattning är oriktig och att detta blir klarlagt genom framtida primitivologiska undersökningar. Härom kan jag självfallet icke ha någon mening utan får åtnöja mig med att understryka det hypotetiska i utgångspunkten för mitt resonemang."

[1035] Jfr Olivecrona, Rätt och dom s 144 f.

[1036] Se Ekelöf, a a s 250 f.

[1037] Jfr n 1643 nedan. Man får känslan att Ekelöf ansåg det vara uppenbart befängt att påstå, att man kan missta sig på vad man menar. Men lägg märke till skillnaden mellan uttrycken "att mena någonting med någonting" och "den mening som någonting har". Mening för Frege, Russell och Hedenius var någonting objektivt. Men mening för Uppsalaskolan, och för Ekelöf, var någonting subjektivt (ett psykologiskt faktum). Se vidare avsnitt 10.6.1 nedan.

7.5.3.3 Om vad som nu stod på spel – den scientistiska utmaningen

> Was gibt uns [...] die Zuversicht, mit unserem Ruf nach Klarheit, nach metaphysikerfreier Wissenschaft durchzudringen? Das ist die Einsicht, oder, um es vorsichtiger zu sagen, der Glaube, daß jene entgegenstehenden Mächte der Vergangenheit angehören. Wir spüren eine innere Verwandtschaft der Haltung, die unserer philosophischen Arbeit zugrunde liegt, mit der geistigen Haltung, die sich gegenwärtig auf ganz anderen Lebensgebieten auswirkt; wir spüren diese Haltung in Strömungen der Kunst, besonders der Architektur, und in den Bewegungen, die sich um eine sinnvolle Gestaltung des menschlichen Lebens bemühen: des persönlichen und gemeinschaftlichen Lebens, der Erziehung, der äußeren Ordnungen im Großen. Hier überall spüren wir dieselbe Grundhaltung, denselben Stil des Denkens und Schaffens. [...] Der Glaube, daß dieser Gesinnung die Zukunft gehört, trägt unsere Arbeit.
>
> *Rudolf Carnap*

Rättighetsdebatten kan med denna Ekelöfska inledning betraktas som en fortsättning på de stridigheter, som sedan 1920, då Lundstedt inledde sitt angrepp på "jurisprudensens läror",[1038] hade rasat kring rättighetsbegreppet.[1039] Det är vad jag vill föreslå. Ett sådant betraktelsesätt går till synes på tvärs med den vedertagna tolkning, som framställer rättighetsdebatten från och med 1945 som ett efterkrigssamtal – ett sansat samtal, graviterande mot en gemensam grundsyn (såsom Ross och Strahl såg det, och vi efter dem). Jag vill dock understryka, att stridigheterna fortsatte, låt vara på ett (avsevärt) mer civiliserat sätt.[1040]

[1038] Jfr Ross, Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s 227: "[Lundstedts] Dom fældes over 'Jurisprudensen', hvormed Forfatteren i et kort og bekvemt Udtryk sammenfatter alle Samtidens Retslærde med undtagelse af Forfatteren selv".

[1039] Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 132 "[...] *den kritik av rättsideologin som utgör grunddraget i hela mitt vetenskapliga författarskap alltifrån 1920*"; dens, a a s 187: "1920 på våren publicerade jag min första enligt min egen mening *vetenskapliga* skrift 'Kritik av straffrättens grundåskådningar'".

[1040] Jfr t ex Sundby, Legal Right in Scandinavian Analyses s 84: "Ekelöf's fundamental approach found support among the various participants in the Scandinavian discussion. His emphasis on the importance of the context for the question of definition, his selection of specific legal contexts, his method of substitution – these points offered a permanent basis for the subsequent discussion. On this basis *the analytical writers* [min kurs] united against certain earlier theories." Ett *clean break* med historien, alltså.

Mellan dessa båda tolkningar – min och den som jag här antagit vara vedertagen[1041] – föreligger en viktig, men kanske subtil skillnad. Och det är inte blott en fråga om formuleringar. Går man med på att motsättningarna började slätas ut, att man nu kunde mötas på samma plan, att vad det från denna punkt gällde närmast var en rent teknisk fråga, nämligen hur rättighetsbegreppet i detalj skulle analyseras ... gör man det, så har man valt sida i debatten – man har lierat sig med segrarna och går redan deras ärenden. Ty då bidrar man till den ovan berörda pacificeringen av Uppsalaskolan (och det var inte Uppsala som vann).

Det är i sin ordning att ta ställning, men man bör göra det i fullt medvetande om vad man har gjort, för det bäddar för en dålig förståelse av debatten. Vad denna ytterst sett handlade om, var – vill jag säga – alls inga teknikaliteter, utan synbarligen någonting så stort och avgörande som frågan, *hur den utmaning, som den modernistiska scientismen hade ställt juridiken inför, slutligen skulle hanteras inom ramen för svensk och skandinavisk rättsvetenskap.* Premisserna är välkända och har berörts upprepade gånger i det föregående: Efter idealismens triumf under artonhundratalet, som för juridikens del hade resulterat i den imposanta tyska professorsrätten, infann sig mot seklets slut en tvekan och en trötthet som vid övergången i nittonhundratal kanaliserades i en scientistisk revolt. Ner med metafysiken, åter till verkligheten, bannlys spekulationen, störta Hegel och så vidare...[1042]

[1041] Jfr t ex Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s 139 "Den kritik som Uppsalafilosofiens företrädare riktat mot olika teorier om rättighetsbegreppets mening, torde vara välbekant för alla, som intresserar sig för juridiska spörsmål. Undanröjandet av äldre oriktiga teorier härom är deras främsta rättsfilosofiska insats. Det saknas emellertid anledning att i förevarande sammanhang gå in på dessa teorier och deras vederläggning. I stället skall vi ta vår utgångspunkt i den diskussion om den faktiska användningen av rättighetsbegreppet inom juridiken, som för några år sedan inleddes av Ekelöf."

[1042] Ett av otaliga exempel ger följande strof från förordet till "Virkelighed og Gyldighed i Retslæren", den avhandling som gav Alf Ross jur dr-graden: "*Filosofien maa, om den vil gælde som Videnskab, besinde sig fagvidenskabeligt.* I en Tid som denne, hvor den filosofiske Tænkning, betrængt af ydre og indre Nød, og af det Kaos, der synes at blive den uundgaalige Følge af det videnskabelige Verdensbilledes Sammanbrud, viser Tendens til at søge Tilflugt i metafysiske Luftslotte østen for Sol og vesten for Maane, har denne Devise, forekommer det mig, mere end nogensinde Gyldighed som Udtryk for Krav om Besindighed, saglig Udholdenhed og Kontinuitet i den videnskabelige Tænkning." Märk att det är mycket svårt att tänka sig in i den situation utifrån vilken Ross här talar. Vi kan omöjligen förstå allvaret. Nöd, kaos, den vetenskapliga världsbildens sammanbrott ... det är i denna stämning som den antimetafysiska scientismen blir meningsfull – och en kallelse.

Det var inte första gången som någonting liknande inträffade. Räknar vi vetenskapen som en produkt av den så kallade vetenskapliga revolutionen får vi säga, att den första scientistiska vågen slår över juridiken när Grotius, Hobbes och Pufendorf rycker rätten ur skolastikernas händer och sätter det naturliga förnuftet i Skriftens och Aristoteles ställe.[1043] Då som för ett sekel sedan sattes juridikens vetenskaplighet ifråga. Vad kan man säga? Juridik är en exegetisk verksamhet som trivs dåligt i tider av tillitsfull scientism – när de exakta vetenskapernas ideal behärskar det akademiska tänkandet.[1044]

Det var inte första gången, men denna gång var den scientistiska faran särskilt påträngande och närvarande för de svenska juristerna – ty den emanerade från Uppsala. Lundstedt utövade ett burdust förtryck över sina kollegor,[1045] och det förelåg, som Markku Helin har uttryckt det, en "social beställning" på en analys som skulle avslöja vad som var fel med Uppsalaskolans läror.[1046] Undén och Strahl hade i sin polemik åberopat Kelsen – vars normativistiska rättsuppfattning förvisso tillhandahöll en alternativ lösning på frågan om den akademiska juridikens vetenskaplighet – men de kunde inte överrösta Lundstedt. Först med Hedenius ingrepp i skeendet kunde Hägerströmianismens tankemonopol brytas. Nu var frågan öppen. Enligt vilka (vems) principer skulle saken avgöras? På något sätt måste juridikens relation till vetenskaperna redas ut. Alternativen var synbarligen:

[1043] Man kan finna *många* andra exempel, i det stora och i det lilla, i alla rättskulturer. Den Darwininspirerade naturalismen, den svenska miljörätten, de s k cognitive legal studies etc. Jfr t ex Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 5.

[1044] Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 6, skriver om den logiskt-positivistiska vändan: "Rättsdogmatikerna fick [...] veta att de inte var vetenskapliga. De sysslar ju med normativa system, dvs något som egentligen inte existerar (annat än som enskilda personers tankeinnehåll), och med värderingar, dvs känslouttryck som inte kan göra anspråk på sanning eller ens rationalitet. Man kan inte förundra sig över att en del rättsdogmatiker förlorade självförtroendet." Jfr Tuori, Critical Legal Positivism s 285: "Legal science seems to be constantly plagued by a bad conscience. It doubts its scientific status and has an insatiable need to prove, both to itself and to others, that it shares the defining features of a scientific paradigm." Detta gäller förvisso inte bara rättsvetenskapen; se Rorty, Science as solidarity s 35.

[1045] Ett exempel. Om Nial skriver Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 169, att denne "näppeligen kunde sägas representera *någonting* inom nutida rätts*vetenskap*".

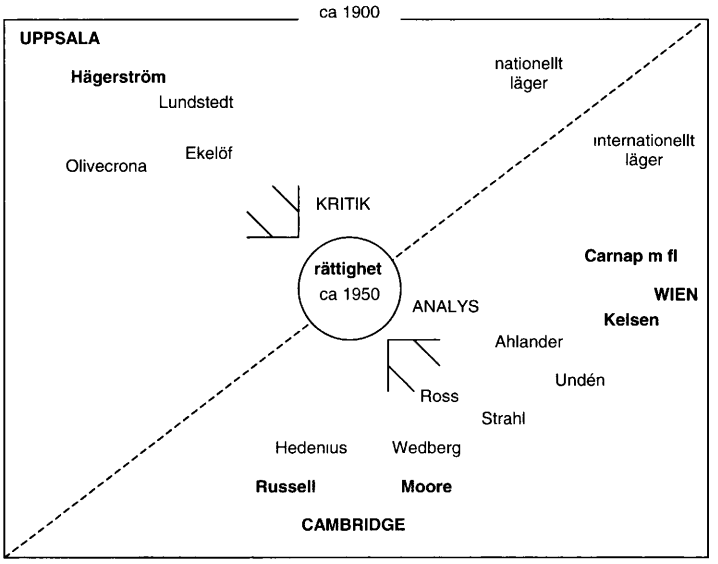
[1046] Helin, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s 77.

UPPSALA: Rätten är inte verklig. Det faller på en ny, vetenskaplig juridik att studera de realiteter som ligger bakom det som vi har kallat "rätten".

WIEN (Kelsen): Rätten är inte fakta, utan norm. I denna sin egenskap är den ett legitimt föremål för vetenskapligt studium.

CAMBRIDGE: Såvitt gäller det teoretiska studiet av rätten hänger vetenskapligheten på metoden. Vad som menas med "rätt", "fakta", "norm" etcetera är frågor för den logiska analysen.

Kanske vore det mer rättvisande att säga att striden gällde Uppsalaskolan, och att de möjliga inställningarna var för och emot. De som blev vid den inhemska filosofin stod mot dem som tog intryck utifrån.[1047] Åtskilliga av de frågor och teman som tidens debatt gällde skulle kunna inordnas i ett sådant schema – frågan om rättsvetenskapens vetenskaplighet, frågan om realitetsspörsmålets relevans, relationen mellan rättsfilosofi och rättsdogmatik, kritik eller konstruktion i rättsteorin, den romerska rättens betydelse för nutida rättsuppfattning, språklig mening contra psykologisk föreställning... Och meningsskiljaktigheterna fokuserades i frågan om rättighetsbegreppet – på följande vis.



[1047] Och det finns åtskilliga förbindelser mellan "Wien" och "Cambridge", såväl som, om vi ser till den skandinaviska debatten, mellan de som låtit sig inspireras av de internationella riktningarna. Jag nöjer mig här med att skissera de viktigaste kopplingarna. *a)*

En figur som denna får man ta för vad den är. Den förenklar – framhäver och förvränger. Några förtydligande kommentarer kan vara på sin plats. Figuren har en symboliskt-geografisk såväl som en tidsmässig dimension. Rörelsen in mot mitten resulterar i en kollision och rättighetsbegreppet är den plats där man möts. Rättighetsdebatten är händelsen i figurens mitt – där befinner vi oss alltså även vid nittonhundratalets mitt (den officiella rättighetsdebatten sträcker sig från krigsslutet fram till 50-talets början).[1048] Figurens ram, från vilken rörelsen utgår, är den

"Wien" är i sammanhanget dubbeltydigt. Man talar om Kelsens Wienskola samt om Wienkretsen, varmed brukar avses den vetenskapsteoretiska grupperingen kring Moritz Schlick. Med den senare gruppen förknippar man namn som Mach, Carnap, Neurath, Hempel, Gödel och Reichenbach. Båda dessa grupperingar kan räknas in under den bredare kategorin Wienmodernism. Båda inriktningarna var övertygat antimetafysiska, men Kelsens normativism är knappast förenlig med den logiska positivismens verifikationskriterium. Inte desto mindre fanns det konkreta (sociala och intertextuella) kopplingar mellan Kelsen och Wienkretsens medlemmar; se härtill Jabloner, Kelsen and his Circle: The Viennese Years s 378 ff. *b)* Kelsen och den logiska positivismen möts också i Ross tänkande. Ross började sin akademiska bana som övertygad Kelsenian och inkorporerade i ett senare skede Wienkretsens vetenskapsuppfattning i sin rättsfilosofi; se ovan vid och i n 370, 371, 480 och 485; se vidare Lauridsen, Kelsen og Ross, som (Lauridsen, a a s 683) driver tesen att "stort set alle Ross' grundlæggende idéer [...] allerede findes hos Kelsen"; jfr Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 50 f. *c)* Cambridgeskolan och Wienkretsen har gemensamma rötter. Wittgensteins "Tractatus" binder traditionerna samman; se ovan i och vid n 497 och 842. *d)* Ross, Strahl och Undén, som alla stod under inflytande från Kelsen, stödde sig, som vi skall se, på Hedenius och Wedberg – vilka hade introducerat idéerna från Cambridge i Sverige – i sina analyser av rättighetsbegreppet. Wedberg kände Kelsens tänkande. Han hade översatt ett av Kelsens arbeten till engelska och Kelsen figurerar i Wedbergs eget rättsteoretiska arbete "Some problems in the logical analysis of legal science"; se härtill Frändberg, Die skandinavische Reaktion auf Hans Kelsens Reine Rechtslehre s 330, som anmärker, att den ortodoxa Uppsalaskolans efterföljare i jämförelse har "eine eher offene Haltung gegenüber *Kelsen* eingenommen. Das sieht man in einem gewissen Ausmaß in Werken der Philosophen wie *Ingemar Hedenius* und *Anders Wedberg* und der Juristen wie *Ivar Strahl*. Als sichtbares Zeichen für das steigende Interesse am *Kelsenschen* Gedankengebäude ist die Tatsache, daß Wedberg [...] eine Übersetzung der ersten intensiveren Einführung in die [Reine Rechtslehre] für anglo-amerikanische Länder machte, nämlich der General Theory of Law and State (1945)." Wedberg synes dock ha varit skeptisk till Carnap och den logiska empirismen; se Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 148.

[1048] Det råder enighet om att debatten inleds med Ekelöfs "Juridisk slutledning och terminologi", men någon motsvarande slutpunkt har inte pekats ut. När Ross ännu en gång tar upp ämnet i en artikel i SvJT 1953, betitlad "Status i rettighedsdiskussionen", ber han inledningsvis läsaren om ursäkt för sitt tilltag. Därefter inlämnas inga ytterligare bidrag

vändning bort från "metafysiken" som präglade det intellektuella livet vid förrförra sekelskiftet, och längs med ramen finner vi tre av den antimetafysiska riktningens mest betydelsefulla centra: Uppsala, Wien och Cambridge.[1049] Invid namnen på sina respektive hemorter anges de i förevarande sammanhang viktigaste uttolkarna av det antimetafysiska budskapet, och från deras namn in mot mitten, i linjer fram till rättighetsdebatten, namnen på dem som de influerat. Det betyder bland annat att figuren i sin helhet kommer att representera en *juridifiering* av tankegodset, en *specialisering* av frågeställningen och en *nationalisering* av det ifrågavarande akademiska samtalet. Vi rör oss från det tumult som upproret mot idealismen orsakade i filosofin – ett internationellt fenomen – till rättighetsdebatten, en angelägenhet för skandinaviska, främst svenska, rättsvetare.[1050]

Därmed är detta också en bild av den eftersläpning som rättsvetenskapen ofta drabbas av när den tar intryck av filosofin. Den så kallade Wienkretsen hade skingrats 1938, i och med *der Anschluss*.[1051] Många av de vetenskapare som varit förknippade med Wienmodernismen emigre-

---

av de ömsesidigt erkända officiella deltagarna i debatten – Ekelöf, Ross, Strahl och, i en sidoordnad (men inte underordnad) position, Wedberg (Ahlander, som yttrat sig i frågan i sin "Är juridiken en vetenskap?" (s 139 ff), behandlades tämligen nedlåtande och stängdes effektivt ute av de "riktiga" debattdeltagarna; se Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 547 n 3; Ross, Om ret og retfærdighed s 226 n 5; dens, Status i rettighedsdiskussionen s 529; Wedberg, Anm av Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s 124 ff). Ämnet föranleder dock även fortsättningsvis kommentarer, från spridda håll. Olivecrona, t ex, vidhåller ju in på andra halvan av sextiotalet att man missat poängen; se ovan n 1002.

[1049] Detta ur vår synvinkel sett. Uppsala kan naturligtvis inte på några som helst villkor tävla med Cambridge och Wien när det gäller bestående inflytande på den internationella vetenskapliga diskursen. Jfr ovan n 371. Lundstedt fann vid upprepade tillfällen visserligen anledning att framhålla sin egen internationella betydelse, och kunde i viss mån också belägga sina påståenden medelst citat från recensioner och andra omdömen. Se särskilt Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 157 ff; dens, Legal Thinking Revised s 11 ff. Iögonenfallande är den schweiziske juristen Albert Heiders omdöme, att Lundstedt är att räkna som en av de största revolutionärerna i vår tid och en Einsteins like. Heider var stolt över att Lundstedt var jurist, och stolt över att leva i en era som frambringat en sådan tänkare.

[1050] Ja, man skulle kunna kalla rättighetsdebatten en familjeangelägenhet. Här gällde det, så att säga, att läka såren efter de uppslitande konflikter som, i första hand, Lundstedts skriverier givit upphov till.

[1051] Se von Wright, Logik, filosofi och språk s 21 och 147.

rade till Nordamerika, och de tankestrukturer de hade med sig visade sig ha en benägenhet att mutera i den nya omgivningen.[1052] Den ortodoxa Uppsalafilosofin upplöstes snabbt i tomma intet efter Hägerströms död.[1053] Och vid krigsslutet stod det klart att Cambridge i realiteten hade lämnat över till Oxford – det var en annan filosofi som presterades där.[1054] Halvvägs in på nittonhundratalet syntes den antimetafysiska dogmatismens grepp ha släppt alldeles – *i filosofin.* Det var inte längre viktigt att markera mot "metafysiken", och de föreställningar, som sekelskiftets självsäkra scientism byggt på, tycktes nu rigida och grundlösa. När W v O Quine år 1951 slutligen skjuter den logiska empirismen i sank heter det till exempel:

> One effect of abandoning [the dogmas of empiricism] is, as we shall see, a blurring of the supposed boundary between speculative metaphysics and natural science.[1055]

[1052] Rudolf Carnap, Wienkretsens kanske främste företrädare, fick avsevärd betydelse för den amerikanska akademiska filosofin – först och främst genom sin lärjunge W v O Quine; se Hacker, Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy s 188 f. Quine nådde emellertid sin egen position genom att förkasta den logiska empirismen, och det gjorde han under inflytande bl a från den amerikanska pragmatismen. Det avgörande steget tog han i sin berömda uppsats "Two Dogmas of Empiricism" från 1951, i vilken han, som vi strax skall se, rev ner barriären mellan vetenskap och metafysik. Carnap själv hade vid det laget i allt väsentligt övergivit sina positivistiska ståndpunkter. Om Wienmodernismen se t ex Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna.

[1053] Jfr Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 139: "Uppsalaskolans utgång försiggick [...] utan larm. Den gick stillsamt som den kommit. Rena tillfälligheter bidrog härtill. Några dödsfall ledde till att filosofiprofessurerna gick förlorade för skolans företrädare. Men det mest avgörande var att den övergavs av sina bästa yngre representanter."; dens, a a s 171: "Vad gäller universitetsfilosofin är intrycket [...] entydigt. Från krigsslutet tycks riktningen irreversibel. Den analytiska filosofin segrar."

[1054] Se Hacker, a a s 148 ff; Furberg, CaOx; von Wright, Logik, filosofi och språk s 216 ff. Den ledande Oxfordfilosofen Gilbert Ryle tog, för att nämna ett av de symboliskt viktiga tecknen, över redaktörskapet för Mind från Moore 1947; se Hacker, a a s 149. En central faktor bakom den nya inriktningen är den utveckling som skedde i Wittgensteins tänkande efter det att han återupptagit sitt filosofiska arbete 1929, även om förhållandet mellan Wittgenstein och Oxfordfilosoferna var ... komplicerat. Se t ex Hacker, a a s 162 ff. Den från Oxford utgående lingvistiska filosofiska riktningen hade ett visst inflytande på Olivecrona (se ovan i n 994), liksom på Hellner, men framförallt manifesterar den sig, för den svenska rättsvetenskapens del, i Nils Jareborgs tidiga arbeten; se Hellner, Några anteckningar om juridik och filosofi s 6 ff; dens, Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems s 151 f; Jareborg, Begrepp och brottsbeskrivning s 22 f; dens, Handling och uppsåt s 8 ff.

[1055] Quine, Two Dogmas of Empiricism s 20. Jfr Carnaps under rubriken till detta avsnitt citerade uttalande.

> Ontological questions, under [my] view, are on a par with questions of natural science.[1056]

Distinktionen mellan metafysik och (natur)vetenskap hade fallit. Annorlunda, emellertid, i juridiken – åtminstone i Sverige. De två synsätt som möts i rättighetsdebatten är båda passionerat anti-metafysiska.[1057] Man debatterar utifrån premissen, att det förhållandet, att man inte kan peka ut rättigheter så som man pekar ut vardagliga fysiska föremål, gör rättighetsbegreppet problematiskt, emedan detta ändock synes implicera existensen av *någonting*. Man betraktar begreppet med misstänksamhet. Det är "metafysiskt belastat" och i behov av någon form av (bort)förklaring – så att säga för vetenskapens skull.[1058] Och vi vet ju vilken förklaringen skulle bli...

[1056] Quine, a a s 43.

[1057] Tex skriver Ross, Om ret og retfærdighed s 224: "En kritik af rettighedsbegrebet der i sit grundsyn er beslægtet med fremstillingen her er i nyere tid fremsat i Frankrig af Duguit og i Sverige af Lundstedt. Også disse forfattere fremhæver rettighedsbegrebets nedarvede metafysiske belastning: enhver forestilling om rettigheden som en substans, en åndelig makt eller kraft der affødes av visse kendsgerninger er nonsens." Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 157, framhåller följande likheter mellan Uppsalafilosofin och den internationella analytiska inriktning som efterträdde denna i Uppsala: "1. En stark scientism, som i (natur)vetenskapen ser den enda kunskapsformen. 2. En kritik mot 'metafysiken' (varvid definitionen på 'metafysik' dock skiljer sig). 3. Ett krav på att filosofin skall vara vetenskap, inte världsåskådning, metafysik eller spekulation. 4. En därmed sammanhängande åsikt att filosofins uppgift är begreppsanalys (varvid detta dock innebär olika saker inom de båda traditionerna)."

[1058] Väl att märka är, som framgår av Nordins i föregående not citerade yttrande, att termen "metafysik" i den scientistiska retoriken kan ha många olika innebörder, men att den mest abstrakta definitionen skulle bli någonting i stil med: "Det som skall bekämpas." Skulle man reducera all filosofi till *en* fråga skulle den kunna vara "Vad finns?" Om varje filosofi är ett försök att besvara denna fråga gäller per definition: Från varje enskild filosofis ståndpunkt är varje annan filosofi att betrakta som metafysisk ("Ni påstår att saker finns trots att de egentligen (dvs enligt vår lära) inte finns!"). Som påpekats av Cassirer, Axel Hägerström s 27, var Hägerström och de logiska empiristerna varandras metafysiker. Så... *vad* betyder det, om en *nutida rättsdogmatiker* säger om ett juridiskt begrepp att det är "metafysiskt belastat" eller någonting i den stilen? Vad betyder det om en nutida rättsdogmatiker säger att någonting utgör "begreppsjurisprudens"? Förment skall ju grunden för vårt avståndstagande från begreppsjurisprudensen på något sätt och till någon del finnas i Uppsalaskolans läror.

7.5.3.4 Saken når sin fullbordan

När Ekelöf med sin "Juridisk slutledning och terminologi" anhängiggjorde frågan, hur rättighetsbegreppet skall analyseras, låg svaret redan färdigt – inte blott i den bemärkelsen att den uppsaliensiska rättskritikens dagar var räknade, utan konkret och handfast. Året innan hade Anders Wedberg dragit ut konsekvenserna av det nya logiskt-analytiska programmet för rättighetsbegreppets del, och bland annat nått det resultat som senare skulle komma att accepteras som "rättighetsdebattens" slutsats. Åke Frändberg har detaljerna:

> På kvällen torsdagen den 17 feb 1944 hölls på Källaren Lejonet i Uppsala ett gemensamt sammanträde med Filosofiska föreningen och Juridiska klubben. För underhållningen svarade docenten Anders Wedberg och titeln på hans föredrag var "Om juridikens grundbegrepp" (efteråt var det "sexa och samkväm"). Här framställdes för första gången teorin om rättighetsbegreppen såsom syntaktiska hjälpmedel utan självständig mening – en teori som Alf Ross genom uppsatsen "Tû-Tû" 1951 fått den internationella äran av.[1059]

Det kanske är mindre viktigt – på sitt sätt – vem som formulerade "lösningen" på rättighetsproblematiken, och när och var detta skedde. Det väsentliga är, i förevarande sammanhang, att det sedermera etablerade svaret på frågan manifesterar Cambridges seger över Uppsala. Den analys som rättighetsdebatten mynnar ut i är i allt väsentligt analog med Russells analys av de "denoterande fraserna" och talbegreppen:[1060] Ett begrepp som man, uppfylld av tidsandan, anser ha besvärliga ontologiska implikationer – jämför de bekymmer som Russell, med sin "robusta känsla för realiteterna", hade med Meinongs icke-existerande entiteter, den runda fyrkanten och så vidare – klargörs, genom en analys som visar,

[1059] Frändberg, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström s 379; se även Ekelöf, Från en forskares verkstad s 15. Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science (1951) s 266 n 15, anmärker själv att hans förslag till analyser av rättighetsbegreppet, som alla äger motsvarigheter i Ekelöfs, Strahls och Ross inlägg i rättighetsdebatten, utformades före det att han kunde ta del av dessa inlägg. Ordagrant: "After the original composition of the following paragraphs I have found similar ideas expressed and discussed in [arbeten av Ekelöf, Strahl och Ross]." Ross, Status i Rettighedsdiskussionen s 535, kommenterar några år senare: "I en afhandling offentliggjort kort efter min [Tû-Tû], men øjensynligt affattet uafhængigt af denne, har [Wedberg] fremsat synspunkter der nøje harmonerer med mine, idet han dog samtidig holder den mulighed åben, at rettighedsbegrebet også kan definieres gennem enten retsfaktum eller retsfølge."

[1060] Se ovan avsnitt 7.3.3.3.

att den mot begreppet svarande termen i de satssammanhang som intresserar kan ersättas med en variabel, det vill säga en i sig meningslös symbol,[1061] utan att uttryckets logiska funktion går förlorad. I de två situationer som Ekelöf intresserade sig för får vi resultatet:

A: Om rättsfaktum så x.

B: Om x så rättsföljd.

Och vi kan konkludera att det inte spelar någon roll vad vi skriver istället för "x". Termen "rättighet" är en godtycklig markör – den står inte för någonting.[1062] Rättighetsbegreppet har *i sig* ingen innebörd – det får sin innebörd i de situationer i vilka det förekommer, tack vara det rättssystematiska sammanhanget.[1063] Rättighetsbegreppet fungerar som länk mellan vissa rättsfakta och vissa rättsföljder. Det är ett ... kopplingsbegrepp.

Ekelöf hade för sin del svårt att se hur det funktionella samband, som obestridligen föreligger mellan satssammanhangen A och B, skulle kunna föranleda slutsatsen, att rättighetsbegreppet är *meningslöst*. En sådan slutsats är också mycket svår att förena med Ekelöfs egen uppsaliensiska analys. Han resonerar ungefär som Lundstedt: Nu kan vi "med utgångspunkt från modern verklighetsuppfattning" konstatera, att rättigheten tidigare har uppfattats som en "magisk" kraft, som ett "egendomligt mellanled" mellan orsak och verkan.[1064] Här är situationen enligt Ekelöf densamma som när det gäller termen "naturkraft" i fysiken och termen "sjukdom" i medicinen:

> Sedan man genomskådat det illusoriska i dylika föreställningssätt ha de ovannämnda termerna s a s blivit lediga och kunna begagnas som beteckningar för annat än för det de tidigare nyttjats.[1065]

[1061] Meningslös i den bemärkelsen att den inte refererar till något speciellt, utan till vad som helst.

[1062] Jfr t ex Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 552: "Lagboken skulle ju inte bli mindre användbar om man på de ställen i densamma, där termen äganderätt förekommer, utböte denna mot en på visst sätt utförd asterisk."; Ross, Tû-Tû s 482: "[S]lutningen ville holde stik, også hvis man for rettighedsbegrebet substituerade 'gammel ost' eller 'tû-tû'".

[1063] Detta analogt den explicit deklarerade principen bakom Russells analys i "On Denoting"; se ovan vid n 887.

[1064] Ekelöf, a a s 555.

[1065] Ekelöf, a st.

Skall man förfara vetenskapligt här, måste man, menar Ekelöf, för det fall att man väljer att bibehålla den lediggjorda terminologin,[1066] naturligtvis tillse att det är de bakomliggande realiteterna som betecknas med densamma. Och vad rättighetsbegreppet angår, är den underliggande verkligheten komplicerad.[1067] Inte nog med att termen "rättighet" i vissa sammanhang ömsom används för att beteckna rättsfakta, ömsom får avse rättsföljder. Särskilt de komplex av rättsfakta som på så sätt utpekas, kan vara mycket svårutredda, och bestå av kombinationer av olika alternativa faktorer och motfaktorer (tänk till exempel på de villkor som måste vara uppfyllda för att en fordran på grund av köprättsligt fel skall föreligga).[1068] Dessutom, framhåller Ekelöf, kan det inte uteslutas att termen "rättighet", i likhet med termen "straff", påverkar den allmänna laglydnaden, vilket "skulle sammanhänga med de känsloreaktioner som äro förbundna med termens användning". Sammantaget har vi här någonting som påminner om Lundstedts rättsmaskineri – även om Ekelöf själv är noga med att distansera sig från varje sociologisk tolkning av rättighetsbegreppet.[1069]

[1066] Ekelöf, a st, noterar, att vad gäller termen "naturkraft", så har denna "på det hela taget utmönstrats ur vetenskapligt språkbruk", medan man inom medicinen behållit termen "sjukdom". Dock undviker medicinarna, enligt Ekelöf, att "som 'sjukdomen' beteckna symptomen *jämte* deras orsaker".

[1067] Ekelöf, a a s 551: "Innehållet i de synnerligen komplicerade företeelser det här är fråga om kan inte omedelbart överblickas."

[1068] Jfr formeln ovan i n 1024.

[1069] Se särskilt Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 266 ff. Skillnaden mellan Lundstedt och Ekelöf kan väl beskrivas så, att där Lundstedt endast tillerkänner reglernas faktiska konsekvenser realitet, så är realiteten bakom rättighetsbegreppet hos Ekelöf av rättssystematisk beskaffenhet. Anledningen till att Ekelöf finner det vara viktigt att man har de systematiska sammanhangen klara för sig är dock att det utgör en förutsättning för en korrekt bedömning av rättstillämpningens sociala effekter; jfr hans analys av förarbetena till GB 1:1 i Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 556 ff; jfr dens, Juridisk slutledning och terminologi s 260. Ekelöfs ståndpunkt här har man att sätta i samband med hans vid samma tid lanserade metodologiska program; se Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Se t ex Ekelöf, a a s 45, där han, som ett led i sitt bemötande av Rodhes deskripitva metod, kommenterar den av Lundstedt rekommenderade "konstruktiva" metoden på följande vis: "Ett av [Lundstedts] skäl är att ingen kan vara mer skickad att göra de värderingar det här är fråga om än just rättsvetenskapsmannen. Lundstedt menar anledningen härtill vara att denne har 'den bästa överblicken över och den grundligaste inblicken i samt följaktligen de tillförlitligaste föreställningarna om sammanhangen i rättsmekanismen'. Jag skulle

Med denna inriktning ter sig tesen, att rättighetsbegreppet är ett rent kopplingsbegrepp, oundvikligen som ett hinder för utvecklingen. I denna tes bevaras ju synbarligen föreställningen om rättigheten som ett mystiskt mellanled,[1070] och den måste rimligen, om man ser saken på Ekelöfs sätt, försvåra utredandet av de rättssystematiska förhållanden som utgör rättighetsterminologins reella underlag.[1071]

Detta om de teoretiska fördomar,[1072] som får Ekelöf att ta avstånd från kopplingsbegreppsbegreppet. Men Ekelöfs hållning finner väl även stöd i det så kallade sunda förnuftet. Idén att ett påstående kan vara meningsfullt, som helhet betraktat, trots att minst ett av de begrepp som kommer till användning i detta påstående saknar all mening, är svårsmält – särskilt när den uttrycks på detta sätt. Termen "äganderätt" är meningslös, men detta oaktat har satsen "A äger föremålet x" mening?[1073] Det duger inte att hänvisa till att termen "äganderätt" funktionellt kan elimineras vid en beskrivning av satssammanhangen A: Om rättsfaktum så rättighet; B: Om rättighet så rättsföljd – ty i så fall skulle, menar Ekelöf, samtliga termer som figurerar som mellanled i liknande

---

vilja understryka denna synpunkt." Se även t ex Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 211 ff, särskilt s 220, angående kopplingen mellan Ekelöfs terminologiska projekt och hans strävan efter en ändamålsenlig rättstillämpning.

[1070] Jfr Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 555 n 1.

[1071] Att utreda just detta ansåg Ekelöf, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s 170, vara "en av den juridiska doktrinens angelägnaste uppgifter"; jfr dens, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 30, där Ekelöf framhåller att undersökandet av vilka omständigheter som skall tillmätas positiv, respektive negativ, relevans vid den teleologiska överprövningen av lagreglerna, för honom framstår "som den juridiska doktrinens måhända allra viktigaste uppgift". Dessa båda uppgifter är uppenbarligen besläktade – relationen framträder tydligt om man beaktar, att de rättsregler som Ekelöf diskuterar inte är de som kan uttolkas ur rättskälletexterna, utan de som blir resultatet av den teleologiska metodens tillämpning; Ekelöf, a st: "[E]huru all teleologisk rättstillämpning innebär en subsumtion under en regel, så överensstämmer denna dock icke alltid med lagtextens ordalydelse."

[1072] Jfr ovan n 451.

[1073] Jfr Ross, Tû-Tû s 479: "Påstanden, at A har ejendomsret til en ting, har, taget *i sin helhed*, semantisk referens til den komplekse situation, *at* der foreligger en af de kendsgerninger, der siges at stifte ejendomsret, og *at* A kan vindicere, kræve erstatning osv. [...] Derimod er det umuligt at tillægge ordet ejendomsret *selvstændig* semantisk referens i de praktiske slutninger, der opererer med ordet."; se härtill Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 547.

slutledningar vara meningslösa, och det är de uppenbarligen inte. Han tar ett klassiskt exempel:[1074]

A Sokrates är en människa
B En människa är dödlig
C Alltså är Sokrates dödlig

Vi kan substituera termen "människa" med vilken annan term som helst, utan att slutledningen påverkas. Men det gör inte termen meningslös. De som under åberopande av rättighetsbegreppets funktion gör gällande att detta begrepp sett för sig är meningslöst – i den bemärkelsen att det inte betecknar något föremål (i rättighetsdebatten presumeras överlag att meningsbegreppet är referentiellt) – förutsätter, tycks Ekelöf vilja säga, det som skall visas. Men varför skulle man vilja visa *detta,* det vill säga att termen "rättighet" betecknar endast i satssammanhanget och inte för sig?

Det är den analytiska filosofins inflytande som här kommer till uttryck. Det rör sig om en analytisk teknik som bärs upp av inomparadigmatiska skäl – skäl som inte är omedelbart tillgängliga för det sunda förnuftet, eller, för den delen, för någon som gått i lära hos Hägerström. Ross kommenterar:

> Ganske generelt synes den tanke at tilskrive en sætning i sin helhed mening samtidig med at man erklærer et enkelt i sætningen indgående ord for meningsløst, at fylde Ekelöf med undrende tvivl. Men der er intet besynderligt heri.[1075]

Hellre än att själv förklara saken hänvisar dock Ross till Wedberg – "der er mere bevandret i videnskabslogik end jeg"[1076] – och följande passage:

> It may be shocking to unsophisticated common sense to admit such "meaningless" expressions in the serious discourse of legal scientists. But, as a matter of fact, there is no reason why all expressions employed in a discourse, which as a whole is highly "meaningful", should themselves have a "meaning". It appears likely that many expressions employed by other sciences, especially by the so-called exact sciences, lack interpretation and solely function as vehicles of systematization and deduction. Why should not the situation be the same within legal science?[1077]

[1074] Se Ekelöf, a a s 552 f.

[1075] Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 539.

[1076] Jfr Hedenius ovan i n 933 citerade vädjan till läsaren, att i filosofins namn tro honom när han försäkrar, att Russells talanalys är av utomordentlig vetenskaplig betydelse.

[1077] Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science s 273.

Hmm... den för den analytiska filosofins självbild så viktiga kontrasten mellan det oklara, föranalytiska omdömet och den klara analysen, mellan "unsophisticated common sense" och "science".[1078] Vi kan dra oss till minnes ett liknande uttalande hos Hedenius,[1079] och vi kan påminna oss, att Russell, i sin skolbildande analys i "On Denoting", utförde det avgörande draget genom att dra den tillsynes paradoxala slutsatsen att denoterande fraser inte denoterar.[1080]

När man behöver vetenskapsideologiskt understöd är det primärt den analytiska filosofin man faller tillbaka på i det att man under rättighetsdebatten slutligen fastställer, att inte heller Ekelöfs semantiska omtolkning av Uppsalaskolans kritiska analys av rättighetsbegreppet kan accepteras av efterkrigstidens skandinaviska rättsvetenskap. Till inledningen till sitt viktigaste bidrag till debatten – "Till frågan om rättighetsbegreppet" (1947) – fogar Strahl en anmärkning, där han tackar Wedberg för de "anvisningar" denne givit honom.[1081] I "Tû-Tû", som brukar behandlas som det viktigaste inlägget i rättighetsdebatten, förklarar Ross i en not, att han ansluter till det meningsbegrepp som Hedenius tog till utgångspunkt för sin kritik av Hägerström och Lundstedt i "Om rätt och moral".[1082] Strahl och Ross följer båda här den analytiska traditionen och skiljer de *föreställningar* som språkanvändarna kopplar till orden från ordens *mening*[1083] – *och denna distinktion ger dem den begreppsliga mekanik som behövs för att undanröja de sista spåren av den uppsaliensiska rättskritiken i analysen av rättighetsbegreppet.*[1084] Ekelöfs kvardröjande

[1078] Detta är en generalisering och till viss del en missvisande sådan; jfr t ex Moores s k common sense-filosofi. Det finns förvisso inte någon vetenskaplig inriktning som rör sig på det sunda förnuftets nivå. Det vetenskapliga språket måste vara specialiserat. Men det låter sig sägas att den analytiska filosofin utmärkte sig genom att *berömma sig om* att vara svårtillgänglig och paradoxal – inför lekmannen vill man framstå som en form av vetenskap i stil med fysiken. Jfr t ex relativitetsteorin, vars paradoxala konsekvenser ju typiskt sett spelar en avgörande roll när den figurerar i populärvetenskapliga sammanhang.

[1079] Ovan vid n 940.

[1080] Se ovan vid n 884.

[1081] Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1947) s 481: "Vid utarbetandet av denna artikel har jag haft nytta av en diskussion i Filosofiska föreningen i Stockholm, varvid bland andra docenten *Anders Wedberg* lämnade mig värdefulla anvisningar."

[1082] Ross, Tû-Tû s 483 n 3.

[1083] Ross, a a s 469; Strahl, a a s 496 f.

[1084] Jfr Ross, a a s 482: "I denne diskussion [mellan Ekelöf och Strahl] er Strahl den, der er kommet sandheden nærmest"; Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 535 n 2: "*Strahl* udtrykker sig [...] på en måde, der ligger meget nær op ad *Wedbergs* og mit standpunkt".

skepsis mot rättighetsbegreppet var ju helt och hållet grundad i uppfattningen att detta är *förvirrande* – emedan det döljer komplexa realiteter, och framförallt emedan det, genom "kontaminationen" av de två grundbetydelserna "komplext rättsfaktum" och "komplex av rättsföljder", inbjuder till felslutet, att tillämpningsfrågan i det enskilda fallet är avgjord i och med att det kan konstateras att en rättighet föreligger (begreppsjurisprudens). Mot denna hållning invänder man dock – detta är poängen i "Tû-Tû" – att det *inte spelar någon roll* vad juristerna tror, om de är förvirrade eller inte, så länge som deras språk är ändamålsenligt. Det är mycket möjligt att rättighetsbegreppet har varit förbundet med vissa magiska föreställningar. Det kanske fortfarande är det. Men om det är systematiskt välfungerande har man ur vetenskaplig synvinkel sett ingen anledning att förändra terminologin (det som var Ekelöfs projekt).

Ross ansluter till distinktionen mellan föreställning och mening (eller "semantisk referens" som han själv föredrar att kalla det) med kommentaren att "Hedenius har peget på en sondring, der er af den største betydning for at opnå en klarhed i megen forvirret diskussion om, hvad der menes med et vist udtryk."[1085] Som vi har sett tillkommer emellertid inte äran Hedenius, utan Frege. Det var denna distinktion som gjorde det möjligt för Frege att ställa den så kallade meningsfrågan, den fråga som den analytiska filosofin utgick från. Det låter sig alltså sägas, att rättighetsdebatten slutar i, att Cambridge, eller mera allmänt "den internationella vetenskapliga filosofin", i symboliskt vetenskapsideologiskt hänseende till sist tar Uppsalas plats.

Det verkade nu, efter 30 år av strider, som om det juridiska språket säkrats, och att man som rättsvetenskapare inte längre behövde kännas vid anklagelsen att juridiken var ovetenskaplig. Undén, som väl var den förste att opponera sig mot Uppsalaskolans tolkning av det antimetafysiska budskapet, och som för detta fick utstå många hårda ord från Lundstedt[1086] – under en period då Lundstedt behärskade det rättsteoretiska samtalet i Sverige – kunde i senare upplagor av sin "Svensk sakrätt"

[1085] Ross, Tû-Tû s 483 n 3.

[1086] Inte för att Undén inte kunde bita ifrån; se Undéns i SvJT 1929 publicerade "Replik angående tillitsteorin".

försvara sin uppfattning, att äganderätten är att betrakta som ett "funktionsbegrepp", genom att åberopa Ross och Hedenius.[1087]

År 1979 tilldelades Hedenius, bland annat för sina insatser mot Uppsalaskolan, hedersdoktors titel av Uppsalas juridiska fakultet.[1088]

Det kan vara passande att avrunda detta avsnitt genom att citera de avslutande satserna i Ross artikel "Status i rettighedsdebatten" – som också blev slutorden i det officiella meningsutbytet kring frågan om rättighetsbegreppet.[1089] Den syn på rättighetsbegreppet som Ross ger uttryck för här, skulle han bekräfta i "Om ret og rettferdighed",[1090] den skulle senare tas upp av Eckhoff och Sundby,[1091] och den skulle med tiden kristalliseras till en glosa i allmänt förmögenhetsrättsvetenskapligt språkbruk.

> [Jeg har] søgt at vise, at rettighedsudsagnene meget vel kan fortolkes således, at de får et realistisk indhold til beskrivelse af ret og retssituationer, og at de faktisk også fungere på denne måde i gængs juridisk sprogbrug. Ja, man må endda indrømme, at der ikke ville være vundet noget ved at opgive denne sprogbrug, idet den omskrivning af retsreglerne der finder sted ved hjælp af rettighedsbegreppet tjener et nyttigt, systematisk formål.
>
> Derimod må det på forhånd forekomme usandsynligt, at det skulle være muligt at tillægge selve ordet rettighed real mening. Dets syntaktiske plads i de udsagn hvori det anvændes, og dets syntaktiske forbindelse med verber som "at opstå", "at afføde" o lign indicerer, at dets mening, om det har nogen, må referere sig til et udvortes sagforhold. Men dets intenderende referens har vist sig at være en indbildning. Spørgsmålet er, om der kan påvises nogen realitet der kan substitueres for indbildningen. Jeg kan ikke se, hvad det skulle være.[1092]

[1087] Undén, Svensk sakrätt I. Lös egendom s 57 n 1. Jfr Helin, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s 75, som åsyftandes "Om rätt och moral" skriver: "*Ingemar Hedenius* fortsatte [...] Undéns analys."

[1088] Se Nordin, Ingemar Hedenius. En filosof och hans tid s 114 f.

[1089] Jfr Ekelöf, Från en forskares verkstad s 15: "Det kom emellertid att bli en [annan] uppfattning, som *tycktes* [min kurs] gå segrande ur striden. I sin uppsats om 'Tû-Tû', som ni säkert känner till, hävdade Alf Ross [...]"

[1090] Ross, Om ret og rettferdighed s 206 ff.

[1091] Eckhoff-Sundby, Rettssystemer s 133 ff. Sundby hade underkastat rättighetsdebatten en ingående granskning i sin artikel "Legal Right in Scandinavian Analyses", publicerad 1968 i Natural Law Forum. Här framställer Sundby rättighetsdebatten som en modern debatt, förd inom ramarna för "analytical jurisprudence". Jfr Eckhoff-Sundby, a a s 11, där man förklarar sig tillhöra "den såkalte *analytiske* gren av rättsfilosofin". Lauridsen, Kelsen og Ross s 681, säger om Eckhoff och Sundby att de "vistnok i store træk været enige i Ross' grundlæggende anskuelser."

[1092] Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 540.

7.6 Ekot av rättighetsdebatten

> The effect of all system is apt to be petrification of the subject systematized. Legal science is not exempt from this tendency. Legal systems have their periods in which system decays into technicality [...] In a period of growth through juristic speculation and judicial decision, there is little danger of this. But whenever such a period has come to an end, when its work has been done and its legal theories have come to maturity, jurisprudence tends to decay. [...] The premises are no longer to be examined. [...] The law becomes a body of rules.
>
> *Roscoe Pound*

7.6.1 Inledning. En ny början?

Vid första påseende är rättighetsdebatten *analytisk*. Den angår frågan hur rättighetsbegreppet skall analyseras, vilket ger att skillnaden mellan de olika ståndpunkter som debattens deltagare intagit är en skillnad mellan analysalternativ:

EKELÖF: Rättighet = komplext rättsfaktum eller komplex av rättsföljder

STRAHL: Rättighet = rättsfaktum[1093]

ROSS: Rättighet = framställningstekniskt hjälpmedel utan semantisk referens

Det finns visst fog för påståendet, att jag i det föregående *överdrivit* när jag gjort gällande, att det under denna tekniskt-analytiska yta döljer sig en uppgörelse mellan filosofiska skolor – alltså någonting djupare och mera ödesmättat. Och det är klart: Rättighetsdebatten kan inte *reduceras till* en konflikt mellan å ena sidan "Uppsala" och å den andra "Cambridge" och "Wien". Det vore att göra den orättvisa. Rättighetsdebatten är *också* teknisk – den innebär också ett teknologiserande av rättskulturen och ett förträngande av de gamla filosofiska stridigheterna. Det är inte blott så att den *vill* signalera en nystart. Den gör det verkligen (även

[1093] Detaljerna i Strahls analys har jag inte haft anledning att närmare beröra i denna framställning. Läsaren hänvisas till Strahls två uppsatser i TfR 1946 och 1947 med den gemensamma titeln "Till frågan om rättighetsbegreppet". Sin ståndpunkt uttryckte Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1946) s 210, första gången så: "Om det anförda är hållbart och kan generaliseras, förefaller det vara god mening i att hävda, att rättighetsbegreppet i rättsregler och juridiska slutledningar innebär rättsfaktum."

om brottet med det förflutna inte riktigt blev så tvärt som man kanske hade hoppats).

Debattens deltagare stod inte själva på barrikaderna under upproret mot idealismen – inte som Hägerström, Kelsen, Russell och Moore. De hade inte personligen drabbats av den antimetafysiska uppenbarelsen, utan hade tagit del av det antimetafysiska budskapet som studenter. De utgjorde en andra generation. Deras uppgift var inte att störta den gamla ordningen och att kräva införandet en modern, *vetenskaplig* juridik. Det var redan gjort (Lundstedt blev vid sin av historien givna roll fram till sin död och spelade den med stor konsekvens).[1094] Vad det nu handlade om var att ge den moderna juridiken form, om utbildandet av en ny disciplin på vetenskaplig grund.[1095] Uppgiften krävde synbarligen att man sansade sig. Man måste överge de stora gesterna, det höga tonläget och utslungandet av generella förkastelsedomar, till förmån för samvetsgrann och konstruktiv analys. Från storstilad kritik av det gamla, till det kanske mindre glamorösa arbetet med att bygga upp det nya, detalj för detalj.[1096] Så går i alla fall, i stora drag, den berättelse som man ville etablera.

[1094] Han fortsatte att kräva en vetenskaplig rättsvetenskap långt efter det att man enligt den allmänna uppfattningen uppfyllt detta krav. I den posthumt publicerade "Legal Thinking Revised" (öppningsmeningen inleds med orden "Before laying down my pen forever [...]") skriver Lundstedt (s 6 f): "[I]t is my considered opinion that traditional jurisprudence, however 'radical' some of its modern representatives claim or are said to be, is unworthy of being called a science. I have spent many a year to prove that the representatives of jurisprudence, up to this very day, have failed to give a true picture of legal machinery in action."

[1095] Jfr Bengtsson, Om civilrättens splittring s 32, som beskriver nästa steg i utvecklingen så: "Vår generation kände sig, i motsats till de föregående, helt fri från de band som begreppsjuridiken lagt på civilrätten. Man kunde äntligen föra en realistisk diskussion om lämpliga lösningar, och man räknade med att med hjälp av litet samhällelig ingenjörskonst det var möjligt att avskaffa åtskilliga föråldrade, socialt olyckliga regler. Hänvisningar till rättssystematiska synpunkter framstod inte så sällan som en misstänkt formalistisk argumentation, som undanskymde rationella hänsyn och ledde till olämpliga resultat i just den typsituation som diskuterades. Och de allmänna civilrättsliga principer som tidigare spelat så stor roll tycktes vara en onödig och besvärande barlast som ofta utan större olägenhet kunde lämpas över bord." Märk distansen i Bengtssons röst.

[1096] Jfr Olivecrona, Anm av Lundstedt, Legal Thinking Revised s 552, om Lundstedts oförmåga att ta itu med de konstruktivt teoretiska uppgifter som hans kritik synbarligen öppnade för.

7.6.2 Skymning över svensk förmögenhetsrätt

> Vår civilisation karakteriseras av ordet 'framsteg'. Framsteget är dess form, snarare än att det är en av dess egenskaper, att den gör framsteg.
>
> *Ludwig Wittgenstein*

Det senrealistiska, funktionalistiska projektet blev på sitt sätt en formidabel framgång.[1097] Många nutida förmögenhetsrättare antar synbarligen att man i och med rättighetsdebatten lyckades hantera den utmaning som Uppsalaskolan hade ställt juridiken inför, och att rättsvetenskapen, så att säga, kom ut på andra sidan *som en vetenskap*.[1098] Följande uttalande av Christina Ramberg ger ett tydligt uttryck för denna uppfattning:

> En av de nyaste arbetsgrupperna [inom ramen för "The Study Group for a European Civil Code"] har sitt säte i Salzburg och har åtagit sig den "omöjliga" uppgiften att harmonisera det mytomspunna begreppet äganderättens övergång. Vi svenskar ser ut som frågetecken när alla de hokus-pokus-problem som fick sin enkla och geniala lösning i Uppsalaskolans efterdyningar livligt diskuteras på 2000-talet. Begreppsjurisprudensen är sannerligen inte död. Hur omöjligt det än kan te sig att vi någonsin skulle kunna finna en acceptabel gemensam föreställning för att reglera äganderättens övergång i EU, så tror jag att det på lång sikt kommer att bli nödvändigt om vi vill skapa en effektiv gemensam kredit- och finansmarknad. Jag håller tummarna för att svenska sakrättsexperter förmår att pedagogiskt bringa insikter till kontinentaleuropéer som slutligen leder fram till en pragmatiskt inriktad sakrätt.[1099]

[1097] Jfr Helin, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet s 74: "Läran om funktionsbegreppen har (åtminstone i Finland) varit en mycket inflytelserik teori. [...] I själva verket tycks i den ingå – i förkortad form – de viktigaste tankarna i den analytiska rättsdogmatiken."; se också Helin, a a s 75: "Undéns analys [har] nog uppenbarligen stakat ut vägen för senare analyser. Tanken att 'rättighet' och 'skyldighet' är något slags förkortningar som uttrycker väldigt invecklade empiriska fakta har efter honom varit relativt populär i den rättsteoretiska diskussionen."

[1098] Jfr Sandgren, Vad är rättsvetenskap s 536: "Praktiken har distanserat sig från positivism och rättsrealism, om än på ett halvhjärtat sätt. Den utövas dock utan något större mått av självreflektion. Det finns inte någon tydligt utmejslad skolbildning som trätt i rättsrealismens ställe; en hård och sund kärna av rättsrealism behåller sitt grepp om praktiken, ett arv från Uppsalaskolan som sätter en gräns för vad som kan accepteras som vetenskap." Se också Hellner, Scandinavian Legal Realism in the Law of Contract s 69.

[1099] C Ramberg, Mot en gemensam europeisk civillagstiftning s 472. Jfr Sundberg, Uppsalaskolan och den nationella inkapslingen s 177. Jfr t ex Eckhoff, Juss og samfunnsforskning s 209; Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 300 n 4, om huruvida rättsvetenskapen ö h t kan anses göra *framsteg*.

Torgny Håstad, som väl är den svenska "sakrättsexpert"[1100] som Ramberg i första hand har att knyta sina förhoppningar till, har själv på tal om harmoniseringen av den europeiska sakrätten beklagat sig över, att det i "många europeiska länder finns en förkärlek för dogmatiska lösningar", någonting som är synd när man som i de skandinaviska länderna istället kan beskriva de sakrättsliga konflikterna *som de verkligen är* – eller "faktiskt" som Håstad uttrycker det.[1101] Det heter också att det "aldrig [är] fel att veta precis vad man talar om, utan dogmatiska omskrivningar" – någonting som man, enligt Håstad, länge har framhållit i skandinavisk doktrin, och här hänvisar han till Torp, Undén och Ross.[1102] Den tradition som vi råkar tillhöra utmärker sig alltså därigenom, att man här ser sakerna för vad de är. Vi har så att säga sprungit ifrån den kontinentala rättstraditionen vetenskapligt (för det är kontinenten, främst Tyskland, det gäller, inte common law-länderna, och det har historiskt-symboliska skäl).[1103] Det är i detta mytologiska sammanhang som rättighetsdebatten numera har sin givna plats. Vi har nu, framme vid 2000-talet, fortsättningen på den historia om den svenska rättsvetenskapens inträde i moderniteten som påbörjades av Undén och Strahl under striderna med Lundstedt.[1104]

[1100] Inte för att jag på något sätt vill ifrågasätta Håstads sakrättsliga expertis – det vore befängt – utan för att lyfta fram *ordvalet*. Det "moderna" samhället var (är) just ett "expertsamhälle", där man i den samhälleliga rationalitetens intresse kunde rådfråga "experter" om allt från antalet brödskivor man bör äta per dag till – sådan blir associationen – huruvida äganderättsbegreppet är metafysiskt belastat eller inte. Tanken att man skulle kunna vända sig till en expert för att underrätta sig om hur det är ställt med den senare saken finner åtminstone jag underhållande.

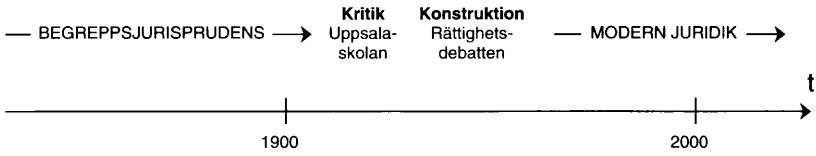
[1101] Håstad, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor s 753. Jfr Andreasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants" s 527, som anmärker: "De andra synsätt som [i sakrättsliga sammanhang] används i närliggande rättsordningar som t ex den tyska tenderar att, av en funktionalistiskt skolad svensk, upplevas som märkliga och ologiska."

[1102] Håstad, a st. Jfr ovan n 773. I de här åberopade passagerna hos C Ramberg och Håstad figurerar rättighetsdebatten som synes på ett mycket ungefärligt och antytt sätt. C Ramberg talar om "Uppsalaskolans efterdyningar" och Håstad om vad Ross framhållit "vid [nittonhundratalets] mitt".

[1103] Ja, *vetenskapligt*. För det måste ju innebära ett oerhört vetenskapligt framsteg när man når den punkt vid vilken man förmår skilja den rena faktiska basen från de missvisande överbyggnaderna. Det är en av paradoxerna i vår syn på juridiken. En pragmatisk och öppet antiteoretisk hållning kombineras med övertygelsen att man måste hålla sig till det verkliga. Alla slöjor som skyler sanningen skall prompt ryckas undan. Men hur skiljer vi "dogmerna" från "fakta"? Synbarligen inte genom teoretisk reflektion...

[1104] Se ovan avsnitt 7.5.1.

Detta är alltså, på ett ungefär, vår historia, som man får förstå det:[1105]



Märk nu, att det är någonting som händer med företeelsen "rättighetsdebatten" när den inordnas i detta sammanhang – någonting som påminner om det som ovan kallades "Uppsalaskolans pacificering", men som kanske är något mera subtilt.

Då upplevde man starkt, att man, med sina trevande analyser och terminologiska förslag, tog de första stapplande stegen – att man befann sig just i början på någonting. "Nu när vi vet att det här med rättigheter har sin grund i övertro, måste vi väl hitta en alternativ terminologi? Man kanske kan använda termerna 'rättsfaktum' och 'rättsföljd' i någon kombination – de utpekar ju vad det egentligen handlar om, det vill säga rättssystematiska sammanhang. Ja, kanske det, men bara om det innebär en framställningsteknisk vinst..."[1106] Man såg säkerligen för sig att projektet skulle breddas, lyfta och utvecklas till en vetenskap som, om den inte radikalt skilde sig från den gamla, förvetenskapliga juridiska traditionen, i allt fall inte var bunden vid denna.[1107] Kunde 50-talets Ross, Strahl, Ekelöf och Undén se oss nu skulle de emellertid – gissar jag, och det är inte en vågad gissning – bli besvikna. Vi har svikit deras förvänt-

[1105] Hur man skriver historien varierar med vad man har i fokus. För en sakrättare är det naturligt att utgå från äganderättsbegreppet, vilket ger att man kommer att följa linjen från Undén till Ross. Uppsalaskolan som sådan blir i det perspektivet av underordnad betydelse. Tvärtom naturligtvis om perspektivet är filosofiskt. Ur dansk och norsk synvinkel ter det sig gärna som om realismens/pragmatismens historia börjar med Ørsted. Grönfors utgick, som vi såg ovan i avsnitt 2.2.3.2 från Jhering, och nämner knappt alls Uppsalaskolan i sina framställningar.

[1106] Jfr t ex Undén, Juridik och politik s 18 ff.

[1107] Det är helt i sin ordning att riva 1700-talshus och ersätta dem med betongklossar, så länge det är funktionellt. Jfr Carnaps ovan under rubriken till avsnitt 7.5.3.3 citerade uttalande (kopplingen till arkitekturen); se vidare Janik-Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 92 ff. Kopplingen är direkt hos Lindblom, Processens arkitektur, där den strukturella relationen mellan rättsfakta och rättsföljd i processen liknas vid ett funkishus.

ningar, just som de svek Lundstedts.[1108] Av den moderna vetenskapliga juridiken, så som de föreställde sig den, har det inte blivit någonting. Det vetenskapliga ideal som rättighetsdebatten förutsatte och var ett uttryck för, höll, som vi har sett, redan då på att vittra sönder – under debattdeltagarnas fötter.[1109] Ross logiska positivism ger nu närmast ett komiskt intryck, om man inte verkligen anstränger sig för att tänka sig in i hans position.[1110] Den vetenskapliga juridiken handlar idag mer eller mindre om allt det som man under nittonhundratalets första hälft kämpade så hårt för att lämna bakom sig.[1111] Den traditionella juridiken består och många rättsvetare tycks beredda att finna sig i det (inte för att vi har något val).[1112] I *svensk förmögenhetsrätt* har visserligen rättighets-

[1108] Jfr Zahle, Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth s 814, som anmärker att Ross lära paradoxalt nog kunde nå en så pass bred acceptans tack vare det faktum att ingen rättsvetare har gjort ett seriöst försök att följa den. Jfr t ex Vahléns tillpassning av Ross metod, som vi ju bekantade oss med ovan i avsnitt 3.2.

[1109] Se ovan avsnitt 7.5.3.3 in fine.

[1110] Jfr Lorite Escorihuela, Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law s 760: "Something must have happened between Ross and us for the feeling to seem obvious that a general theoretical account of the international legal system, based on a thoroughly scientific notion of law, is unneeded, or ludicrous, or impossible, or bizarre."

[1111] Nu är det t ex åter möjligt att skriva avtalsrätt i den *Hegelianska* traditionen – Peter Benson och Alan Brudner är kanske de främsta företrädarna för den inriktningen (se framförallt Brudner, Reconstructing Contracts; Benson, Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract; dens, The Unity of Contract Law). Ett antal rättsvetenskapliga uppsatser med hegeliansk inriktning, från spridda fält, finns samlade i Salter (ed), Hegel and Law (2002). Denna renässans för Hegels tänkande ter sig logisk. Det unga nittonhundratalets vetenskaplighetsivrare höll ju Hegel för att vara den förhatliga metafysikens kanske främsta apostel. Se härtill Gadamer, Förnuftet i vetenskapens tidsålder s 29 ff; Hedenius, Om rätt och moral s 144; Popper, The Open Society and its Enemies, Vol II s 27 ff; Ross, Om ret og retfærdighed s 333 f; Russell, Västerlandets filosofi s 619 ff. En annan förklaring ger Lucy, The Common Law according to Hegel s 685: "[Hegels's] work is now in vogue again, since the rejection of communism in what was the Eastern Bloc has allegedly discredited Marxist thought." På ett generellt plan jfr t ex rättigheternas, rättvisans, formalismens, tolkningens, moralens, naturrättens, äganderättens, lojalitetens, principernas och Aristotelianismens återkomst.

[1112] Ett tidstypiskt arbete är James Gordleys "Foundations of Private Law" (2006), som är ett försök att visa på den västerländska civilrättens rötter i den antika (Aristoteliska) traditionen – någonting som skall ge en förståelse för rättsområdets inre sammanhang såväl som en möjlighet att lösa faktiska nutida rättskonflikter. Projektet är den raka motsatsen till t ex Undéns nationella, samhällsingenjörsmässiga, antihistoriska, teorifientliga och partikularistiska rättsuppfattning; se särskilt Undéns vision av den moderna juridiken

debattens terminologi satt sig – den har inkorporerats i det språkbruk man här använder för att signalera att man vet vad det handlar om (hit hör även, bland mycket annat, distinktionen mellan sakskäl och auktoritetsskäl, markerandet mot tolkningsfiktioner, kanoniserandet av Tore Almén och en misstänksamhet mot subjektivistiska argument).[1113] Men när vi åberopar rättighetsdebatten, så är det inte för att markera startpunkten för en pågående utveckling, utan för att legitimera den rådande ordningen. Rättighetsdebatten kan vara en del av den "enkla och geniala" lösning, som för vår del möjliggjorde inträdet i den moderna juridiken, eller den kan tas som ytterligare en bekräftelse på det som vi redan visste, nämligen att man inte skall syssla med begreppsjurisprudens och "dogmatiska omskrivningar". I vilket fall avviker den roll, som rättighetsdebatten kommer att spela i den resulterande berättelsen, från den avsedda. Vår förmögenhetsrätt vill vara progressiv, men här visar den upp en *nostalgisk* sida. Vi agerar som om frågan om förhållandet mellan de rättsliga begreppen och verkligheten vore färdigbehandlad. När det gäller den saken blickar vi bakåt, mot rättighetsdebatten, snarare än framåt. Det

---

i Juridik och politik (1928) s 9 ff; jfr Bengtsson, Om civilrättens splittring s 30 ff. Det som är tidstypiskt är visserligen inte *en* sak. Lika typisk som Gordleys svepande, inkluderande analys är den riktning som betonar skillnaderna och den historiska egenarten hos varje stycke rättslig text – en riktning vars namnkunnigaste företrädare kanske är Pierre Legrand. Denna senare riktning står långt från Gordley, men den står än längre från Undén.

[1113] Till varje vetenskapligt paradigm hör en specifik uppsättning vändningar, gester, tricks och tekniker. Jfr t ex Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 205: "Lars Gustafsson har förmedlat seminarieinteriörer från femtiotalet och förrått en omtyckt gambit. Han hade studerat filosofi och någorlunda 'tillägnat sig de konster och knep som brukar tillämpas i diskussioner filosofer emellan. Till de visdomar som kunde inhämtas där hörde den att man inte skulle falla i farstun för andras påståenden. Och ville man säga något dräpande som riktigt definitivt satte pretentiösa och högfärdiga debattdeltagare på plats fanns det ett svar som kunde användas i alla möjliga situationer och som nästan alltid gav en utomordentlig effekt. Efter att lugnt putsande sina glasögon ha hört sin meningsmotståndare till slut kunde man svara: 'Jag förstår faktiskt inte alls det här resonemanget...' Och resultatet lät inte vänta på sig. Den som hade fällt det ursprungliga yttrandet rodnade lätt av skam, sneglade generat på professorn och insåg att hans synpunkter var både vaga, metafysiska och irrelevanta, medan den oförstående triumferande kunde luta sig tillbaka i stolen.' Redan i slutet av 60-talet trumfade marxisterna över detta trick och numera lyckas det nästan aldrig. Under en period gick det dock hem och den analytisk-filosofiska dialekten med dess krav på preciseringar, tal om 'pseudoproblem' samt om 'den filosofiska forskningens senaste resultat' tillförsäkrade den som behärskade den ett visst intellektuellt övertag."

betyder ofrånkomligen att vår hållning i frågan är *dogmatisk* – just vad vi helst av allt vill undvika, enligt vad vår egen retorik säger – och det betyder att vi *isolerar oss*, kulturellt och intellektuellt.[1114] Vår tradition är stolt och självtillräcklig. Vi har ingen förståelse för de som är annorlunda (abstrakta, kontinentala, tyska) – de som sysslar med "hokus-pokus-problem" – och det ger oss en *missionerande* attityd.

Ross uppsats "Tû-Tû" är mycket explicit i sin kolonialism. Det är inte så att han händelsevis *råkar* likna den "førvidenskabelige tænkning i rettslivet" vid det magiska tänkandet hos (det påhittade) Noît-kif-folket, "der som bekendt regnes blandt de mest primitive folkeslag, der i dag lever på jorden".[1115] Ross begär att vi skall ta följande underliggande resonemangsstruktur på allvar:

i. Det mänskliga tänkandets utveckling kan indelas i två skeden, ett förvetenskapligt och ett vetenskapligt.

ii. Det förvetenskapliga tänkandet angår ting som finns, såväl som ting som inte finns (gudar, andeväsen, magi och så vidare). Vetenskapen, däremot, erkänner endast existensen av ting som finns.

iii. Av ii. skall följa att det förvetenskapliga språket kommer att innehålla termer som endast uttrycker nonsens. Ty meningsfulla är blott de termer som har "semantisk referens", det vill säga termer som står för verkliga, i erfarenheten givna, ting.

[1114] Särskilt dogmatisk, i detta specifika hänseende, är väl sakrättstraditionen. När Ulf Göransson i sin doktorsavhandling tog sig för att i strid med denna tradition tillämpa en "mera *begreppsinriktad* metod" så var det med orden: "[K]anske är det i sällskap med Hesses Harry Haller jag går att besöka en lokal 'nur für Verrückte'!"; Göransson, Traditionsprincipen s 435. Jfr Andreasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants" s 526 f: "Åtminstone sedan slutet av 1920-talet har [...] det funktionella synsättet varit allmänt rådande i Sverige. Sakrättsfunktionalismen har sedan dess fullföljts och utvecklats av i stort sett samtliga som givit sig i kast med sakrättsliga strukturbyggen och förklaringsmodeller. Författare som Hessler, Rodhe och Håstad har varit tongivande. Inflytandet av dessa beskrivningar kan nog utan vidare påstås ha varit så dominerande att *det upplevs som ganska främmande att ens reflektera över alternativ* [min kurs]."; jfr dens, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 438: "Den svenska sakrätten är känd för att i förhållandevis hög grad vara funktionell till sin karaktär; dvs, för att i relativt stor utsträckning basera sina lösningar på reella överväganden och konsekvensanalyser i stället för abstrakta, föregivet stringenta juridiska slutledningar." Angående kvalifikationerna "förhållandevis" och "i relativt stor utsträckning" se nedan i n 1128.

[1115] Ross, Tû-Tû s 477 och 468.

iv. På vissa fält och i vissa traditioner har man kommit längre än annorstädes. Man kan tänka sig rent primitiva samhällen, som öppet umgås med magiska föreställningar (och vars medlemmar liksom stöter fram uttrycken för sin övertro: "Tû-Tû!"[1116]), och det finns discipliner som juridiken, där man bara nyligen kommit till insikt om, att åtskilliga av de termer som man har med sig av tradition och gammal vana har sina rötter i en magisk verklighetsuppfattning, och att dessa termer följaktligen saknar semantisk referens.[1117] Längst har man kommit, får man anta, i naturvetenskaperna, särskilt i fysiken och i de exakta vetenskaperna.[1118]

Denna imperialistiska scientism, som i sig naturligtvis opererar på ett helt och hållet mytiskt plan,[1119] gör det naturvetenskapliga paradigmet – eller rättare sagt: den modernistiska vetenskapsteorins naiva bild av naturvetenskapen – till mall och mål för det mänskliga tänkandet *överhuvudtaget*.[1120] Och det unkna intryck man här får, kommer sig ju inte av att Ross likställer det juridiska språket med den förment primitiva, förvetenskapliga människans, utan av att han reducerar alla mänskliga livsformer till en enda, som han själv säger sig företräda, och dömer dem efter denna måttstock. Det innebär att han effektivt skär av alla möjligheter att *förstå* det som han sätter sig till doms över. Man kan inte för-

[1116] Visst säger man att ordet *barbar* ursprungligen skall ha varit ljudhärmande, och efterliknat ljuden av de icke-grekiska folkslagens tal i grekernas öron? "Bar-bar, bar-bar!"

[1117] Jfr Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 540: "[R]ettighedsbegreppet er et tû-tû-begreb, dvs oprindelig bestemt ud fra magisk-metafysiske forestillinger om, at der virkelig opstår noget, en kraft eller en magt, der skydder sig ind mellem betingende kendsgerning og betinget følge som et forbindende mellemled."

[1118] Samma tanke finner man t ex hos Ekelöf; se ovan i och vid n 1029.

[1119] Detta är argumentet i Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law. I förordet skriver Fitzpatrick: "Modernity [...] is not supposed to be about myth. [...] In the infinite arrogance of modernity myth is made to correspond with the static and closed in meaning and social ordering whilst modernity is equated with progress and fecund openness. Yet the origins and identity of modern society are still described in seemingly mythic terms, in terms of the division between us and them, culture and nature, and so on. [...] No matter what its relevance to so-called primitive and ancient worlds, myth is vibrantly operative in modernity. [...] The obvious conundrum, then, is how this presence of myth can be reconciled with its denial in modernity. The answer is that the denial is the myth."

[1120] Jfr Lyotard, The Postmodern Condition s 26 f, om det vetenskapliga språkets inneboende imperialistiska tendenser.

klara en "magisk föreställning" vetenskapligt,[1121] och man kan inte förstå det juridiska språket om man är logisk positivist. Nu finns det ju inte längre några logiska positivister, men de avtryck som den scientistiska väckelsen lämnade i det förmögenhetsrättsliga språket är alltjämt påtagliga[1122] – och det har väl att göra med att känns bra att veta att man är "vetenskaplig".[1123]

Vi hänvisar till Uppsalaskolan, rättighetsdebatten och Ross – utan att vara alltför specifika[1124] – som om det som den diskursen handlade om, är av avgörande betydelse också för oss. Det är vanvördigt. Egentligen. Vi nämner visserligen Ross, Strahl, Undén, Ekelöf – ja, ibland även Lundstedt – med vördnad,[1125] och vi upphöjer dem till teoretiska aukto-

[1121] Det var vad J G Frazer försökte göra i sin "The Golden Bough. A Study in Magic and Religion" från år 1890, ett verk som fick ett massivt inflytande på den modernistiska kulturen och som Wittgenstein ägnade ett antal irriterade anmärkningar. Bl a skriver Wittgenstein, Bemerkungen über Frazers *Golden Bough* s 29 och 32: "Frazers Darstellung der magischen und religiösen Anschauungen der Menschen ist unbefriedigend: sie läßt diese Anschauungen als *Irrtümer* erscheinen. [...] Ein Irrtum entsteht erst, wenn die Magie wissenschaftlich ausgelegt wird." Ross framställning av Noît-kif-folkets föreställningar kan mycket väl jämföras med Frazers avhandling om tabubegreppet; se Frazer, The Golden Bough kap 19–22. En passage ur Frazers text citeras ovan under rubriken till avsnitt 7.1.

[1122] Jfr Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 6: "Enkelheten i det logiskt-positivistiska budskapet är förförisk. Människan vill ju helst att utgångspunkter och förklaringar skall vara enkla. Därför ligger det en hel del i påståendet att man inte kan vederlägga filosofier – om de dör beror det på ålderdomssvaghet. Tyvärr verkar den logiska positivismen i högsta grad vara levande, framförallt *utanför* filosofiska och vetenskapsteoretiska kretsar. I dessa uppfattas den sedan länge inte som fruktbar."

[1123] Zahle, Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth s 814: "The extension of the principle of logical positivism to include law has had an audience. It has given comfort to those who were doubtful whether legal doctrine was a real scientific activity. The doubtful were calmed by the analogous application of a natural science model which, in the middle of the 1950's, enjoyed general support. Legal doctrine achieved scientific respectability. This may explain why Ross' project achieved such broad support and even until this very day has its supporters."

[1124] Jfr t ex Göransson, Traditionsprincipen s 431 n 3: "Efter att Ekelöf själv i SvJT 1952 – det sista av tre inlägg – felaktigt hänvisat till sin mellanartikel som införd i SvJT 1950 (rätteligen Festskrift Ekeberg) har denna uppgift återupprepats i den fortsatta litteraturen på området. Förhållandet har fått mig att misstänka, att ganska få tagit del av Ekelöfs uppsats 1950, den i mitt tycke viktigaste."

[1125] Inte för att det skulle vara fel att visa Lundstedt vördnad. Jag försöker bara antyda att det är något paradoxalt över en nutida rättsdogmatiker som bugar för Lundstedt. Han (Lundstedt) skulle antagligen betacka sig.

riteter när vi återför våra distinktioner – mellan magi och vetenskap, fakta och dogmer, mellan begreppsjurisprudens och modern rättsvetenskap – på dem. Vi agerar som om sista ordet vore sagt. Men det innebär att vi har kopplat loss vår egen tradition från den idéhistoriska utvecklingen i övrigt, och således att vi har fryst vår egen teoribildning i 50-talsskick: "Tack, det räcker! Nu vet vi att vi är vetenskapliga, och kan sanktionera vår gamla övertygelse, att vi är sunt realistiska, medan de som står utanför vår tradition har förlorat sig i abstraktioner och 'lärda' dimridåer." Men – kan man fråga sig – vem tar i dagsläget intryck av Ross analyser? På sin höjd kan vi hålla oss själva övertygade, ytterligare ett tag, under förutsättning att vi kan vidmakthålla vår isolering.[1126] Rättighetsdebattens deltagare skulle inte vara imponerade.[1127] Genom deras verksamhet förmedlades några av tidens viktigaste idéströmningar till vår rättskultur. De var pålästa och receptiva. I deras debatter mötte Uppsalafilosofin impulserna från Kelsens Wienskola, det förrförra sekelskiftets tyska vetenskapsteori (Cassirer, men indirekt även Frege), den unga analytiska filosofin och Wienkretsens logiska positivism. Ja, på 20-talet verkade det rentav – åtminstone för de tillräckligt närsynta – som om händelsernas själva centrum låg i Uppsala.

Vi tycks dock sedan länge ha gått in i skuggan. Den svenska förmögenhetsrätten, i sin traditionella realistiska form, är ett slags skymningsjuridik: Tillbakablickande, obenägen att ifrågasätta sina egna premisser och *ansatt*. Vår tradition är trängd i tumultet kring harmoniseringen av den europeiska civilrätten, och den är vetenskapligt sårbar, för vi har inte underhållit disciplinens teoretiska fundament.[1128]

[1126] Vilka är "vi", om "vi" är teoretiskt isolerade? Den svenska förmögenhetsrättsvetenskapen är naturligtvis inte så homogen som polemiken i förevarande avsnitt ger sken av. Den ateoretiska realismen är ju redan – som konstaterades ovan i avsnitt 2.2.5 (punkt i) på bred front ifrågasatt; se härtill H Gustafsson, Cyklopens öga s 19 f.

[1127] Jfr Horkheimer-Adorno, Upplysningens dialektik s 10: "En övergång från kritik till flankstöd inverkar också på den teoretiska kvalitén, dess sanningshalt förtunnas."

[1128] Jens Andreasson vill skydda den funktionalistiska traditionen i förmögenhetsrätten (särskilt i sakrätten) från de europeiska influenserna (temat i Andreasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants") *och* menar samtidigt att det finns "behov av att ta ytterligare steg framåt på den funktionalistiska vägen" emedan "den svenska sakrätten [...] i praktiken [utgörs] av ett osystematiskt hopkok av olika argument och lösningar som baseras på vitt skilda typer av grundläggande antaganden" (sakrätten är alltså i teoretiskt hänseende ofullgången). Jfr Sverre Blandhols omtolkning av den nordiska rättspragmatismen, som även den kombinerar ansatsen till en rekonstruktion av traditionen med

7.6.3 Rättighetsdebattens spår i den moderna avtalsrätten

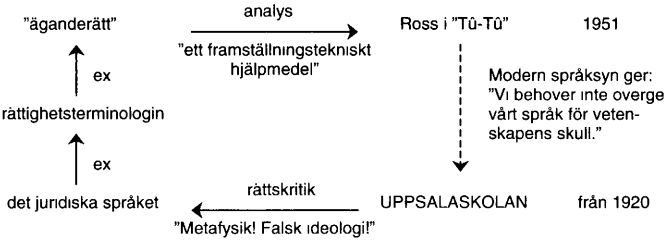
Kom analysen nu plötsligt att gälla sakrätten, och mer specifikt den praktiska frågan, hur "äganderättens övergång" skall hanteras i det pågående europeiska harmoniseringsarbetet? Nej, det är inte det som det *gäller* – särskilt inte när saken formuleras på så sätt. Den som tror, om någon nu gjorde det, att frågan om äganderättens övergång är rent praktisk – en policyfråga, och en fråga om hur man framgångsrikt skall kunna kommunicera om den gemensamma funktionella problematik som döljer sig under de rättskulturella lagren (à la Hein Kötz komparativa rättsvetenskap)[1129] – bedrar sig. Det rör sig om en svårt infekterad ideologisk fråga. En symbolfråga. Äganderätten är ett *exempel* – den är det viktigaste exemplet, men den är i viss mening *bara* ett exempel.

Äganderätten är – till exempel – det exempel som Ross tog i "Tû-Tû", och den är ett av de exempel som Undén använde när han lanserade distinktionen mellan funktions- och substansbegrepp. Vad är äganderätten ett exempel på? Om vi skall hålla oss till ett konkret textsammanhang: Hos Ross, i "Tû-Tû", är äganderätten det exempel som får illustrera Ross tes om rättighetsterminologins instrumentella värde. Rättighetsterminologin har, vidare, här sin betydelse *som debattämne* – efter Ekelöfs "Juridisk slutledning och terminologi" debatteras den korrekta tolkningen av rättighetsbegreppet, av Ekelöf, Ross, Strahl och Wedberg. Och det gör man, som vi vet, därför att detta begrepp stod i fokus – det var det primära exemplet – för Uppsalaskolans rättskritik, en kritik som kommit att ifrågasättas i och med mötet med den nya internationella filosofin och som därför tvunget måste omvärderas. Det som hade kritiserats var rättsvetenskapen som sådan och kritiken hade gått ut på att denna helt och hållet saknade vetenskapligt värde. Rättsvetenskapen hade förklarats vara ovetenskaplig och detta var i sin tur ett av otaliga uttryck för den stränga scientism som behärskade det tidiga modernistiska tänkandet. Det var denna anklagelse som Undén hade försökt hantera med sina funktionsbegrepp – och så har vi knutit Ross till Undén.

---

en kulturkonservativ hållning (som rymmer ett mått av fientlighet mot det främmande (det tyska)); se Blandhol, Hva er pragmatisme?; dens, Nordisk rettspragmatisme.

[1129] Att det finns en sådan funktionell problematik är naturligtvis i sig ett postulat präglat av en viss rättskultur, och skall inte misstas för att vara utpekandet av ett stycke neutral mark på vilken man kan mötas för att diskutera sina meningsskiljaktigheter.



Vad det här gäller är inte "äganderättens övergång" som sådan, utan all vår juridik, och den känsla vi har, av att denna är *sann*, det vill säga vetenskaplig.[1130] Nu talas det ju inte så mycket om "sanning" och "vetenskap" i det rättsdogmatiska sammanhanget, inte som under första halvan av nittonhundratalet (det är inte fashionabelt). Vår känsla av att vårt eget perspektiv äger företräde har inte längre någon teoretisk grund – denna har vi polerat ned till en lätthanterlig liten vokabulär ("funktionell", "faktisk", "begreppsjurisprudens", "dogmatisk överbyggnad" och så vidare). Det sanningsanspråk som vår diskurs reser är inte hypotetiskt eller teoretiskt, utan på magkänslenivå. Vi säger som det är. Vi talar om verkligheten. Så är det bara. Det är denna känsla vi låter komma till uttryck i våra kommentarer angående de pågående harmoniseringsförsöken.[1131] Men den tar sig också andra uttryck och den visar sig inte bara i sakrätten, även om det nu stämmer att denna är den mest funktionalistiska av de förmögenhetsrättsliga disciplinerna.[1132] Låt oss rikta uppmärksamheten mot *avtalsrätten*, enligt Kleineman...

[1130] Jfr Legrand, On the Singularity of Law s 524: "These traces are the *archive* of the law. What does not immediately show itself (say, the historicity of the discourse) belongs to what shows itself (the word of the statute) and belongs to it so crucially as to be constitutive of its very identity."

[1131] Jag säger "harmoniserings*försök*", för det är inte givet att ens en gemensam lagtext, om man skulle lyckas enas om en sådan, åstadkommer en reell harmonisering – som Gunther Teubner framhållit i sin berömda uppsats "Legal Irritants".

[1132] Jfr ovan n 1114. I sin "Lärobok i immaterialrätt" (2007) skriver Marianne Levin: "Äganderätt uppstår på naturlig väg och förutsätter varken lagstiftning eller rättsvetenskap."; Levin, a a s 25; jfr dens, a a s 30, där det hänvisas till "naturrättsläran". I sina respektive sammanhang är dessa uttalanden inte särskilt uppseendeväckande, men Levin hade nog inte kunnat tillåta sig sådana formuleringar om hon varit inskolad i den sakrättsliga kulturen.

> [...] ett rättsområde som alltför länge befunnit sig i en slags törnroseliknande dvala. Ända sedan de stora rättsideologiska debatterna avklingade, har denna djupa sömn härskat. Detta sinnestillstånd, som möjligen följde av att de auktoriteter på det förmögenhetsrättsliga området som hade varit hågade, ej blott för rättsdogmatisk djupsinnighet, utan jämväl för debattglädje, som t ex Ussing, Karlgren och Lundstedt lämnade plats på arenan för rättsvetare – måhända uttröttade av den äldre generationens dogmer – vilka först och främst ansåg sig – likt juridikens egna folkskollärare – böra förklara hur rätten "verkligen" fungerade i samhället.[1133]

Först kommer man här att tänka på *Grönfors* avtalsrätt, och den har tydliga beröringspunkter med rättighetsdebatten. Grönfors fullmakts-/avtalsgrundande rättsfakta och de förslag till lösningar av rättighetsproblematiken som lades fram av Ekelöf, Strahl, Ross och Wedberg syftar, kan man säga, till att åstadkomma samma sak, nämligen att tömma de juridiska begreppen på deras substans. Rättsföljderna inträder, när de gör det, inte *därför att* vi kan konstatera att det föreligger, till exempel, en "gemensam partsvilja" eller en "äganderättsövergång", utan därför att rättssystemet vid det aktuella tillfället råkar vara beskaffat på det sättet.[1134] Slutsatserna följer i realiteten inte av avtalets eller äganderättens själva begrepp, utan innebär, ytterst, en bekräftelse av de bakomliggande rättspolitiska värderingarna. Den som i ett givet ögonblick har makten att fastställa rättsläget – lagstiftaren, i ett oreglerat fall rättstillämparen – står det alltså fritt att välja den funktionella, ändamålsenliga lösningen. Det är den bakomliggande realistiska övertygelsen. Hur skulle juridiken annars kunna vara rationell?[1135]

[1133] Kleineman, Anm av Sandgren (red), Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s 621. Jfr Lehrberg, Avtals- och kontraktsrätten i en modern juristutbildning s 325: "Inom avtals- och kontraktsrättens område har [...] tendensen att hälsan tiger still varit framträdande." Jfr dens, Rättsvetenskap i praktikens tjänst? s 754: "Ett utmärkande drag hos de senaste årtiondenas civilrättsforskning är att sådana teoretiskt orienterade forskningsuppgifter, som till exempel den allmänna avtalsrätten erbjuder, i stor utsträckning undviks." Se också H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 179 f.

[1134] Jfr t ex Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 27 n 16: "[D]et som omfattas av avtalslagens fullmaktsregler [måste rimligen] omfattas av ett med avseende på svensk rätt uppställt fullmaktsbegrepp."

[1135] Till undvikande av missförstånd bör kanske framhållas att jag för egen del inte för ett ögonblick tror att det är möjligt att frigöra sig från det rättsliga språket på det sätt som den realistiska åskådningen förutsätter. "Verkligheten", "omsättningsintresset", "funktionerna", "ändamålen" ... de är också juridiska begrepp; se vidare nedan i kapitel 8.

Grönfors valde dock själv att inte inkorporera rättighetsdebattens terminologi i sin teoribildning. Han berör densamma vid några tillfällen, men verkar inte riktigt veta vad han skall göra av den. I "Ställningsfullmakt och bulvanskap" tar han upp frågan huruvida fullmakten kan betraktas som ett mellanbegrepp i Ross mening, närmast av det skälet att Ussing, i en artikel i TfR 1952, hade påstått att så var fallet.[1136] Grönfors anmäler en avvikande uppfattning.[1137] Fullmakten kan, som han ser det, inte vara ett mellanbegrepp av "samma färglösa karaktär" som begreppet äganderätt, ty de rättsföljder som inträder när en giltig fullmakt föreligger är *få* och *"till sin typ specificerade"*. Fullmaktsbegreppet har således "tydligen ett preciserat innehåll". Grönfors sätter likhetstecken mellan "färglöshet" och vaghet – och hänvisar i sammanhanget till mellanbegreppens framställningstekniska funktion.[1138] Fullmaktsbegreppet är speciellt. Det kan inte underkastas Ross analys, utan skall förklaras på Grönfors vis – som utpekande en relation mellan huvudman, mellanman och tredje man, vilken (och detta för att utesluta bulvanfallen) inträtt på grund av fullmaktsreglerna (som i sin tur skall beskrivas genom angivande av fullmaktsgrundande rättsfakta).[1139]

Grönfors säger här alltså: Inte "färglöst mellanbegrepp", utan "fullmaktsgrundande rättsfakta". Man kan förstå honom. Det som är poängen med framställningen i "Ställningsfullmakt och bulvanskap" kan inte beskrivas genom en hänvisning till Ross utredning i "Tû-Tû". Och det vore ju i själva verket märkligt om det hade varit möjligt. Ross behandlar inte alls de frågor som Grönfors intresserar sig för. Grönfors markering mot tanken att slutsatserna från rättighetsdebatten skulle

[1136] Ussing, Til Retstridighedsdebatten s 235 f. Ussing ansluter, med ett litet förbehåll, till Ross "mesterlige lille afhandling Tû-tû" (som ju var Ross bidrag till Ussings festskrift) emedan han i den finner bekräftelse på sitt eget och Lassens sätt att definiera de centrala avtalsrättsliga begreppen. En anmärkning: Vad detta egentligen hade med Ross analys att göra är något oklart. Man kan konstatera att närhelst ett nytt begrepp, eller ett nytt synsätt, slår igenom, så finner alla däri bekräftelse på sina egna tankar. Om inte annat finner man snart på ett sätt att knyta an till de nya inneformuleringarna, med följden att den ursprungliga innebörden korrumperas. Det akademiska samtalet verkar syntetiserande och utslätande.

[1137] Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 24 f.

[1138] Grönfors, a a s 25: "Ju större antal rättsföljder man har att göra med, desto starkare skäl synes finnas för uppfattningen, att 'mellanbegreppet' urvattnas och alltmer antar karktären av ett syntaktiskt hjälpmedel, avsett att tillgodose det framställningstekniska behovet."

[1139] Grönfors, a a s 25 f.

kunna föras över på fullmaktsläran är också strängt taget överflödig. Ross har ju inte påstått att mellanbegreppen inte skulle kunna användas för att beskriva rättssystematiska sammanhang. Tvärtom. De är ju just "framställningstekniska hjälpmedel". Vad han har sagt är blott, att de korresponderande termerna *tagna för sig* saknar "semantisk referens". Den kritiska distinktionen – mellan ordets mening och satsens mening (en Fregeansk teknik) – var, som vi minns, det som möjliggjorde slutsatsen att rättighetsterminologin är vetenskapligt legitim trots att den har sitt ursprung i vantro och magiska föreställningar. Detta med avsaknaden av semantisk referens borde inte behöva bekymra Grönfors, för det betyder inte att man inte kan tillskriva de rättsliga begreppen rättssystematisk innebörd. Ross är mycket tydlig på denna punkt:

> Vi kan [...] fastslå, [...] at udsagn om rettigheder fungerer med god mening til beskrivelse af gældende ret eller dennes anvendelse på konkrete situationer, men at det samtidigt må fastholdes, at *rettighedsbegrebet er uden enhver semantisk referens.*[1140]

Det i Ross analys som förvirrar Grönfors är antagligen detsamma som förvirrade Ekelöf,[1141] nämligen det mycket specifika, tekniska sätt på vilket Ross, i Hedenius efterföljd, talar om mening. Det är väsentligt att Ross använder uttrycket "semantisk referens" – till skillnad från Ekelöf, som använder ordet "mening".[1142] Det är en markör. Ross uttalar sig inte om "mening" så där i största allmänhet – och det visar att han är en god analytiker.[1143] Han skapar inte mer teori än vad uppgiften kräver, och vill på så sätt längst möjligt undvika vittgående, anspråksfulla spekulationer.[1144] *Allt* Ross vill säga, är att termer som "rättighet", "fordran" etc, inte står för någonting metafysiskt eller mystiskt, en kraft eller någonting överhuvudtaget som förbinder rättsfakta och rättsföljd och som skulle

[1140] Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 537.

[1141] Se ovan s 377.

[1142] Det är inte blott en terminologisk skillnad utan ett direkt uttryck för skillnaden mellan deras respektive synsätt; se Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?; Ross, Status i rettighedsdiskussionen. Dramatiserat: Ekelöf (harmset): "Skulle rättighetsbegreppet vara *meningslöst*?" Ross (lugnt): "Det har jag inte påstått. *Försök* åtminstone att hänga med i den vetenskapliga utvecklingen" (pekar på Wedbergs och Hedenius analyser).

[1143] God i bemärkelsen rättrogen.

[1144] Vilket är vad en riktig analytiker avskyr mest. Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 537: "Jeg må videre indrømme, at jeg anser en almindelig semantisk teori om, hvornår et ord er meningsløst, for en yderst vanskelig opgave, hvis løsning vil føre meget vidt, og

kunna förklara relationen dem emellan.[1145] Och detta vill han visa genom sitt påstående, att till exempel satserna:[1146]

1) Når A lovligt har købt en ting, stiftes herved ejendomsret til tingen for ham

och

2) Når A har ejendomsret til en ting, kan han bl a vindicere den

kan, utan att innebörden förändras, omformuleras så:

3) Når A lovligt har købt en ting, kan han bl a vindicere den

1) + 2) betyder enligt Ross "intetsomhelst andet end" 3).[1147] Detta är avsett att vara fullkomligt trivialt.[1148] Men om det är trivialt så är det trivialt på precis samma sätt som det är "trivialt" att satsen:

Kungen av Frankrike är skallig

lika gärna kan skrivas:

Det finns en entitet som är kung av Frankrike och som är skallig

...så som Russell gjorde gällande i "On Denoting" (här återges Russells analys i dess absolut enklaste form).

Om den Russellska analysen av de denoterande fraserna har von Wright anmärkt, att den kan förefalla så trivial, "att man har svårt att fatta, att Russells teori skulle ha något som helst filosofiskt eller annat 'djupare' intresse",[1149] och något liknande kunde man säga om Ross analys av äganderättsbegreppet. Det är endast det bakomliggande teoretiska problemet som ger analysen mening. Russell anser sig ha visat att vi *i*

---

som jeg ikke tør påtage mig, men som formentlig heller ikke er nødvendig for at bringe klarhed i det foreliggende problem."; jfr Hedenius, Om rätt och moral s 71. Jfr t ex Russell, Our Knowledge of the External World s 112: "[...] the maxim which inspires all scientific philosophizing, namely 'Occam's razor': *Entities are not to be multiplied without necessity.* In other words, in dealing with any subject-matter, find out what enitities are undeniably involved, and state everything in terms of these entities."

[1145] Ross, a st: "[Rettighedsbegrebet] betegner ikke noget fænomen af nogen art der skyder sig ind mellem de betingende kendsgerninger og de betingede følger men er alene et middel, ved hvis hjælp man – mere eller mindre eksakt – bringer indholdet af et sæt retsregler til bevidsthed [...]."

[1146] Ross, a a s 538.

[1147] Ross, a st.

[1148] Ross, a st; jfr dens, Tû-Tû s 470, 473, 474 f och 481.

[1149] von Wright, Logik, filosofi och språk s 118.

analysen klarar oss utan de besvärliga denoterande fraserna, som ju verkade implicera existensen av uppenbart icke-existerande föremål, och Ross anser sig på motsvarande sätt ha visat att vi kan förklara rättighetsterminologin utan att anta att den står för någonting. Men därigenom har inte Russell avsett att reformera vardagsspråket och därigenom har inte Ross avsett att bidra till den juridiska terminologin.[1150]

Ross tanke att rättighetsbegreppet kan betraktas som ett rent kopplingsbegrepp, som man skulle kunna uttrycka det, innebär *egentligen* bara att man inte behöver oroa sig för att man – så som Ekelöf faktiskt ville antyda – ägnar sig åt begreppsjurisprudens när man använder rättighetsterminologin. Egentligen – det vill säga med bortseende från de innebörder som Ross analys efterhand tillskrivits av de författare som förhållit sig till den (varje framgångsrik analys får snabbt ett eget liv och börjar mutera). När Grönfors tio år efter "Tû-Tû" har att ta ställning till påståendet, att även fullmakten utgör ett "färglöst mellanbegrepp", hade, vad det verkar, reifieringen gått så långt att det tycktes nödvändigt att *göra plats* för avvikande formuleringar. Att vissa rättsliga begrepp (*exakt* vilka begrepp det rör sig om har alltid varit oklart, från Undén[1151] och framåt) kan betraktas som "kopplingsbegrepp" syntes nu ha hårdnat till doktrin, så att den som *formulerar sig* annorlunda riskerar att framstå som en avfälling – som om påståendet "Det är ett färglöst mellanbegrepp" (Ross) inte skulle vara förenligt med "Det är ett relationsbegrepp som utpekar en viss uppsättning rättsregler" (Grönfors). På den doktrinära nivån frågar man sig inte vad "är" i det enskilda fallet betyder. Det är redan givet. Ett påstående som når dit blir helt enkelt *rätt* (Recht).[1152] Äganderättsbegreppet *är* ett färglöst mellanbegrepp. Fråga en sakrättare.

Av vad som nu sagts följer, att även om den invändning som Grönfors riktade mot tanken, att fullmakten skulle kunna betraktas som ett färglöst mellanbegrepp,[1153] inte har någon som helst bäring på Ross faktiska

[1150] Dock menar Ross, som framgår av det avslutande stycket i "Tû-Tû", att det kan leda till "vildfarelser og dogmatiske postulater" om man *inte förstår* att rättighetsbegreppet har den karaktär som Ross genom sin analys har klarlagt att det har. Detta vill säga, att Ross inte nöjer sig med det juridiska språket sådant som det är, utan att han önskar reformera juristernas språkvanor utifrån en viss (logisk-positivistisk) uppfattning om vad rättsvetenskap borde vara. Se härtill Ross, Om ret og retfærdighed s 215 ff; dens, Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s 193 ff; se vidare nedan avsnitt 8.3.

[1151] Se t ex Undéns ovan vid n 775 citerade uttalande.

[1152] Jfr ovan vid n 467.

[1153] Se ovan i och vid n 1138.

argumentation – och att den inte har det är väl uppenbart (framställningsteknisk vinst eller inte – om ett juridiskt begrepp så skulle förbinda blott *ett* rättsfaktum med blott *en* rättsföljd skulle Ross fortfarande inte vilja tillskriva detta semantisk referens) – så behöver det inte ha varit obefogat att markera mot Ross analys. På så sätt skapas utrymme för Grönfors egen teori i det, ur teoretisk synvinkel sett kanske något enkelspåriga, *doktrinära medvetandet.*

Senare skulle Grönfors som bekant expandera sin analys från "Ställningsfullmakt och bulvanskap" in på avtalslärans område, och följdenligt reproducerar han där sin invändning mot resonemanget från "Tû-Tû". Inte heller avtalet är ett färglöst mellanbegrepp (även detta hade Ussing antagit i sin artikel från 1952[1154]). I sin kommentar till avtalslagen skriver Grönfors:

> [Är] "avtal" [...] ett färglöst "mellanbegrepp" i den mening som angivits av *Ross* [...], nämligen att om vissa rekvisit är uppfyllda föreligger ett avtal, varav sedan följer vissa rättsverkningar? Nej, så innehållslöst är i själva verket inte konstaterandet, att ett avtal föreligger. Detta konstaterande innebär nämligen ytterligare *att därigenom utpekas en särskild kategori regler som blir tillämpliga, nämligen avtalsrättsliga regler.* Anbud och accept är i denna mening *avtalsgrundande rättsfakta.* [...] När avtalsgrundande rättsfakta föreligger, blir rättsverkan härav att *situationen i fortsättningen skall bedömas enligt avtalsrättsliga regler,* inte efter regler rörande utomkontraktuella rättsförhållanden.[1155]

Samma år som tredje upplagan av "Avtalslagen" ges ut, skriver emellertid Grönfors i ett annat sammanhang:

> Begreppet avtalsbundenhet är till sin funktion ett färglöst "mellanbegrepp": om avtal föreligger, så följer därav vissa rättsverkningar.[1156]

Man kan tycka att detta är inkonsekvent. Eller skall man anta att Grönfors menar att avtalsbegreppet har en helt annan rättssystematisk innebörd än begreppet avtalsbundenhet? Man får då fråga sig vad det rättsligt sett innebär att vara bunden av ett avtal annat än att man får finna sig i att de avtalsrättsliga reglerna blir tillämpliga (Grönfors definition av avtalsbegreppet). Nja, man skall nog inte pressa Grönfors text på det

[1154] Se Ussing, Til Retstridighedsdebatten s 236.

[1155] Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 52 f. Meningen står oförändrad från första upplagan (s 29).

[1156] Grönfors, Avtal och omförhandling s 17.

sättet.[1157] När han talar om *avtalsbundenhet* är hans syfte att luckra upp och nyansera detta begrepp, och det är som ett led i den strategin som han kallar det färglöst och ett "mellanbegrepp". När det gäller analysen av *avtalsbegreppet* ligger istället fokus på den egna teorins förtjänster – att den gör det systematiska sammanhanget klart, någonting som är svårt att förena med tanken att avtalsbegreppet skulle vara meningslöst. I endera fallet är dock budskapet detsamma: Det är inte de underliggande begreppen som bestämmer avtalsrättens innehåll, och i den avtalsrättsliga analysen får vi inte låta begreppen styra tanken – *allt* som finns, är vissa rättssystematiska sammanhang, vissa rättsregler, vissa uppsättningar rättsfakta, vissa rättsföljder och den avtalsrättsvetenskapliga uppgiften består i att beskriva dessa rättsliga realiteter så korrekt som möjligt.[1158] Detta är den grundläggande inställningen också bakom Ross analys av rättighetsbegreppet. Egentligen är väl Grönfors och Ross respektive synsätt på de juridiska begreppen samma andas barn, och de borde mycket väl gå att kombinera. Så sker också – hos Geir Woxholth.

Woxholth framträder som det Grönforska perspektivets främste förespråkare i den norska avtalsrätten,[1159] en tradition som, efter Stang, när det gäller avtalsläran till stor del formats av diskussionen kring Arnholms "dispositive utsagn".[1160] Woxholth föredrar dock för sin del termerna

[1157] Även hos Grönfors råder naturligtvis ett intimt samband mellan avtalsbegreppet och begreppet avtalsbundenhet. Jfr t ex Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl s 53: "Allvaret i att parterna nu är bundna av avtalet uttrycks ofta genom satsen att avtal skall hållas (lat *pacta sunt servanda*). Men denna sats är helt "öppen" och utan påtagligt innehåll, så länge den inte preciseras genom en rad rättsregler, som kan visa sig vara konkret tillämpliga på en bestämd situation. Termen 'avtal' får täcka en serie av olika avtalsverkningar från ett läge, där man befinner sig nära den blotta anbudsbundenheten, ända till en fullt utvecklad och sanktionerad avtalsbundenhet [...]"; jfr dens, Avtal och omförhandling s 15; Woxholth, Avtalerett s 121.

[1158] Jag tror att Grönfors har sin funktionalism i första hand från Ussing; se särskilt Avtalsgrundande rättsfakta s 23 f.

[1159] Jfr ovan n 206.

[1160] För Arnholms lära se särskilt Arnholm, Omkring rettshandelsteorien – vars stora tema är behovet av en mer realilstisk/funktionell syn på rättshandlingsläran. När Woxholth ansluter till Grönfors röjer han väg genom att kritisera Arnholm, och han gör det bl a genom att hävda att "læren om det dispositive utsagn og dets avledede begreper [...] innbyr till begreppsjuss"; Woxholth, Avtalerett s 133. Arnholms analys var alltså ändock inte rättsfunktionell nog; se härtill nedan vid n 1217. Som Woxholth, a a s 130, anmärker är Arnholms terminologi "helt uten tilhengere i Sverige"; se härtill Malmberg, Anställningsavtalet s 69 n 70.

"avtalestiftende rettsfakta", efter Grönfors, och "disposisjonskriterier", efter Svein Eng,[1161] termer som får ge uttryck för en och samma tanke,[1162] nämligen den att avtalsbegreppet skall betraktas som en "funksjonell størrelse, i den forstand at det ikke gjør mer enn å tilordne rettsvirkninger til rettsfakta".[1163] Det är en fråga om vad som "er hensiktsmessig i en moderne avtalerett".[1164] Woxholths inriktning är den klassiskt modernistiska och anti-traditionalistiska: Ordet "avtal" har inte med sig någonting från förr; det har ingen egen innebörd att dra slutsatser utifrån; i synnerhet får vi inte luras att tro att avtal nödvändigtvis har någonting med vilja att göra. I traditionell realistisk stil finner Woxholth sitt eget tänkandes motpol i "äldre tiders begreppsjurisprudens":

> I eldre tider var jurister i stor grad opptatt av begreper nærmest for begrepenes egen skyld – det ble trukket slutninger fra begrepene (begrepsjurisprudens).[1165]

Det Woxholthska avtalsbegreppet länkar blott vissa "avtalestiftende rettsfakta", eller "disposisjonskriterier", med vissa rättsföljder. Det är, med andra ord, ett "färglöst mellanbegrepp", en egenskap som Woxholth lyfter fram genom att i anslutning till Eckhoff beskriva det som ett kopplingsbegrepp.[1166] Och Eckhoff har i sin tur föreställningen från Ross.[1167] Det är ju mycket tack vare Eckhoff som det ligger närmare till hands att anknyta till Ross i Norge än vad det gör i Sverige,[1168] eller i Danmark,

[1161] Se Eng, Hva er en viljeserklæring?

[1162] Woxholth, a a s 56: "Dette er [...] bare tale om to forskjellige betegnelser på det samme."

[1163] Woxholth, a a s 138.

[1164] Woxholth, a a s 131.

[1165] Woxholth, a a s 121.

[1166] I förordet till "Avtalerett" förklarar Woxholth: "Kjernen i fremstillingen er reglene om løftets forpliktende karakter [...] Her bygger jeg på en teoretisk modell som jeg har hentet inspirasjon til hos Grönfors, Eng och Eckhoff." Anmärkas kan att Eng inkorporerar "koblingsorden" i sin "u/enighetsanalyse"; se Eng, U/enighetsanalyse s 479 ff.

[1167] Hänvisningen till Eckhoff hos Woxholth, a a s 122, går till Eckhoff, Rettskildelære (5 uppl) s 49 ff, där man finner det välbekanta schemat från "Tû-Tû"; se vidare ovan n 1091. Ja, genom ett led av direkta hänvisningar – hos Eckhoff, Sundby, Ross, Hedenius och Russell – förbinds här den moderna skandinaviska avtalsrätten med 1890-talet och Gottlob Frege.

[1168] Men även Arnholm var influerad av Ross. Redan i "Omkring rettshandelsteorien" uppmärksammar han och berömmer (s 401) Ross rättsfunktionella syn på äganderätten. Och i sin serie "Privatrett" (1964–1971) utgick han från rättighetsdebattens slutsats i Ross tappning; se Arnholm, Privatrett I s 26 ff, särskilt s 28, där Arnholm anmärker att "fremstillingen hos Ross er den jeg selv har lært mest av".

för den delen[1169] – i Norge hade man inte samma trängande behov av att göra upp med Ross (istället får man nu göra upp med Eckhoff).[1170]

Vinkeln på rättighetsdebatten varierar de skandinaviska länderna emellan, men också mellan olika förmögenhetsrättsliga discipliner. Det faller sig naturligt för svenska *sakrättare* att anknyta till den danska traditionen, där äganderättsbegreppet diskuterats ingående och stått i fokus för utbildandet av den moderna juridiken. I de strider som Ross (modern) utkämpade med Fr Vinding Kruse (premodern) var,[1171] för att ta ett viktigt exempel, tolkningen av äganderättsbegreppet en central fråga. Ross "Ejendomsret og Ejendomsovergang" (1935) står mot Fr Vinding Kruses "Ejendomsretten" (i sin första upplaga 1929–1933), den senares "naturrättsliga" uppfattning,[1172] mot den förres konsekvent funktionalistiska modernism. Ross äganderättsbegrepp här ligger mycket nära Undéns – och i bakgrunden skymtar Kelsen. När Ross tar äganderätten som exempel i "Tû-Tû", bekräftar han således en gammal slutsats, men han har givits tillfälle att rättfärdiga densamma med ett nytt argument, hämtat från den analytiska traditionen.[1173]

De svenska *avtalsrättarna* har i nu berört hänseende stått längre från Ross. Grönfors förhöll sig, trots det idémässiga släktskapet, avvaktande.

[1169] Jfr Hellner, Rättsvetenskaplig metod s 480 f: "I Norden betraktas på sina håll Torsteins Eckhoffs bok Retskildelære som en nära nog kanonisk skrift om rättsvetenskaplig metod."

[1170] Se ovan n 351.

[1171] Se härtill ovan vid n 370.

[1172] Hur det egentligen står till med beskaffenheten av Fr Vinding Kruses läror vill jag låta vara osagt. Men man kan förvänta sig, att hans perspektiv förvrängts förhållandevis våldsamt i den efterföljande historiens versioner. Vinding Kruse hörde ju till förlorarna. I symboliskt hänseende associerar vi honom till allt det som Ross kämpade mot, och Ross kämpade först och främst mot "naturrätten". Tecknet "Vinding Kruse" står för Tyskland, för artonhundratalet och för systembyggande. Hans "Viljeserklæringen" från 1939 är kanske det sista försöket i nordisk doktrin att ordna *hela* rättssystemet efter föreställningen om det rättsliga subjektets autonomi; Vinding Kruse, Viljeserklæringen s 645: "De menneskelige Viljeserklæringer er Kilden til al Ret i Samfundet, der fastsættes af dettes Myndigheter eller aftales af dets Borgere, medens Sædvanen og Sagens Natur er Kilden til al anden Ret". (Rätten består av det frivilligt och individuellt förklarade, och av det sedvanligt gällande. Den strukturerande principen är frivillighet/ofrivillighet.) Viss upprättelse har Fr Vinding Kruse fått genom Jens Evalds biografi "Frederik Vinding Kruse (1880–1963)" (2005).

[1173] Så kan man överlag betrakta Ross insatser i rättighetsdebatten. Han använder "den nya vetenskapliga filosofin" för att sätta sina gamla meningsmotståndare (främst Lundstedt) på plats; se härtill ovan n 749.

Hans inställning, att avtalsbegreppet utpekar en viss uppsättning rättsregler, påminner om Strahls och Ekelöfs hållning till rättighetsbegreppet. Och Lehrberg, som i teorin följer Ekelöf nära, använder sig av ett avtalsbegrepp som, i traditionen efter Uppsalaskolan, i överensstämmelse med den Ekelöfska tolkningsläran och i anslutning till Ussing, i sin innersta kärna är faktiskt-subjektivt och således substantiellt (bedömt utifrån den radikalfunktionalistiska traditionens premisser – i till exempel Undéns, Ross, Grönfors och Woxholths ögon).[1174] Jan och Christina Ramberg har följt Grönfors. Adlercreutz uttalar sig gärna försiktigt i teoretiskt kontroversiella frågor[1175] – så även i denna:

> Begreppet avtal (rättshandling) fungerar liksom andra juridiska begrepp som en förmedlingslänk: i den mån en företeelse är att rubricera (kvalificera) som ett avtal (rättshandling), står i princip ett system av regler, inte endast avtalsrättsliga utan även sådana som gäller olika typer av avtal, till buds för lösningen av olika frågor som kan uppkomma och eventuellt vålla tvist mellan parterna. Att leda fram till dessa regler är *avtalsbegreppets juridisk-tekniska funktion.* Men vid all rättstillämpning, särskilt när fråga är om mera atypiska fall, måste försiktighet iakttagas. Att dra slutsatser från en begreppslig rubricering, företagen utan hänsyn till den rättsföljd varom fråga är (s k begreppsjurisprudens), anses numera som en förkastlig metod [...][1176]

Adlercreutz uttalande här duger gott som karakteristik av den allmänna inställningen till avtalsbegreppet i modern skandinavisk rätt. Rättighetsdebatten har i detta kapitel fått representera den historiska utveckling som gjort denna inställning möjlig. Vi har inte, som Lundstedt krävde, ersatt rättsideologin med en beskrivning av sociala realiteter, men vi har omformulerat den – eller *demonterat* den, under antagandet att diskursen kring de avtalsrättsliga problemställningarna tjänar på att brytas ned i regler, i rättsfakta respektive rättsföljder, så att de funktionella sambanden blottläggs inför vår rättspolitiskt medvetna blick. Så har vi kunnat

[1174] Se vidare nedan avsnitt 10.2 och 10.6.

[1175] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I s 38: "Numera uppfattar man rättsreglerna som helt grundade på rättspolitiska överväganden; de är inte uttryck för något som kan teoretiskt bedömas som 'rätt' eller 'fel' (sant eller falskt) utan anger praktiska lösningar baserade på värderingar." Jfr Adlercreutz sätt att hantera den Grönforska kombinationsfullmakten (se Adlercreutz, a a s 201 f) och Schmidts culpateori i tolkningsläran (se dens, Avtalsrätt II s 115 och 120 ff).

[1176] Adlercreutz, Avtalsrätt I s 32.

hålla vårt samvete rent, och så har vi kunnat lämna frågan om juridikens vetenskaplighet åt sidan.

Jag undrar om det inte var någonting som gick förlorat på vägen.

8 Åter till texterna

8.1 Till den juridiska livsvärldens försvar

Så långt redogörelsen för rättighetsdebatten och dess efterverkningar. Var har den fört oss?

Låt oss först påminna oss om varför vi här överhuvudtaget har intresserat oss för förmögenhetsrättens idéhistoria. En sådan påminnelse är antagligen välbehövlig. I det rättsdogmatiska sammanhanget är vår vilja att skilja det irrelevanta historieskrivandet från det relevanta redogörandet för rättsläget mycket stark. Som språkkritisk rättsdogmatiker måste man gång på gång under de genalogiska undersökningarna påminna också sig själv om det syfte som undersökningarna tjänar, för viljan att bortse från historien finns nedlagd i själva det förmögenhetsrättsliga språket. Undersökningen motarbetas av sitt eget medium.

Vilken är nu poängen? Ja, har detta varit en skolenlig språkkritisk undersökning skall det i viss mening inte finnas något att tillägga. "Poängen" infinner sig stegvis, i och med att den problemstruktur det gäller konfronteras med deskriptionen, och består i att vissa tankemönster bryts, i att det blir möjligt att lägga av vissa vanor. *Därutöver* skall det inte finnas någonting. Ingen ny överbyggnad. Men det betyder inte att man behöver, eller bör, hemfalla åt en kliniskt deskriptiv teknik ("Se texten! Var tyst."). På det sättet skulle den terepeutiska effekten ofta nog utebli.[1177] Problemen skall ju *behandlas* – och en essentiell del av problembehandlingen är att stöta problemet mot beskrivningen: vridandet och vändandet. Det är nödvändigt att vara tydlig med vad som skall åstadkommas. Bara på så sätt kan man göra klart för sig att problemet inte är inbillat, det vill säga att man inte blott projicerat sina egna villfarelser på språkgemenskapen i stort och gör anspråk på läsarnas tid med rent privata funderingar. Det är viktigt att man har och kan förmedla en

[1177] Jfr Diamond, The Realistic Spirit s 21 f, om det vanliga missförstånd som ligger i antagandet, att Wittgenstein är inkonsekvent när han hävdar att allt skall lämnas som det är samtidigt som han kritiserar och vill övervinna den traditionella filosofin.

överblick över det landskap som genomkorsats under undersökningens gång, det vill säga att man har riktningskänsla och inte hamnar i ett beskrivande för beskrivandets skull. Utan riktning är varje beskrivning lika (o)intressant som varje annan. Och det är viktigt, till exempel i förevarande sammanhang, att tankesammanhanget framgår med tillräcklig tydlighet, så att undersökningen verkligen blir ett led i det övergripande resonemanget.

Hos Immanuel Kant – den deskriptiva kritikens skyddshelgon – tjänade kritiken ytterst syftet att försvara livsvärlden mot scientismen, i den specifika form som denna tog i det sena 1700-talets Europa. Kant kämpade för att värja sig mot den enkelspåriga världsbild som "Upplysningen" förde med sig, mot den materialism, determinism och ateism som följer om man överför den tidens mekanistiska, Newtonska, naturvetenskap på etiken och religionen.[1178] Med sin kritik av förnuftet ville Kant visa att detta går över sina egna gränser när det reducerar människan till natur, och att det *i praktiskt hänseende* är nödvändigt att, till exempel, räkna viljan som fri.[1179] "I praktiskt hänseende" betyder då: För att vi skall kunna leva i överensstämmelse med våra teorier,[1180] och det är en förutsättning för att vi skall kunna ta teorierna på allvar. Postulerar vi, att människan

[1178] Se Kant, Kritik av det rena förnuftet s 70 ff, 94 f och 691 ff. Här abstraherar jag från det förhållandet att Newton själv var mycket religiös och lämnade plats för försynen i sin celesta mekanik. Om relationen mellan religionen och den vetenskapliga världsbilden under 1700-talet se t ex Hampson, Upplysningen s 71 ff.

[1179] "[I] praktiskt hänseende [är] frihetens stig den enda på vilken det är möjligt att göra bruk av förnuftet i samband med vårt görande och låtande."; Kant, Grundläggning av sedernas metafysik s 85.

[1180] Märk: "i överensstämmelse med", inte "efter". Livet är primärt. Teorin och teoretiserandet har en mycket undanskymd plats i livsvärlden. Vi teoretiserar inte alltid, och när vi inte teoretiserar är teoretiserandet som praktik *irrelevant*. Bentzon, Noter til Privatrettens almindelige Del s 98: "I Tro paa sin Theori giver man helst Livet Uret." Stanley Fish gör gärna denna poäng. I en variant heter det: "First [...] performing an activity – engaging in a practice – is one thing and discoursing on that practice another. Second, the practice of discoursing on practice does not stand in a relationship of superiority or governance to the practice that is its object."; Fish, Doing What Comes Naturally s 377. Se vidare dens, a a s 140 och 315 ff; dens, Is There a Text in This Class? s 197 ff; dens, The Trouble with Principle s 285 ff; se häremot t ex Abrams, The Unbearable Lightness of Being Stanley Fish; Spaak, Principled and Pragmatic Theories of Legal Reasoning s 241 ff; se härtill t ex Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 477; dens, Wahrheit und Methode, bd II s 453 f; Wittgenstein, Zettel §§ 413 och 414.

är en maskin, i bemärkelsen materia i rörelse,[1181] så blir det, för att uttrycka saken annorlunda, *omöjligt* att förstå livet – det vi gör, det vi säger och det vi tror på.[1182]

På motsvarande sätt kan min kritik av den svenska förmögenhetsrättens språk sägas syfta till att, på sitt eget lilla vis, bemöta ett scientistiskt hot. Och det är i så fall "den juridiska livsvärlden" som skall vara hotad. Närmare bestämt och mindre dramatiskt uttryckt: Jag vill ha sagt att vi bedriver vår juridik på ett sätt som (det juridiska språket är beskaffat på ett sätt som) uppenbarligen inte är förenligt med den härskande juridiska ideologin/teorin *och* att vi kan kasta av oss denna ideologi, emedan den bygger på en obsolet, antimetafysisk, filosofi. Den avoga hållning till det juridiska språket som vi som rättsvetenskapare har skolats in i, är i realiteten grundlös. Juridiken behöver inte böja sig för scientismen.

Det är vad jag vill ha sagt, men att *säga det* tjänar ingenting till. Poängen måste *visas*. (Är det någonting rättsteoretikerna borde ha lärt sig vid det här laget, så är det väl att det i praktiken står juristerna fritt att möta teoretiska resonemang med likgiltighet – alldeles oavsett hur välgrundat och tvingande det enskilda resonemanget ter sig *i teoretikerns ögon*.[1183]) Förevarande kapitel ägnas åt att demonstrera *hur* vi genom att bekanta oss med rättighetsdebattens historia skulle kunna komma vidare

[1181] Den tidens scientism var kanske särskilt elakartad av det skälet att den tidens naturvetenskap var så pass enkel och enhetlig (relativt vår tids naturvetenskap). Detta var ju före t ex relativitetsteorin, kvantmekaniken, kaosteorin och Gödel. Före informationsteknologin. Begreppet människa kan inte längre kontrasteras mot begreppet maskin med samma chockverkan. *Vi* kan tänka oss, att *om* det fanns maskiner som var som människor, så borde de behandlas som människor – och om det visade sig att vi i någon mening verkligen *är* maskiner, så borde väl det, följaktligen, kanske inte spela någon roll i moraliskt hänseende (poängen i Ridley Scotts "Blade Runner" och i otaliga andra science fiction-verk).

[1182] Jfr "Tractatus" lära, att – så som det heter på ett ställe – "om *alla möjliga* vetenskapliga frågor blivit besvarade, så har våra livsproblem ännu alls icke blivit berörda"; Wittgenstein, Tractatus 6.52.

[1183] Vi skall vara rationella. Visst, men *vems* rationalitet skall vi rätta oss efter? Vår egen, får man hoppas. Hägerström med lärjungar förklarade att viljeförklaringsbegreppet var ologiskt. På nittiotalet hävdade Eng och O Svensson att Hägerströms argumentation var ohållbar; se Eng, Hva er en viljeserklæring? s 5 ff; O Svensson, Viljeförklaringen och dess innehåll s 70 ff. Så viljeförklaringsbegreppet *var* trots allt logiskt? Skall vi säga att det var tur att vi inte lyssnade på Hägerström (jfr ovan n 38) emedan det senare ju visade sig att han hade *fel* ... eller skall vi konkludera att frågan huruvida viljeförklaringsbegreppet är "logiskt", eller inte, *de facto* är ovidkommande för juridiken? Jfr Sandström, Axel Hägerström och realismen s 857.

i vårt tänkande kring de juridiska begreppen och verkligheten, och, i förlängningen, hur vi därigenom kan närma oss en bättre förståelse av problematiken kring tolkning och utfyllning.

8.2 Ekelöf och Humpty Dumpty – om det juridiska språkets särart

> Ein völlig subjektiver oder willkürlicher Sprachgebrauch kann prinzipiell bei der Auslegung nicht in Betracht kommen [...]
>
> *Alfred Manigk*

Ekelöfs mest ingående behandling av det allmänna tolkningsproblemet finner man i den sena uppsatsen "En essay om tolkning och mening" (1976). I denna uppsats citerar Ekelöf ur en dialog i Lewis Carrolls "Through the Looking Glass" som Alice för med den obstinata barnkammarrimsfiguren Humpty Dumpty.[1184] Dialogen vrider sig kring tolkning- och meningsfrågorna. Bland annat diskuterar man huruvida födelsedagspresenter är bättre än o-födelsedagspresenter. Alice föredrar födelsedagspresenter, men tillrättavisas av Humpty Dumpty som hänvisar till, att medan var och en blott har en födelsedag per år, så rymmer varje år 364 dagar på vilka man kan få o-födelsedagspresenter. Humpty Dumpty triumferar:

> '[...] There's glory for you!'
>
> 'I don't know what you mean by "glory,"' Alice said.
>
> Humpty Dumpty smiled contemptuously. 'Of course you don't – till I tell you. I meant "there's a nice knock-down argument for you!"'
>
> 'But "glory" doesn't mean "a nice knock-down argument,"' Alice objected.
>
> 'When *I* use a word,' Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean – neither more or less.'
>
> 'The question is,' said Alice, 'whether you *can* make words mean so many different things.'
>
> 'The question is,' said Humpty Dumpty, 'which is to be master – that's all.'

I common law-länderna hör dialogen till den den rättsliga diskursens givna kulturella bakgrund och den har ofta åberopats i litteraturen kring

[1184] Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 31. Humpty Dumpty är huvudpersonen i ett av de mest kända barnkammarrimmen i den engelsktalande världen: *Humpty Dumpty sat on a wall/Humpty Dumpty had a great fall/All the king's horses and all the king's men/ Couldn't put Humpty together again.*

tolkningsfrågorna. Otaliga law review-artiklar och otaliga rättsfall hänvisar till just detta ställe hos Carroll.[1185]

Dialogens bestående popularitet – "Through the Looking Glass" utkom första gången 1871 – torde ha någonting att göra med dess dialektiska *kvalitet*. Alice har alldeles rätt i att "glory" inte betyder "a nice knock-down argument" men Humpty Dumpty har rätt i att hon inte desto mindre kan förstå honom, *när han väl har förklarat sig* ("Of course you don't – *till I tell you...*").[1186] I deras dialog samsas insikten att vi är språkets fångar (i ett viss avseende) *såväl som* dess herrar (i ett annat avseende) – och den kan därför åberopas mot envar som alltför ensidigt betonar endera aspekten och som på så sätt får en alltför tungfotad tolkningsstil. Dialogen utspelar sig i utrymmet mellan de ståndpunkter som i engelsk doktrin kallas *literalism* respektive *contextualism*,[1187] eller mellan det strikt objektiva (det mest generella – så kallat allmänt språkbruk) och det strikt subjektiva (det rent partikulära – Humpty Dumptys språk).

När *Ekelöf* åberopar Alice's samtal med Humpty Dumpty, gör han användning av Carrolls text och ger den därigenom en viss innebörd, samtidigt som han är beroende av den innebörd som texten faktiskt har – kan anmärkas, till illustration av det nyss sagda. Ekelöf tar Humpty Dumptys parti.[1188] Och det är svårt att läsa texten på något annat sätt givet de premisser som den "realistiska" skandinaviska rättstraditionen

[1185] Nämnas kan t ex att Lord Hoffmans firade yttrande i Investors Compensation Scheme ltd v West Bromwich Building Society (1998) bl a handlade om den korrekta tolkningen av Humpty Dumptys argumentation. Det synes inte vara en överdrift att hävda att den moderna engelska diskussionen om avtalstolkning mer eller mindre bygger på avgörandet i *Investors*. En introduktion till debatten ger Mitchell, Interpretation of Contracts. Om fallets inflytande på engelsk praxis se McKendrick, The Interpretation of Contracts: Lord Hoffman's Re-Statement.

[1186] Det som gör att man inte desto mindre får intrycket att Humpty Dumpty är absurd, är väl att hans omskrivningar inte tjänar något rimligt ändamål, såvitt man kan se. Tvärtom försvårar de kommunikationen, vilket han tycks vara väl medveten om. Och han har ju fel om han menar att orden *har* den betydelse han tillskriver dem innan han faktiskt har tillskrivit dem denna betydelse. Han kan inte ge sina definitioner retroaktiv verkan, och såtillvida kan han förvisso *inte* välja vad de ord han använder skall betyda.

[1187] Angående dessa begrepp se t ex Brownsword, After *Investors* s 108 ff.

[1188] Inte uttryckligen, men han låter de två sista av de repliker som citerats ovan inleda ett avsnitt om *rättstillämpning* och det som kännetecknar den Ekelöfska läran om rättstillämpningen är ju bl a att rättstillämparen inte är bunden av texten, att rättstillämpning inte är tolkning; se vidare nedan avsnitt 10.6.2.

vilar på.[1189] Är det någonting som vi har klart för oss så är det att vi *i juridiken* inte är bundna till texten, och att avgörandet i slutänden alltid ligger på oss. Likt Humpty Dumpty bejakar den realistiske juristen sin makt över texten. Med en formulering hos Vahlén: "Det är [...] tydligt, att ingen juridisk tolkning kan vara blott konstaterande utan att tolkaren i stor utsträckning måste bli hänvisad till en värderande eller skapande verksamhet."[1190] Att hävda motsatsen vore att ju att göra sig till förespråkare för begreppsjurisprudens.

Diskussionen i rättighetsdebatten kan betraktas som ett konsekvent uttryck för denna Humpty Dumpty-ism. Den funktionella analysens själva idé – från Undéns ursprungliga svar på den uppsaliensiska rättskritiken 1928 till Ross bokslut 1953 – är ju att *orden* är oväsentliga. Vi kan säga "tû-tû" lika gärna som "äganderätt", "glory" lika gärna som "a nice knock-down argument". Ståndpunkten tycks följa med funktionalismen som sådan. Har man väl bestämt sig för att betrakta rätten som en uppsättning regler – i analogi med schackspelet – nedbrytbara i rättsfakta och rättsföljder, så är det givet att man kommer att tolka de rättsliga begreppen som beteckningar på rättssystematiska förhållanden. Vissa rättsfakta står i förbindelse med vissa rättsföljder på vissa sätt. Någonting annat finns där ju inte att beteckna.[1191] Och det är givet att man inte kan fästa något avseende vid begreppens namn. *Vilka* beteckningar man använder måste vara godtyckligt ur rättslig synvinkel sett. Ty meningen – den rättsligt relevanta – ligger i funktionen. Man hade kunnat använda en asterisk, eller vadsomhelst, istället för termen "rättighet", just som man kan använda en kapsyl istället för en hästliknande pjäs när man spelar schack (springarens "funktion" – det vill säga reglerna – påverkas inte).[1192]

[1189] Och Humpty Dumpty förmedlar ju essensen i den realistiska analysen på ett slående sätt: "The question is, which is to be master – that's all."

[1190] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 394.

[1191] Alla inläggg i den officiella rättighetsdebattens höll sig inom ramarna för dessa förutsättningar.

[1192] Jfr Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 93, som angående oskälighetsbegreppet skriver: "Är begreppet inledningsvis tomt och fylls med innehåll av lagstiftaren och domstolarna, kunde man i princip ha valt vilket begrepp som helst. 'Olämpligt' har redan föreslagits, kanske 'otrevligt' kunde ha varit en annan möjlighet, eller varför inte 'spunk', för att tala med Pippi Långstrump? 'Avtalsvillkoret är 'spunk' och får jämkas, eftersom motparten har missbrukat sitt överläge i förhandlingarna', skulle en domstol kunna anföra."

Tankegången har, som vi har sett, ett antal konsekvenser. Den gör det möjligt att dra ett streck över historien, för det finns ingenting som med nödvändighet förbinder dagens rättsfunktionella samband med gårdagens. Den befriar oss från hela den äldre teoribildningens oerhörda massa, för denna har utbildats på grundval av ett missförstånd, och angår i vilket fall inte vår (nationella) rätt. Den riktar blicken mot framtiden, för nu kan vi fritt diskutera vilka lösningar på rättsproblemen som är mest ändamålsenliga. Som funktionalister befinner vi oss (tror vi) i ett upplyst, kontextfritt tillstånd, i vilket det för första gången har blivit möjligt att tänka rationellt. *Vad gäller det juridiska språket,* tycks rättsfunktionalismen ha den följden, att detta på ett särskilt sätt kommer att utmärka sig: För juridikens del verkar det ur funktionalistisk synvinkel som om språket låg alldeles vid sidan av saken. Emedan det inte finns någonting (inom ramen för det funktionalistiska paradigmet) som kräver att vi kallar, till exempel, just *denna* sammanställning av alternativa uppsättningar rättsfakta och möjliga rättsföljder för just en "fordran" ger denna term *intryck* av att vara godtycklig. Och tankestrukturen manar oss också att förklara att termen i sig är ointressant. Fordringsbegreppet liksom *råkar* betecknas med termen "fordran" – och det har väl, antar vi, sina oväsentliga historiska orsaker. Är man konsekvent i sin funktionalism och vänder blicken mot språket, kommer den juridiska terminologin i sin helhet att framstå som godtycklig.

Men förhåller det sig inte här som med språket i allmänhet? För även om relationen mellan till exempel hästbegreppet och termen "häst" för oss framstår som godtycklig, i den bemärkelsen att vi inte kan se någon anledning till att hästar skall kallas "hästar", istället för någonting annat vad som helst, så är det inte desto mindre så att det faktiskt heter "häst", och att det inte finns någonting överhuvudtaget som vi kan göra åt den saken. Såtillvida är termen raka motsatsen till godtycklig. Det språkliga tecknet ligger utanför vår vilja, som Ferdinand de Saussure uttrycker det.[1193] Saussure utvecklar tanken på följande vis:

> Om uttrycket förefaller vara ett fritt val i förhållande till begreppet är det däremot pålagt i förhållande till den språkliga gemenskap som använder det. Massorna tillfrågas inte och det uttryck som språket valt kan inte ersättas med något annat. Man kan familjärt kalla detta förhållande, som verkar rymma en motsägelse, "ett påtvingat val". Vi säger till språket: "Välj!" men tillägger: "Tag det tecknet och inget annat." Ingen individ kan, även om han vill, förändra det gjorda valet och

[1193] Saussure, Kurs i allmän lingivistik s 99.

massan själv kan inte göra sin suveränitet gällande över ett enda ord; den är bunden vid det existerande språket.[1194]

"Nej," säger funktionalisten "i detta avseende kan det juridiska språket inte liknas vid språket i största allmänhet." I ett funktionellt perspektiv skulle juridiken vara meningslös om innehållet i de rättsliga begreppen – äganderätt, fordran, avtal och så vidare – var påtvingat. Då skulle juridiken vara statisk och ... *hjälplös*, inte dynamisk och lösningsorienterad, som den borde.[1195] Funktionalisten försöker, likt Humpty Dumpty, att höja sig över den paradox som Saussure antyder konturerna av i citatet ovan. Han eller hon gör anspråk på att faktiskt kunna välja sin terminologi, och finner det självklart meningsfullt att diskutera hur begreppen skall utformas. Som om det juridiska språket stod till vårt förfogande. Man skulle rentav kunna säga att funktionalisten tvingas att distansera sig från tanken att juridiken kan betraktas *som ett språk,* det vill säga som någonting som traderas inom en språkgemenskap och som i kraft av traditionen tvingar sig på oss. Alternativt tvingas han eller hon hävda att det juridiska språket intar en särställning. Så kan man förstå Undéns tanke att de juridiska begreppen kan betraktas som funktionsbegrepp. Det är emedan de juridiska begreppen saknar all substans som de reellt sett är plastiska (godtyckliga). De återspeglar ingenting annat än den funktion de råkar ha för tillfället. Det strikt juridiska språket är vetenskapligt, tekniskt, och i princip utan kontaktytor mot språket i övrigt. Men, man måste fråga sig, hur svarar juridikens faktiska praktik mot denna ideologiskt villkorade förväntan?

[1194] Saussure, a st. Poängen är inte specifikt Saussures. Tex visste Pufendorf att det intryck av godtycklighet som svävar över all terminologi i praktiken är grundlöst. Således skriver Pufendorf, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten s 108: "[D]e som använder samma språk är skyldiga att använda samma ord om samma saker i enlighet med gällande språkbruk. Ty varken språkljuden eller de enskilda bokstävernas utformning betecknar av naturen någonting särskilt (annars skulle ju alla språk och skrivsätt sammanfalla), och därför bleve språkanvändningen meningslös, om alla hade egna, efter eget godtycke valda ord för allting." Tankegången har mycket gamla anor. Uppfattningen att orden saknar av naturen given innebörd, men får innebörd som tecken i språkgemenskapen, försvaras av Aristoteles, De interpretatione s 8. Frågan om huruvida ordens innebörder är naturliga eller konventionella diskuterar Platon i "Kratylos", och ett viktigt tema i den dialogen är spänningen mellan godtycke och tvång i språkanvändningen.

[1195] Att kasten här är så tvära är ett symptom, ett symptom på att den bild av språket som vi nu leker med – den funktionalistiska – är alldeles för enkel.

Humpty Dumpty lyckas fritt välja sina innebörder *emedan han är ensam* (hans terminologi är unik men saknar räckvidd), bara genom att med hjälp av definitioner parasitera på de givna innebörder som språket alltid redan tillhandahåller, och bara med avseende på enstaka termer i sammanhang som språket redan mättat med betydelse (man kan till exempel säga att Humpty Dumptys term "glory" tar upp en plats som genom samtalet så långt förberetts för ett uttryck som "a nice knock-down argument"). Såtillvida låter det sig påstås att till och med Humpty Dumpty är språkets fånge, även om han säkert skulle förneka det.[1196] Har det lyckats den realistiska, svenska förmögenhetsrätten att slå sig fri?

Vi skulle vilja tro det.

8.3 "Funktionella" begrepp och faktiskt språkbruk

8.3.1 Inledning

Anta att man här ville konfrontera rättighetsdebattens språksyn med det juridiska språket – som för att se efter om juridiken kan förstås efter de linjer som rättighetsdebatten drog upp. En sådan konfrontation vore inte bara svår att få till stånd, den vore också överflödig. Även om det finns en tendens att slarva över detta faktum, genom att slentrianmässigt påstå att det eller det begreppet *är* ett kopplingsbegrepp, så måste vi ha klart för oss att rättighetsdebattens begreppsfunktionalism aldrig var avsedd att ge en korrekt beskrivning av det juridiska språkbruket och att den alltjämt – trots att dess princip numera hyllas av "alla" inom akademin – är misslyckad *som deskription betraktad.* Det juridiska språket är *de facto* inte inrättat efter föreställningen att "rättsordningen är ett regelsystem i princip icke olikt reglerna för ett spel".[1197] Naturligtvis inte, kan tilläggas. Denna föreställning är ju en produkt av det tidiga nittonhundratalets modernism. Den Undénska *substanslösa* juridiken, som inte bjuder något motstånd mot de för ögonblicket dominerande idéerna om det rationella, är en dröm för samhällsingenjörer, som inte har så mycket med det juridiska språkets verklighet att göra.[1198] Det levande juridiska

[1196] Det finns ingenting sådant som ett *privat* språk.

[1197] Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1947) s 498. Jfr t ex Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science s 246: "[L]egal science is the endeavour to give a systematic exposition and a logical analysis of the Law (of a given country, at a given time) [...] The Law itself – in the sense of that which legal science endeavours to analyse and systematize – is a class of legal rules (laws, rulings, stipulations, 'norms')."

språket är avsevärt mycket äldre än denna dröm och det har, som alla naturliga språk, vuxit fram – vilket vill säga att det inte låter sig betraktas som en implementerad ideologisk vision, av någotsomhelst slag. Också det juridiska språket ligger, för att tala med Saussure, utanför vår vilja. Vi får inte glömma, att även om Undén presenterade sin begreppsfunktionalistiska analys som ett alternativ till Uppsalaskolans rättskritik, och även om poängen med Ross resonemang i "Tû-Tû" var, att det vore överdrivet nitiskt att kräva rättighetsterminologins avskaffande med hänvisning till dennas magiska ursprung[1199] – vilket gör att vi kan säga att rättighetsdebatten handlade om huruvida rättighetsterminologin skulle avskaffas eller bevaras – så stod debattens samtliga deltagare – Lundstedt, Undén, Olivecrona, Strahl, Ekelöf, Ross och Wedberg – enade i sitt avståndstagande från det nedärvda juridiska språket. Man ansåg – och här följde de alla Hägerström – att rättighetsbegreppet så som det kommer till uttryck i befintligt juridiskt språkbruk är *metafysiskt*, och man tänkte rättsfunktionellt i det explicita syftet att undvika metafysiken. Således skriver Ross, när han sammanfattar debattdeltagarnas gemensamma utgångspunkter:

> [Det er] forudsat, at gældende ret udtrykkes i normer der knytter visse retsfølger til visse betingende kendsgerninger. Dette metodiske postulat er af fundamental betydning. [...] Det betyder at man hermed har taget afstand fra [...] det *metafysiske* rettighedsbegreb. Dette begreb er dannet *i overensstemmelse med gængs sprogbrug* [min kurs] der antagelig har sin historiske oprindelse i primitive magiske forestillinger.[1200]

[1198] Se särskilt Undén, Juridik och politik s 28 ff, där Undén diskuterar en "revision av juridikens program", som skulle ge rättsvetenskapen "fria händer att arbeta för en 'rationell' rätt, sådan samhällets intressen krävde". Här markerar Undén mot "stadgad lära och tradition", som antas hindra juridikens rationella utveckling, och mot *tolkningen* som medel att lösa rättsvetenskapliga problem. I konsekvens härmed ser han "det direkta *arbetet för den gällande rättens utveckling*" som en av juridikens huvuduppgifter.

[1199] Det är Lundstedt det handlar om när Ross, Tû-Tû s 473, skriver om den svenske missionären som försöker utrota övertron hos Noît-kif-folket, men som inte nöjer sig med tron utan också tar sig an språkbruket: "[Det er] overdreven nidkærhed, når han yderligere lyser band over enhver brug af ordet tû-tû og fordømmer enhver, der ligefuldt benytter det, som en syndig hedning. Han overser herved, hvad der er påvist idet foregående, nemlig at ganske uanset at ordet i sig selv er uden enhver semantisk referens, og ganske uanset den snak om mystiske krafter, der knytter sig til det, kan udsagn om "tû-tû" ligefuldt fungere effektivt som udtryk for påbud og påstande."

[1200] Ross, Status i rettighedsdiskussionen s 530; jfr dens, a a s 540 – Ross föreställde sig att hans teori om mellanbegreppen korrekt beskrev rättighetsterminologins *funktion* i "gængs juridisk sprogbrug".

De var alla ense om att juridiken i sitt befintliga, "förvetenskapliga", skick var irrationell, och vad de debatterade var hur man skulle komma tillrätta med detta förhållande (huruvida det krävdes att rättighetsterminologin avskaffades). Uppsalalägret pläderade för att de gamla formerna skulle överges.[1201] Motståndarna gjorde gällande att det var möjligt att omtolka den befintliga terminologin på ett vetenskapligt legitimt sätt.[1202] "Det färglösa mellanbegreppet" är ett normativt ideal, inte en realitet.[1203]

Följaktligen: Alltsedan begreppsfunktionalismen blev allmänt vedertagen i den akademiska förmögenhetsrätten råder en oöverbrygglig klyfta mellan ideologi och praktik på området. Situationen återspeglas i följande uttalande av Bengt Domeij (som ansluter till en tankegång hos Richard Posner):

> Moderna jurister är ense om att juridiska problem inte på ett tillfredsställande sätt kan lösas med begreppsanalys. Problemet i dagsläget är snarare att juridiskt arbete likväl ofta ger intryck av att vara just en begreppsanalys. De överväganden som görs bör i högre grad lyftas fram, kritiskt värderas och inte implicit subsumeras under en begreppsanalys. Möjligheterna att lyfta fram de samhälleliga konsekvenserna på ett lämpligt sätt förutsätter en tillgång till och ett intresse för annan samhällsvetenskap.[1204]

[1201] Även Ekelöf, som ju ville sätta sin rättsfaktum/rättsföljdsterminologi i rättighetsterminologins ställe.

[1202] I "Some problems in the logical analysis of legal science" ger sig Wedberg inte in på området för vad han kallar "Naïve Jurisprudence" utan ägnar sig uteslutande åt en "rational reconstruction" av rätten.

[1203] Jfr t ex Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1947) s 497: "Det är givet, att den som använder ordet rättighet därmed kan åsyfta något annat än det begrepp som i det föregående utvecklats. I själva verket ligger det i öppen dag, att uttrycket rättighet ofta används i andra betydelser."

[1204] Domeij, Läkemedelspatent s 21; passagen uppmärksammas av Sandgren, Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006 s 457. Jfr t ex Andreasson, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 452, som ställer frågan huruvida "det inte faktiskt är så att det överlag skulle gynna förutsebarheten om juridiska resonemang i högre grad fördes utifrån vilka intressen som gör sig gällande i den aktuella kontexten och vilka syften de ifrågavarande juridiska konstruktionerna bör uppfylla. Om diskussionen inriktades på att klargöra dessa frågor, i stället för att fokusera på vad som är gällande rätt enligt en rättighetsformalistisk logik skulle mycket vara vunnet. Vi skulle då kunna få juridiska lösningar präglade av en strävan efter att i så hög grad som möjligt öppet redovisa de värderingar, praktiska överväganden och tolkningar av traditionella

Inom ramen för *juridiken* kan inte juristerna utföra sitt arbete.[1205] Eller, om vi skalar bort den specifikt Posnerska retoriken: Det traditionella juridiska språket räcker inte till. Vi kan konkludera att ju mer konsekvent man är i sin "realism", desto mer avlägsnar man sig från det faktiska juridiska språkbruket[1206] – vilket ter sig paradoxalt med tanke på att den realistiska rättsvetenskapen berömmer sig om att vara praktikabel och tillgänglig.

Det står klart, att man genom att inta det begreppsfunktionalistiska perspektivet måste ta avstånd från juridikens faktiska (språkliga) praktik, vilket vill säga att man måste välja att inte förstå den. Alla nyanser i det juridiska språket som inte kan förklaras i rättsfunktionella termer måste gå förlorade i översättningen (och de kan avfärdas som resultatet av krystade "tolkningar" (detta ord sätter man med fördel inom citationstecken), som följden av en förkärlek för dogmatiska lösningar, som fiktioner, som formalism eller någonting annat i den stilen).

Låt oss – till illustration av poängen här – betrakta distinktionen mellan tolkning och utfyllning rättsfunktionellt.

8.3.2 Tolkning och utfyllning ... som kopplingsbegrepp?

Tolkning och utfyllning. Tar vi Cassirers gamla distinktion mellan substansbegrepp och funktionsbegrepp (den som Undén tog upp) till

---

rättskällor etc som ligger till grund för det aktuella avgörandet. En sådan ökad transparens skulle förutom att leda till en högre grad av reell förutsebarhet sannolikt även resultera i mer funktionella lösningar."

[1205] Jfr R Posner, Overcoming Law s 15: "When a pragmatic approach is taken to law [...] the results are damaging to the *amour propre* of the legal profession. The organization of the profession, the conception of the judge, the interpretation of the Constituition, 'the law' as an entity that guides interpretation and decision, legal theoreticians Left and Right, the premises of hotly contested judicial decisions (premises such as 'equality', 'democracy', 'original meaning' and 'judicial self-restraint'), even jurisprudence itself, do not escape serious damage."

[1206] Det är logiskt att en den sakliga rationalitetens förkämpe som Stefan Lindskog fördömer HD:s faktiska argumentationspraxis – se t ex Lindskog, Högsta domstolen och den kommersiella rätten (och det blir intressant att se vad som kommer att hända med nämnda praxis under Lindskogs tid som justitieråd). Jfr Zahle, Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth s 814: "The true legal statement is the statement which persuades the relevant audience, the courts." Se också Hellner, Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems s 170 och 176; Schultz, Kausalitet s 69 f; Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law s 42.

utgångspunkt,[1207] kan inledningsvis konstateras att det traditionella sättet att dra gränsen mellan tolkning och utfyllning blandar samman det funktionella och det substantiella.

a) Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är *substantiell* emedan den tar sikte på en skillnad mellan verksamheter. Dessa verksamheter skiljer sig åt genom sin karaktär (icke-juridisk/juridisk) såväl som med avseende på de objekt de inriktas mot (faktiskt-individuella/rättsligt-normativa).

b) Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är *funktionell* till exempel emedan den markerar gränsen mellan den allmänna avtalsrätten och obligationsrätten och emedan den kan användas för att bestämma avtalsbegreppet.[1208]

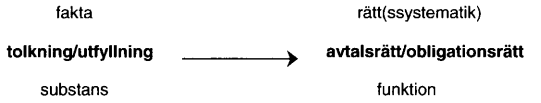
Här säger jag inte att detta stämmer, utan bara att detta är vad traditionen påbjuder. Distinktionen vetter åt det faktiska såväl som mot det rättsliga. Frågan nu är, hur vi skall få detta att gå ihop, givet att de begreppsfunktionalistiska premisserna är riktiga.

Den tanke som distinktionen uttrycker när den spjälkas enligt ovan är tydlig nog: Den substantiella gränsen sammanfaller med den funktionella – och emedan det handlar om en *juridisk* distinktion, någonting som man lyfter fram och trycker på i juridiska (avtalsrättsliga) framställ-

[1207] Cassirer försökte visa, att enligt en allmän lag för de naturvetenskapliga principernas logiska utveckling ("[ein] Gesetz, das allgemein die logische Entwicklung der naturwissenschaftlichen Prinzipien beherrscht"; Cassirer, Substanzbegriff und Funktionsbegriff s 225), ersattes "substansbegreppen" med "funktionsbegrepp". Idag är naturligtvis projektet – att finna allmänna lagar för vetenskapens "logiska" utveckling – sedan länge överspelat.

[1208] "Hurdå?", frågar sig möjligen någon (vi är så pass avskurna från traditionen att de gamla distinktionerna inte längre faller sig naturliga). Och svaret blir: På det sätt som avtalsrätten i den västerländska traditionen alltid har skiljts från obligationsrätten i övrigt, det vill säga med hänvisning till att avtalet ingås *frivilligt*. Jfr t ex Atiyah, Essays on Contract s 10: "For at least a hundred years – and in many respects for more like twice that time – common lawyers have operated within a particular conceptual framework governing the law of obligations. Within this framework, the fundamental distinction has been that between obligations which are voluntarily assumed, and obligations which are imposed by law." Jfr Honsell, Römisches Recht s 102: "Die oberste Einteilung *(summa divisio)* der Obligationen ist die in *obligationes ex contractu* und *ex delicto* (aus Vertrag und Delikt)." Det är möjligt att spåra distinktionen från romersk rätt (Gaius) tillbaka till Aristoteles; se Gordley, Foundations of Private Law s 159 f med hänvisningar (s 160 n 2).

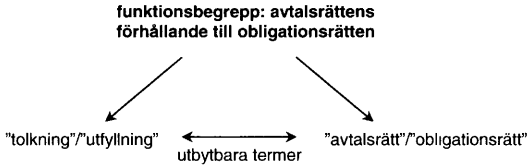
ningar, måste idén vara att funktionen skall inrättas efter substansen. Vi rör oss så att säga från det faktiska till det rättsliga, och inrättar juridiken efter verkligheten. Det *finns* en skillnad mellan någonting som heter tolkning och någonting som heter utfyllning och den skall vi respektera på det rättssystematiska planet.



Denna tolkning är svår att komma runt när man väl bestämt sig för att läsa den ifrågavarande traditionen med dikotomin substansbegrepp/ funktionsbegrepp för ögonen. Den ger dock upphov till vissa problem. Själva idén med uppdelningen i substansbegrepp och funktionsbegrepp är ju att man med dess hjälp skall kunna skilja det förvetenskapliga från det vetenskapliga. Den beskriver en progression. En vetenskap kännetecknas av att den lämnat sina substansbegrepp bakom sig och ersatt dem med funktionsbegrepp. Säger vi att en begreppslig konstruktion – som till exempel distinktionen mellan tolkning och utfyllning – har en substantiell och en funktionell sida, som motsvarar varandra, så har vi uppenbarligen missat poängen. Skall vi fullfölja Undéns tankegång, och vara sanna mot den scientistiska anda i vilken han och hans samtida verkade, så måste vi få det till att distinktionen mellan tolkning och utfyllning faktiskt är funktionell – alternativt att den är substantiell och således kan avfärdas som ett uttryck för den gamla metafysiska rättsuppfattningen.

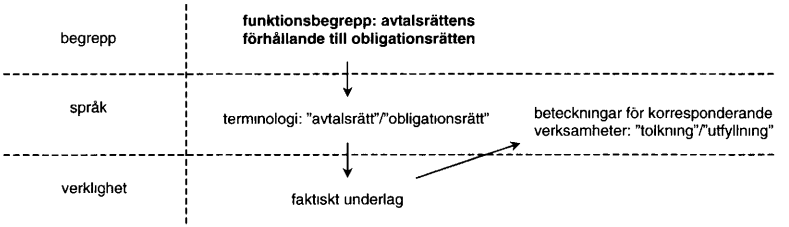
Kan vi alltså rekonstruera distinktionen så att vi får en rent funktionell förståelse av densamma? Så att den blir "rationell"? Vi kan försöka. I ett funktionellt perspektiv är rätten att betrakta som ett normsystem – allt vi ser är rättsregler, vissa sammanställningar av rättsfakta och rättsföljder, och samband mellan rättsregler. Ur denna synvinkel sett tycks distinktionen mellan tolkning och utfyllning kollapsa in i de rättssystematiska distinktioner som den ursprungligen var tänkt att definiera. Den framstår nu som ett alternativt sätt att ge uttryck för, till exempel, distinktionen mellan allmän avtalsrätt och obligationsrätt. För den tar väl

inte sikte på ett rättssystematiskt förhållande som vi annars saknade beteckningar för?

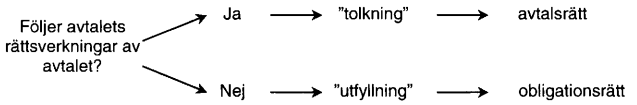


Funktionellt sett är alltså distinktionen mellan tolkning och utfyllning redundant? Kanske inte nödvändigtvis. Det är möjligt att vi kan göra något av det som vi prima facie ville beteckna som distinktionens substantiella sida, det vill säga det reella tolkandet och utfyllandet. Rättsfunktionalismen vill naturligtvis inte eliminera verkligheten ur den juridiska kalkylen, utan syftar ju tvärtom till att göra realiteterna hanterbara. Det man vill eliminera är *begreppens* substans. Funktionsbegreppen kan förvisso motsvaras av realiteter – konkreta rättsfakta och rättsföljder.[1209] Den avsedda poängen är, att vi för att vara vetenskapliga måste vara öppna för rättssystemets aktuella beskaffenhet vid utformandet av de rättsliga begreppen. Vi kan inte tillåta substantiella element i våra begreppsdefinitioner, ty med dem följer en uppenbar risk för att beskrivningen jävas. Att laborera med substanser är att bygga in fördomar – dogmer – i systemet. De skymmer sikten och äventyrar den vetenskapliga kvaliteten i våra beskrivningar av rättsläget. Det är åtminstone begreppsfunktionalistens övertygelse. Men man skulle alltså kunna tänka sig att göra användning termen "tolkning" för att peka ut inbegreppet av det faktiska underlag som överhuvudtaget enligt gällande rätt kan läggas till grund för slutsatsen att ett avtal föreligger – med avseende på frågan om avtalsslut och med avseende på konkreta innehållsliga frågor – och att, följaktligen, de allmänna avtalsrättsliga reglerna är tillämpliga. "Tolkning" skulle då bli det som man gör med detta faktiska underlag och "utfyllning" det som man annars gör i syfte att fastställa avtalets rättsverkningar. Man skulle *möjligtvis* kunna tänka sig en sådan terminologi – *om* man absolut måste förklara distinktionen mellan tolkning och utfyllning utifrån begreppsfunktionalistiska premisser.

[1209] Men gör det inte nödvändigtvis, inte *sedda för sig* (Ross).



Denna tolkning är emellertid uppenbarligen ansträngd. Visserligen får företeelserna tolkning och utfyllning ingen direkt inverkan på begreppsbildningen, men det sker till priset av att terminologin förlorar sin självständighet och sin relevans. Vi skulle i och för sig kunna *kalla* rättstillämparens hantering av de faktiska motsvarigheterna (vilka de än må vara) till de rättsfunktionellt bestämda begreppen avtalsrätt respektive obligationsrätt, i det specifika sammanhang i vilket avtalets rättsverkningar fixeras, för "tolkning" respektive "utfyllning". Och där har vi också en bestämning av avtalsbegreppet (avtalets materiella innehåll är det som fastställs genom tolkning – detta kompletteras sedan eventuellt med de utfyllande rättsreglernas innehåll), enligt följande:



En sådan terminologi måste dock te sig otymplig ur rättsfunktionell synvinkel sett. Det är ju axiomatiskt givet att avtalsbegreppet respektive gränsen mellan avtalsrätten och obligationsrätten skall kunna bestämmas efter vad som är ändamålsenligt, efter vad samhällsutvecklingen kräver, efter rättssystematiska hänsyn eller vad annat man lägger i sin funktionalism. Vi talar här om en relation mellan regelsystem. Det får inte finnas några låsningar. Det kan då tyckas märkligt att postulera att hanteringen av den ena regeluppsättningen *skall* kallas "tolkning" och hanteringen av den andra "utfyllning". Etiketterna kan vara, eller komma att bli, missvisande. Och det kanske befinns funktionellt att rasera gränsen mellan "avtalsrätt" och "obligationsrätt" – inga *rent terminologiska* vanor eller

tabun skall då stå hindrande i vägen (märk att vi nu har vi reducerat distinktionen mellan tolkning och utfyllning till ren terminologi).

Det stora problemet med att bibehålla termerna "tolkning" och "utfyllning" vid en rättsfunktionalistisk rekonstruktion av avtalsrätten ligger väl emellertid i faran för, att *fenomenen* tolkning och utfyllning, trots att dessa frånkänts rättssystematisk relevans, *genom sina beteckningar* kommer att utöva ett inflytande på begreppsbildningen, och på så sätt ge denna en dold substantiell prägel. Risken för detta är påtaglig emedan termen "tolkning" – och därmed även den *korresponderande* termen "utfyllning" – så tydligt anknyter till, eller påminner om, just den substantiella förklaringsmodell som höll den äldre (det vill säga förvetenskapliga) avtalsrätten i sitt grepp, nämligen viljeteorin. Tolkningen skall ju vara ett utrönande av det bakomliggande syftet, av den gemensamma partsviljan. Knyter vi avtalsbegreppet till tolkningsterminologin så har vi därmed också knutit samman avtalsbegreppet och viljebegreppet – om inte annat så psykologiskt, genom de associationer som uttrycket "tolkning" har med sig. Och det är väl mindre välbetänkt om man har föresatt sig att ta klivet ur substansjuridiken, för att rekonstruera avtalsrätten funktionalistiskt.

Här börjar vi komma in på välbekant territorium, och jag tror inte att vi behöver fortsätta. Märk hur funktionalismen *stöter bort* distinktionen mellan tolkning och utfyllning, eller, med andra ord, hur vi i rekonstruktionen av denna distinktion steg för steg tvingas frånkänna den dess substans. Vad som började som ett försök till omtolkning slutar antagligen i ett avfärdande – minns att Grönfors i sin konsekventa funktionalism ville eliminera tolkningsbegreppet ur avtalsrätten.[1210]

Vad som driver denna bortstötningsmekanism är väl i grund och botten att distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte direkt tar sikte på någonting som enligt den rättsfunktionella rättsuppfattningen faktiskt hör till rätten – inte på rättsfakta, inte på rättsföljder, inte på relationen mellan rättsfakta och rättsföljder, inte på relationen mellan rättsregler...[1211] Den tar sikte på juridikens praktik, på görandet, och rättsfunktionalismen tänker inte på rättens praktik, utan på rätten som

[1210] Se ovan s 99.

[1211] Jfr Arnholm, Omkring rettshandelsteorien s 398: "Begreper skaper man for å bruke dem til noe. De juridiske begreper bruker vi når vi skal formulere rettssetninger – setninger om sammenhengen mellom visse rettsfakta og visse rettsvirkninger."

normativt system, och på förhållandet mellan detta system och "verkligheten". Följaktligen tvingas rättsfunktionalisten att översätta distinktionen, så att den kan infogas i matrisen. Den gör anspråk på att handla om fakta, men vilken rättslig relevans kan vi tillerkänna dessa fakta utan att kompromissa med våra funktionalistiska grundpostulat? Vi vill *inte* tillerkänna tolkningsterminologin, med dess subjektivistiska konnotationer, något substantiellt inflytande över begreppsbildningen. Funktionalismens kärna ligger just i, att den inte låter sig styras av någon viss princip eller förklaringsmodell i sin beskrivning av rätten, utan att den i detta hänseende är *öppen*.[1212] Så kommer vi i våra försök att förstå distinktionen mellan tolkning och utfyllning funktionalistiskt obönhörligen att gradvis arbeta oss bort från densamma.

8.3.3 Antisubjektivismen inom avtalsrätten som exempel

> Eftersom en sådan besvärjelse idag med en bedövande konsensus insisterar på att det som, säger den, verkligen är dött skall förbli dött, väcker den en misstanke. Den väcker oss där den skulle vilja söva oss. Vi blir vaksamma: liket är kanske inte dött, dött på ett så enkelt sätt som besvärjelsen försöker få oss att tro.
>
> *Jacques Derrida*

8.3.3.1 Inledning – terminologiska bekymmer

Det mönster som framträder vid den funktionalistiska läsningen av distinktionen mellan tolkning och utfyllning är, och måste vara, generellt. Rättsfunktionalismen vänder sig bort från det juridiska språket *som sådant.*

På avtalsrättens område utgör det funktionalistiska tänkandets spända förhållande till subjektivismen ett illustrativt exempel. Det kan inte vara lätt att arbeta med det avtalsrättsliga språket som hängiven antisubjekti-

[1212] Jfr Madsen, Aftalefunktioner s 5: "Kontraktsretten er i dag [1983] objektiveret på flere ledder. De retsstiftende kendsgerninger afledes primært af retsregler og ikke længere først og fremmest af en såkaldt retshandelsvilje, og retsvirkningerne udledes tilsvarende i stigande grad gennem en hensynstagen til samfundets og den økonomiske omsætnings interesser i stedet for parternes vilje. Den basale del af kontraktsretten, som vi finder i aftalretten, værner i dag ikke længere partsautonomien og kontraktsfriheden som goder i sig selv, men hævder i stedet aftalen som et hensigtsmæssigt middel til en decentral fordeling af opgaver og ressourcer. Kontraktsfriheden beskyttes *som samfundsgode*, dvs så langt som den rimelige og afbalancerede omsætningen er tjent med det."

vist, för det är inte bara distinktionen mellan tolkning och utfyllning som minner om "viljeteorin". För avtalsrättens del är *viljan* den substans som skall drivas ut ur begreppsbildningen, men så länge det har funnits juridik har avtalet konstruerats som en frivillig överenskommelse och denna grundläggande föreställning genomtränger det avtalsrättsliga språket i dess helhet. Vill man förneka att avtalet har sin grund i partsviljan och samtidigt bedriva avtalsrätt måste man vara beredd på terminologiska bekymmer.[1213] Fyra exempel:

i. Man kan som Lassen gå från "vilja" till "tillit" bara för att drabbas av omdömet att man misslyckats i sitt uppsåt och egentligen är en "konsekvent och ren viljeteoretiker"[1214] – ty det mottagaren äger lita till är ju att avgivaren velat det som förklaringen ger intryck av att denne velat (ansluter man till tillitsteorin för att komma bort från viljedogmen trampar man inte bara i klaveret, utan utför också en liten dans på stället).[1215]

ii. Man kan som Møller och Ussing förkasta den "subjektiva" förutsättningsläran till förmån för en "objektiv" variant av samma lära,

[1213] Jag menar inte att avtalet *har* sin "grund" i partsviljan – inte som tes, och i synnerhet inte som anti-tes till påståendet att avtalet har sin grund i rättsordningen. Frågan huruvida avtalet har sin grund i viljan eller i rättsordningen är enligt min uppfattning ointressant. Även "viljan" är ju ett rättsligt begrepp. Adlercreutz, Avtalsrätt I s 20: "Det är inte som ett fristående fenomen utan *på grund av rättsreglerna,* som vissa fakta kvalificeras som viljeförklaringar eller rättshandlingar och på så sätt tillmätes rättslig betydelse."; se även t ex Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen s 735; Hov, Trenger vi nye begreper og "nye modeller" i avtaleretten s 571; Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 13; Karlgren, Kutym och rättsregel s 38; Sundberg, Avtalstyper och typavtal s 14; Fr Vinding Kruse, Viljeserklæringen s 641 se även ovan vid n 249.

[1214] Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 153; se också Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 149 ff, särskilt s 176; dens, Om den s k tillitsteorin. Det paradigmatiska uttrycket för den danska tillitsteorin är väl Lassens "Vilje og Erklæring" från 1905, men Lassen är inte lärans upphovsman – själv (Lassen, Vilje og Erklæring s 3) ger han Goos, Aagesen och Evaldsen äran; se härtill Björne, Den konstruktiva riktningen s 337 ff.

[1215] Och man kommer inte undan genom att inta ett tredjepartsperspektiv (den fiktive oberoende betraktaren), utan gör bara dansen lite utförligare; jfr J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 35; jfr nedan vid n 1474. Man får hålla med Høgberg, Kontraktstolkning s 99, om att "[d]et intensjonale preg er [...] til stede både i viljesteorien, tillitsteorin og erklæringsteorien".

men ändock komma att skyllas för att ha hemfallit åt subjektivism – ty ordet "förutsättning" har i sig en psykisk dimension som man inte gärna kan bortse från.[1216]

iii. Man kan som Arnholm lämna avtalslagens "viljeförklaringar" och "rättshandlingar" bakom sig, och istället föreslå en mer entydig, eller i allt fall mindre belastad, terminologi som "det dispositive utsagn",[1217] bara för att av en sentida efterföljare avfärdas med hänvisning till att man visserligen åstadkommit "en klar forbedring" emedan man "i noen grad" lyckats flytta "oppmerksomheten fra avgiverens vilje",[1218] men att man icke desto mindre givit upphov till en lära som "innbyr til begrepsjuss"[1219] – och visst är det så att termen "dispositivt utsagn" antyder existensen av en avgivare, någon som säger sig vilja företa en disposition.[1220]

iv. Man kan som Grönfors gå från "viljeförklaringar" till "avtalsgrundande rättsfakta", men då får man räkna med att någon kommer att framhålla, att ordet "avtal" *i sig* för med sig alla de associationer man ville undvika – ty avtal är överenskommelser, och överenskommelser är frivilliga.[1221]

[1216] Se nedan n 1450 och vid n 1498.

[1217] Arnholm, Omkring rettshandelsteorien. Arnholms syfte var först och främst att förebygga felslut och begreppsjurisprudens, någonting som han alltså ansåg att den tidigare terminologin kunde ge upphov till; se sammanfattningen hos Arnholm, a a s 430. *Viljan* tolkade han psykologiskt-faktiskt, med den följden att han fann det bäst att överhuvudtaget avstå från att knyta den avtalsrättsliga terminologin till viljebegreppet; se Arnholm, a a s 408 f.

[1218] Woxholth, Avtalerett s 127.

[1219] Woxholth, a a s 133.

[1220] Jfr Arnholm, Omkring rettshandelsteorien s 413: "Bak et dispositivt utsagn ligger det normalt en hensikt hos avgiveren; han ønsker å fremkalle nettopp de virkninger utsagnet gir uttryck for. Men dette er for det første noe man ikke alltid kan se av det som objektivt foreligger. Og det er for det annet noe som hverken er eller bør være et ubetinget vilkår for at utsagnet skal få virkning etter sitt innhold. [...] Det er nok at utsagnet *som det objektivt foreligger*, fremtrer som et dispositivt utsagn."

[1221] Som det heter hos Sir Guenter Treitel: "The factor which distinguishes contractual from other legal obligations is that they are based on the agreement of the contracting parties."; Treitel, The Law of Contract s 1. Jfr motsvarande formuleringar hos Adlercreutz, som trots sin försiktiga och närmast tekniska karaktär, röjer samma sanning: "Kännetecknande för avtalet är att det i princip emanerar från privatpersoner (fysiska eller juridiska) till skillnad från myndigheter; det är ett uttryck för autonomi, ett instrument för förverkligandet av privata initiativ."; Adlercreutz, Avtalsrätt I s 17. *Vi* får inte uttrycka oss direkt här. Jfr Woxholth, Avtalerett s 138: "[Det har] for meg vært et formål

Man får intrycket, att varje försök att undkomma "viljedogmen" genom terminologisk innovation, är dömt att misslyckas: Det står tillsynes alltid någon yngre förmåga beredd att konstatera, att man inte varit tillräckligt radikal i sin antisubjektivism. Det är möjligt att betrakta detta diskursiva mönster som en form av evolution – Arnholm talar om att "skritt for skritt" söka sig "fremover mot en praktisk gruppering av de rettsviktige fakta"[1222] – men det kan också betraktas som ett fruktlöst itererande av en och samma formel, som en rättsvetenskapens kamp mot sitt eget språk, som att försöka springa ifrån sin egen skugga. Man kan fråga sig vad som driver oss att fortsätta...[1223]

8.3.3.2 I kamp mot texten – rättslitteraturen

Som antisubjektivistisk avtalsrättare måste man vara beredd på en del terminologiska bekymmer. Och man måste vara beredd att underkänna eller förklara bort en väsentlig mängd av de texter som ger disciplinen dess innehåll. Den funktionalistiska historieskrivningen lovar visserligen att det är möjligt att bortse från den äldre litteraturen, för att inte tala om sådant som kan relegeras till den rena historien – den romerska rätten till exempel. Och man kan inte rimligen behöva ta hänsyn till de dogmatiska diskussioner som förs på kontinenten, eller på andra platser där man lever kvar i det förvetenskapliga skedet. Om avtalet är ett funktionsbegrepp behöver man uppenbarligen inte heller bekanta sig med den internationella rättsteoretiska litteraturen – det som intresserar är ju då per definition helt enkelt en relation mellan vissa rättsfakta och vissa rättsföljder, inte vad som ligger i begrepp som vilja, tolkning, löften, rättvisa eller vad annat man diskuterar i till exempel anglosaxisk *contract theory*. Men även efter dessa avgränsningar skulle man ha avsevärda problem med de avtalsrättsliga texterna.

å *nedtone betydningen av hva en avtale er* [min kurs], ved å operere med et *funksjonelt* avtalebegrep i stedet for et materielt". Ja, genom att anknyta till rättsfunktionalismen och Ross mellanbegreppsbegrepp kan man *i teorin* helt tömma avtalsbegreppet på innebörd. Men för att undvika det avtalsrättsliga språkets pragmatiska konsekvenser skulle man verkligen behöva ersätta termerna med asterisker och andra godtyckligt valda symboler – och det spel som blev resultatet skulle inte ha särskilt mycket med juridik att göra.

[1222] Arnholm, a a s 410.

[1223] Föreliggande avhandling kan man förstå som ett försök att bryta detta mönster.

Vad gäller de inhemska doktrinära framställningarna så är det inte bara så att det finns en växande teoretisk avtalsrättslig litteratur, som opererar efter premisser som är hämtade utifrån och som behandlar frågor som från funktionalistisk horisont sett är obegripliga. Det främsta exemplet ger den neoaristoteliska trenden,[1224] men det första exemplet borde vara Ola Svenssons år 1996 utgivna avhandling "Viljeförklaringen och dess innehåll" – en text som ju de facto definierar viljeförklaringsbegreppet substantiellt.[1225] Dessutom, vilket är mindre uppenbart och därför i sammanhanget viktigare att uppmärksamma, är det ovedersägligen så, att också de traditionellt rättsdogmatiska framställningarna nyttjar ett språk som formligen dryper av subjektivistisk terminologi. Det gäller inte blott texter av bekännande subjektivister – Lehrberg är det bästa exemplet – utan även texter av bekännande objektivister, såsom Jan och Christina Ramberg.[1226]

Till och med i Grönfors "Avtalsgrundande rättsfakta", som måste anses vara den enskilt viktigaste antisubjektivistiska texten i svensk avtalrättslig tradition, gör sig viljedogmen ständigt påmind – trots, eller kanske snarare på grund av, att författaren gör sitt bästa för att undertrycka den. I sin mest allmänna form är det problem som Grönfors står inför här, hur man skall kunna göra sig kvitt *ett* av begreppen i en dikotomi, samtidigt som man vill behålla det andra. Hur kan det finnas någonting objektivt (i avtalsrätten), om det inte finns någonting subjektivt (i avtalsrätten)? Och än mer konkret: Hur skall man kunna få det till, att faktumet – det avtalsgrundande rättsfaktumet – *blott* är ett faktum, som *direkt* utlöser avtalsverkan, och inte på något sätt ett tecken, som står för någonting och som kan tolkas? För det gäller här att separera förklaringen, eller de fakta man vill sätta i förklaringens ställe, från viljan. Man

[1224] Se ovan n 336.

[1225] Jfr citatet ovan i n 639.

[1226] Bara ett exempel, från "Allmän avtalsrätt" (som ju har varit ett officiellt sanktionerat uttryck för Grönfors syn på avtalsrätten; se ovan n 245): "Det teoretiska problemet med misstag är att parterna egentligen inte har en gemensam partsvilja trots att det kan verka så. Avtal kan trots detta komma till stånd. Enligt avtalslagen § 32 st 1 kan ett förklaringsmisstag göras gällande om motparten insåg eller bort inse att ett misstag var för handen, dvs om han var i *ond tro*. I så fall kommer inget avtal till stånd."

kan säga att Grönfors sätter sig upp mot det avtalsrättsliga språkets grammatik – och det gör kampen ojämn.[1227]

Låt oss ta ett exempel. I kapitel 5 i "Avtalsgrundande rättsfakta" diskuterar Grönfors bland annat de transportavtalsrättsliga fenomenen "bokning" respektive "omhändertagande av godset". Slutsatsen blir att man måste ersätta anbud-accept-modellen med "mera distinkta och i tillämpningen hållbara avtalsgrundande rättsfakta".[1228] Och med denna slutsats följer, enligt Grönfors uppfattning, vissa teoretiska konsekvenser – märk hur han får kämpa mot misstanken att han fått det subjektiva med på köpet:

> Om man på detta sätt rensar bort elementet av viljeförklaring i en hävdvunnen och spridd mening, vad av viljeelementet återstår då? I fråga om *bokningen* är detta *yttre rättsfaktum* lätt identifierbart. Någon viljeförklaring i traditionell mening finns inte. Samtidigt är den yttre situationen sådan, att den normalt ger uttryck för en åsyftad avtalsbundenhet. När det gäller *omhändertagandet av godset för transport* är själva den yttre situationen på motsvarande sätt ett uttryck för en vilja att bli bunden. Det är ingalunda fråga om en uttrycklig eller tyst viljeförklaring om bundenhet (avgivandet av ett transportlöfte). Men den yttre situationen är typiskt så tydlig, att *omhändertagandet direkt kan sanktioneras genom avtalsbundenhet.* Det fungerar därmed som ett avtalsgrundande rättsfaktum, som innebär ett slags yttre bevisning om att ett transportavtal föreligger.
>
> Detta kan uppfattas som återstoden av ett viljeelement, en "yttre konsens" [...], annorlunda uttryckt typiskt en vilja till avtalsbundenhet. Ett avtalsgrundande

[1227] Jfr Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 43: "Om man bygger på tanken om partsviljan som enda rättsskapande kraft och utgångspunkt, blir en sådan lösning [en lösning i Grönfors smak, där en dispositiv regel ges företräde "oavsett vad parterna säger sig ha menat"] däremot inte den naturliga utan ett uttryck för en mycket 'hårdhänt avtalstolkning'." Men det handlar inte, vill jag säga, om vilken tanke man bygger på, utan om hur texterna skall läsas – och det som ger intrycket, att en tolkning som ersätter den uttryckta innebörden med en innebörd hämtad från den dispositiva rätten, är hårdhänt, är helt enkelt att den är dålig, *som tolkning betraktad.* Så dålig, att den inte ens kan kallas för en tolkning. Den gör våld på texten. Lurar här en gammal fördom – så som Grönfors trodde – så är det den fördom som säger att parterna gentemot varandra skall svara för det som de åtagit sig. Grönfors är mindre radikal när han i "Avtal och omförhandling" (s 78) tar avstånd från "intolkning" av en rätt till omförhandling i avtalet i fall där de individuella omständigheterna inte medger det, och i det sammanhanget åberopar sentensen *non haec in foedera veni* – det var inte det jag lovade att göra (från Aeneiden). Jfr Corbin, The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule s 171: "A court is never justified in altering or perverting the language in order to produce a result that it regards as more just and equitable."

[1228] Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 62.

rättsfaktum, utformat på detta sätt, kan utgöra ett tillräckligt kriterium på samvilja. Hur det subjektivt ligger till i det enskilda fallet behöver man inte besvära sig med att utreda. Och det är just detta som måste krävas, för att sådana massavtal skall fungera effektivt i det praktiska rättslivet.

Innebörden av den nya avtalsmatrisen jämförd med den hävdvunna står därmed klar. Den subjektiva partsviljan i fall av massavtal ersätts med *det objektivt uppfattbara och typiska partsagerandet.* Vanligtvis finns det normalt en motsvarande subjektiv inriktning hos parterna, men om så också är fallet i den särskilda situationen blir det aldrig aktuellt att undersöka.[1229]

Där det finns någonting yttre, förutsätts det inre. Anlägger man ett längre tidsperspektiv kan man få intrycket att Grönfors här inte kommit någonstans, eller att han återvänt till utgångspunkten. Ty hans analys ligger rent faktiskt så nära den klassiska naturrättsliga synen på viljans förhållande till förklaringen att Grotius själv rimligen hade kunnat skriva under på den.[1230] Enligt det klassiska synsättet är ju den inre viljan *aldrig* synbar, varför man, av praktiska skäl, måste hålla sig till det yttre tecknet.[1231] Det kommer inte någonsin i fråga att gå förbi tecknen – lika lite vid en "uttrycklig viljeförklaring" som vid massavtal.[1232] Är allt vi har att gå på förekomsten av ett standardiserat tecken, till exempel en beställning, är det *nog*, enligt Grönfors såväl som enligt naturrätten (och här talar vi om det som skall vara det värsta exemplet på "viljeteori" överhuvudtaget).[1233] Men, om det också finns andra tecken, det vill säga, om det standardiserade tecknet ifråga åtföljs av ett eller annat unikt, individuellt tecken – ett förbehåll, en strykning, en sidolöpare, ett muntligt tillägg eller så – så skulle vare sig Grönfors eller någon annan avtals-

[1229] Grönfors, a a s 62 f.

[1230] Se och jfr det ovan vid n 65 återgivna uttalandet av Grotius.

[1231] Således t ex Pufendorf, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten s 137: "Det är [...] omöjligt för någon människa att uttala sig om en annan människas avsikter annat än genom de handlingar och tecken som är möjliga att uppfatta med sinnena. Just det skälet ligger bakom uppfattningen, att ingen kan hållas ansvarig vid världslig domstol för något utöver det som en korrekt tolkning av sådana tecken ger vid handen."

[1232] Jfr Collins, Regulating Contracts s 39: "The concepts of offer and acceptance are [...] not descriptions of facts, but conclusions of law about the facts."

[1233] Jfr Grotius, De iure belli ac pacis libri tres s 409: "If other implications are lacking, words are to be understood in their ordinary sense. If there is no implication which suggests a different conclusion, words are to be understood in their natural sense, not according to the grammatical sense which comes from derivation [mot dolöst ordrytteri], but accordning to current usage".

rättare kunna bortse från dessa i tolkningen.[1234] I ett sådant läge tvingas man ta ställning till i vad mån modifikationerna förändrat den standardiserade handlingens innebörd.[1235] Det betyder dock inte att man i sådana fall, till skillnad från andra, lämnar det objektivt givna tolkningsunderlaget för att på något sätt gå vidare i jakten på den subjektiva avsikten (det vore lönlöst), utan bara att tolkningsunderlaget är annorlunda.

Grönfors gör gällande att han genom sin utläggning klarlagt hur "den nya matrisen" skiljer sig från "den hävdvunna". Riktigt så enkelt blir man dock inte av med traditionen. Det som definitivt skiljer ut Grönfors analys – låt oss här hålla oss till den citerade passagen – är anspråken och syftningen. Grönfors tror synbarligen, att det finns en uppfattning, enligt vilken det subjektiva är *konstaterbart för sig* (som om viljan kunde påträffas i sinnevärlden)[1236] och i denna sin konstaterbara fakticitet *bestämmande*, varför man inte skulle kunna nöja sig med tecknen, utan var tvungen att, som man skulle kunna uttrycka det, förfölja viljan över gränsen för det objektivt givna. Och han tror, inte bara att någon har framfört denna uppfattning, utan att den skulle vara hävdvunnen – varför det skulle vara nödvändigt att bekämpa den för det fall att den skulle vara felaktig. För egen del ställer jag mig dock frågande till om någon verkligen framfört en sådan uppfattning, i ren form. Alfred Manigk kunde för jämnt hundra år sedan från sin horisont förneka att så var fallet. Han talar om...

> [...] dem bei den Erklärungstheoretikern auch heute noch herrschenden Mißverständnis, daß die Gegner in der Willenstheorie die Lehre schaffen wollten, nicht die Erklärung, sondern der innere Wille bestimme die geschäftlichen

[1234] Låt oss bortse från formkrav, förbud mot sidolöpare, integrationsklausuler och inverkan från främmande rättsordningar (som den engelska).

[1235] Det (numera) klassiska avgörandet på detta område i svensk rätt är HD:s dom i NJA 1990 s 24, där domstolen hade att tolka uttrycket "samtliga arbeten" använt i individuellt framförhandlade entreprenadavtal i vilka AB 72 åberopades. Avgörande – emedan AB 72 uppenbarligen hade bäring på frågan – blev huruvida parterna, så att säga, kunde anses ha brutit sig loss från det standardiserade meningssammanhang som man ju trots allt hade anknutit till. Jfr NJA 2007 s 35, där HD konstaterade att det saknades skäl att frångå den i fallet genom ett standardavtal givna objektiva normen.

[1236] Tvärtom även hos t ex Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd III s 242: "Der Wille selbst nämlich [...] kann nur mittelbar, durch eine sinnlich wahrnehmbare Tatsache, erkannt werden."

Rechtswirkungen positiv. Das ist aber niemals und von keinem Autor, selbst von Savigny nicht, gelehrt worden.[1237]

Man kan åtminstone konstatera att en viljeteori av ett sådant slag inte har försvarats av någon av den klassiska traditionens stora auktoriteter[1238] – och på den grunden kan man förvänta sig att man inte kommer att stöta på den hos särdeles många av de oräkneliga mindre auktoriteter som fyller ut den akademiska juristprofessionens led. Visserligen medför brottet med viljeteorin, i samband med den moderna avtalsrättens utbildande från 1800-talets andra hälft och framåt, en långtgående reifiering av viljan – inte minst i Skandinavien. I teorin omvandlas tolkningen från exeges till avtäckande av ett psykologiskt faktum.[1239] Hos oss är väl det mest bekanta uttrycket för denna utveckling splittringen i vilja, tillit och

[1237] Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft s 154. Fritt översatt: "det bland förklaringsteoretikerna ännu idag härskande missförståndet, att motståndarna inom viljeteorin skulle vilja förespråka läran, att det inte är förklaringen, utan den inre viljan, som positivt bestämmer rättshandlingens rättsverkningar. Dock har ingen författare, inte ens Savigny själv, någonsin försvarat en sådan lära."

[1238] Jfr Savigny, a a s 258: "Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne, un dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung." Detta måste vara den mest citerade av Savignys sentenser, och den citeras vanligen för att belägga att Savigny var en slem viljeteoretiker (eller t om viljeteorins upphovsman). Jfr Werba, Die Willenserklärung ohne Willen s 17 n 25: "Savigny hat damit [med den strax ovan citerade passagen] die später sogenannte Willenstheorie zum ersten Mal bewußt und in voller Klarheit zum Ausdruck gebracht."; se också t ex Huser, Avtaletolking s 269; af Hällström, Om villfarelse s 99; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft s 33 ff; Stang, Viljesdogmet s 287; Svensson, Viljeförklaringen och dess innehåll s 34. Men märk, att även här, vid det som antagits vara viljeteorins själva källa, framträder viljan som organiserande princip för tolkningen snarare än som faktum. Även för Savigny är viljan "ein inneres, unsichtbares Ereigniß" – en inre, osynlig tilldragelse. Och för att förstå vad som menas med det bör man ställa Savignys viljeförklaringslära mot hans utläggning om tolkning i System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 206 ff. Notera anmärkningen hos Savigny, Das Obligationenrecht, bd II s 189, att tolkningen av lag och av viljeförklaringar får betraktas på samma sätt; jfr Stang, Innledning til formueretten s 445 n 1: "*Savigny* og hans efterfølgere ofret tolkningslæren liten opmerksamhet."

[1239] Det mest kända tidiga uttrycket för denna pyskologism är Ernst Zitelmanns år 1879 utgivna "Irrtum und Rechtsgeschäft", som man möjligen kan förstå som ett utslag av de vid tiden rådande naturalistiska och (vetenskapsteoretiskt) positivistiska tendenserna (se Lübcke (red), Vår tids filosofi, del 1 s 20 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s 449 ff). Bland de nordiska rättsvetare som tagit intryck av Zitelmann kan nämnas Stang, Arnholm och O Svensson.

förklaring[1240] – och händelsevis borde ett av de mest extrema uttrycken vara distinktionen mellan tolkning och utfyllning, i Ussings tappning. Hos de svenska författare som skrivit avtalsrätt i traditionen efter Ussing finner man också en tendens att tala om viljan (samman med andra subjektiva storheter som insikter och förutsättningar) som ett tolkningsdatum eller rentav som ett rättsfaktum.[1241] Men detta bruk samsas hos dessa författare med uttryck för det klassiska synsättet, enligt vilket viljan är det som genom tolkningsprocessen skall rekonstrueras, det vill säga förklaringens innebörd.[1242]

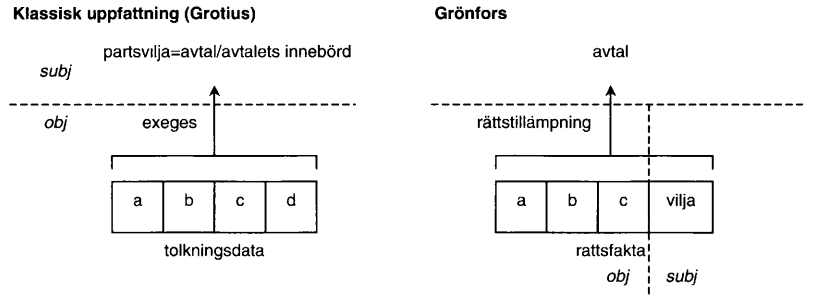
Den "hävdvunna" uppfattning som Grönfors opponerar sig mot är en konstruktion som inte gör motståndarnas texter full rättvisa. Att den till viss del är missvisande beror vidare på – vill jag anta – att Grönfors överför sin egen mer strängt modernistiska, anti-traditionalistiska och funktionalistiska rättsuppfattning på de texter han vill ta avstånd från. Grönfors ser *blott* regler och fakta. Vad blir då partsviljan? Ett faktum *och ingenting annat.* Och all den text som inom ramen för den juridiska traditionen producerats om avtal och tolkning, om tecknet och viljan, blir en märklig litteratur som odlat myten att det vid sidan av den faktiska handlingen – någon kliver på spårvagnen, någon beställer en Dry Martini; man skakar hand, eller parkerar sin bil – dessutom skall finnas

[1240] Denna splittring förutsätter, att frågan, huruvida viljan skall tillmätas betydelse vid tolkningen, är meningsfull, vilket den inte är om man på klassiskt manér sätter likhetstecken mellan vilja och innebörd. I svensk tradition är den kanske mest ingående behandlingen av de begreppsliga svårigheter som följer på separationen mellan innebörd och avsikt/uppfattning Karlgrens uppsats "Tolkning och omtolkning" i SvJT 1966.

[1241] Se t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 47 ff; Lehrberg, Avtalstolkning s 33 ff; Vahlén, Avtal och tolkning s 278 ff; jfr t ex Huser, Avtaletolking s 47 ff, 378 ff och 468 f; Høgberg, Kontraktstolkning s 96 ff; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 388 f; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 148 ff.

[1242] Se t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 34; Lehrberg, Avtalstolkning s 23, 29 och 240; Vahlen, Avtal och tolkning s 194. Dubbelheten i det Ussinginfluerade tolkningsbegreppet är tydlig när Vahlén, a a s 201, definierar tolkning med orden: "*Genom tolkning* [...] *skall alltså fastställas betydelsen av vad som enligt parternas eller ena partens vilja eller förutsättningar i egentlig mening skolat uttryckas i avtalet eller vad som faktiskt kommit till uttryck i detsamma utan att ha omfattats av därpå inriktad vilja eller egentlig förutsättning av part.*" Jfr Karlgren, Kutym och rättsregel s 30 ff, som genom att helt hålla den "egentliga" viljan utanför rätten får en principiellt sett renare systematik. Se också Karlgren, Anm av Vahlen, Avtal och tolkning s 215 ff. Här – Karlgren, a a s 218 – heter det bl a: "Ingen domare kräver, om ej särskilda motfakta förebragts, någon utredning om att kontrahenterna velat, eller eljest med sitt medvetande omfattat, det som täckes av det yttre viljeuttrycket."

en *vilja*, och att det är denna och bara denna som är avgörande för frågan om avtal ingåtts eller ej.



Grönfors har, såvitt jag kan se, alldeles rätt i, att *om* partsviljan vore att betrakta som ett faktum, på nivå med, säg, en underskrift, så skulle det inte finnas någon anledning att tilldela denna en särställning.[1243] Det är bara det att den tolkningen av partsviljan är så svår att förlika med det avtalsrättsliga språket. Ingenting går ihop. De klassiska lärorna faller isär ... ja, *splittring* är då det logiska svaret.

8.3.3.3 I kamp mot texten – lagstiftningen

Detta om den traditionella litteraturens förmenta irrelevans och om den envetna, kvardröjande subjektivismen i de "moderna" avtalsrättsliga framställningarna. Men låt oss gå vidare, och behandla ytterligare några textslag, till illustration av de svårigheter som fientligheten mot subjektivismen försätter den funktionalistiska avtalsrättaren i.

Det är, som vi har sett, tänkt att man skall kunna bortse från *avtalslagen*, eftersom den ju är en ruin, förbisprungen av samhällsutvecklingen. Men texten står där och vi pratar och skriver om den. I den akademiska undervisningen i avtalsrätt är utgångspunkten alltjämt avtalslagens regler. Adlercreutz lärobok "Avtalsrätt I" – som mer än någon annan bok bestämt de svenska juristernas uppfattning om vad avtalsrätt är – är en bok om avtals*lagen* lika mycket som en bok om avtals*rätten*. Nu kan man beklaga detta – att avtalslagens text alltjämt tillmäts en sådan betydelse – om man är funktionalistiskt lagd, men man kan fråga sig om alternativet är så mycket att stå efter, försåvitt det är "viljedogmen" som man vill undvika.

[1243] Ty *alla* relevanta data skall beaktas i tolkningen, och man får inte föregripa resultatet genom att mekaniskt prioritera en grupp av tolkningsdata framför andra.

Det är antagligt att en ny avtalslag skulle föra oss närmare Tyskland/kontinenten/viljeteorin/den romerska rätten/"begreppsjurisprudensen" än vad vi stått på länge, alltsedan den nationella, moderna nordiska avtalsrättens tillkomst – närmare allt det som vi då ville ta avstånd från.[1244] Ty sannolikheten för, att den "harmonisering" och "internationalisering" som det talas så mycket om även inom avtalsrätten, skall resultera i en "funktionell" eller "rationell" lagstiftningsprodukt – bedömd efter den moderna svenska förmögenhetsrättens senrealistiska kriterier – är liten.[1245] Vi har att förvänta oss ett via kompromisser förmedlat destillat av de minst förargelseväckande och djupast liggande sanningarna/dogmerna/flosklerna i den västerländska avtalsrättens tradition.[1246] Avtalet kommer inte heller i framtiden att vara någonting annat än en frivillig överenskommelse.[1247]

[1244] Jfr t ex Arnholm, Avtalerettslige spørsmål s 316: "For oss som var studenter dengang, var det en av de store begivenheter at avtaleloven kom. Den markerte en milepel i den nordiske privatrett. Ikke fordi den bragte så meget nyt [...] Det store lå på et höyere plan. Nå hadde det gode definitivt seiret – viljesteoretikere og andre vranglærere var styrtet ut i mörkret."

[1245] Jfr Lando, Kontraktsretten i et europæisk og internationalt perspektiv. Vejen frem. Se t ex Lando, a a s 16 f vid n 11 och 12.

[1246] Det som jag här kallar "floskler" är synbarligen det som Van Hoecke, Deep Level Comparative Law s 191, menar utgör "the deeper level of underlying theories and conceptions". Jfr Tontti, European legal pluralism as a rebirth of IUS commune s 46: "It is important to stress, however, that even if there is no material unity behind all the contemporary legal systems of Europe, there is still something that enables us to see them as having common Roman and canon origins. If one compares the different European legal traditions with e g non-European legal history, it becomes evident that European legal orders do have common roots. These uniting elements, though, exists only at a high level of generality and abstraction." Se härtill Smits, Diversity of Contract Law and the European Internal Market s 156 ff; Wilhelmsson, Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting s 165 f och 183 ff.

[1247] Se och jfr t ex Brüggemeier m fl, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto s 658 ff; Glanert, Zur Sprache gebracht: Rechtsvereinheitlichung in Europa s 162 ff; Legrand, Antivonbar. Legrand, a a s 21: "As he proceeds with his instrumentalist and uniformist agenda, Professor von Bar assumes that he is a free man. As such, he believes that he is rationally choosing what ought to be done. But the fact is that whether in any given instance Professor von Bar is 'choosing' anything is highly questionable. A formalist because of the way he, armed with his predispositions (his *Vorverständnis*), was socialized into German law, into German legal culture (that is, into German law's *habitus*), Professor von Bar can no more 'choose' to do non-formalist law than one can choose to do aerial swimming. [...] Far from Professor von Bar dominating Europe and its laws, Europe and its laws are in fact weighing down on Professor von Bar very much like the now proverbial 'brooding omnipresence in the sky'." Legrand alluderar här, får man anta,

Så läser vi i till exempel i Landokommissionens "Principles of European Contract Law" – som ju enligt sin inledning är tänkta att "serve as a basis for any future European Code of Contracts":

> **Article 1:102:(1)** Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.
>
> **Article 2:101: (1)** A contract is concluded if:
>
> (a) the parties intend to be legally bound, and
>
> (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.
>
> **Article 2:102** The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.
>
> **Article 5:101** A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.

Avtalsfrihet, partsviljans prioritet och dialektik mellan subjektivt och objektivt i tolkningsläran: Den klassiska avtalsrätten består.[1248]

8.3.3.4 I kamp mot texten – rättspraxis

Avtalsrätten består. Av denna anledning – och för att ta ett sista exempel – måste även funktionalistens relation till *rättspraxis* i avtalsrättsliga frågor vara ansträngd. Med en konsekvent funktionalistisk hållning kan man, närmare bestämt, omöjligen acceptera de *skäl* som domstolarna anger till stöd för utgången i avtalsrättsliga mål – inte som de står skrivna, vilket vill säga att funktionalisten har svårt att hantera praxis *som*

---

på O W Holmes berömda yttrande i Southern Pacific Co v Jensen: "The common law is not a brooding omnipresence in the sky, but the articulate voice of some sovereign or quasi sovereign that can be identified [...]".

[1248] Jfr Peczenik, Legal Doctrine and Legal Theory s 196: "[T]he philosophical fashion changes and legal doctrine persists." Annorlunda en harmoniseringsivrare som Van Hoecke, som i PECL Art 2:101 (1) ser ett bevis på harmoniseringsprocessens förmåga till fundamental omprövning av de etablerade formerna. Van Hoecke, Deep Level Comparative Law s 194: "[H]armonization will not be only about choosing the 'better concept' and the 'better rule', but also about rethinking more fundamentally the use and function of every concept and rule. Harmonization, then, is not some imperialistic conquest of weaker legal systems by stronger ones, but *rethinking and developing together some new European private law.*"

text.[1249] Man kan acceptera utgången, i enskilda fall, men skälen måste omtolkas, i större eller mindre utsträckning, för de är avfattade i en terminologi som bekräftar och reproducerar det klassiska avtalsbegreppet.[1250] Avtal ingås genom en överenskommelse, frivilligt – vilket ger att man löser avtalsrättsliga problem genom att diskutera vad parterna sagt och gjort, och hur det som de sagt och gjort skall förstås givet kontexten. Det är naturligtvis ingen absolut sanning, men så kan utgångspunkten för analysen av de avtalsrättsliga problemen anges – *om man är intresserad av att ge en rättvisande bild av hur domstolarna faktiskt resonerar.* Och med det "faktiska" resonemanget avses då det resonemang som domstolen har redovisat i sina skäl, i texten. Här måste vi alltså avstå från att, på det för den realistiska analysen karakteristiska viset, postulera en fakticitet bakom texten – som skall rymma domstolens *egentliga* resonemang.[1251]

[1249] Jfr Collins, The Law of Contract s 231, som tillstår att "[a]lthough the objective test provides the general guide to the court's resolution of disputes over the terms of the contract, a number of decisions fit uneasily into this framework". Det finns nämligen, menar Collins, a st, fall där det *verkar* som om domstolarna byggt på en undersökning av den faktiska partsviljan. Collins föredrar dock en tolkning som förklarar sådana fall objektivistiskt.

[1250] Jfr Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 464, som påpekar att den av Grönfors framhållna utvecklingen från subjektivism mot objektivism är mer utmärkande för den juridiska litteraturen än för rättspraxis. Se även DiMatteo, Contract Theory s xi; Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet s 758. För en intressant parallell jfr Werba, Willenserklärung ohne Willen s 18: "Bemerkenswert ist, daß das Willensdogma in der juristischen Praxis zu keiner Zeit dieselbe Bedeutung wie in der Rechtswissenschaft hatte. Die Gerichte sind dem Willensdogma auch in dessen Hochblüte nur selten gefolgt."; se också Kötz, European Contract Law, Vol 1 s 108 vid n 6; Perillo, The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation s 476 f. Här får man alltså intrycket att domstolarna när det begav sig brydde sig lika lite om rättsvetenskapens iver för subjektivsmen som de nu bryr sig om rättsvetenskapens objektivism. För egen del vill jag i detta se *ett symptom* – jfr Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft s 158: "Daß bei der Auslegung von [Willenserklärungen] niemals der innere Wille, sondern nur *der Sinn* [min kurs] der Erklärung festzustellen ist [...] ist durch die Praxis [...] immer und immer wieder betont worden."

[1251] Realism = att spekulera i en realitet bortom texten ("ideologin"). Jfr t ex Lindskog, Högsta domstolen och den kommersiella rätten s 75 f: "Efter min mening förekommer också alltför ofta att HD tar till skenargument. I stället för att angripa ett rättsligt problem efter en rationell analysmodell, tar HD till ett argument som på ytan kan te sig kraftfullt men vid närmare granskning visar sig innehållslöst; det bidrar inte till att förklara något men väl till att dölja förklaringen."

För att belägga tesen här kan det räcka med *ett* exempel – om det är tillräckligt extremt.[1252] Det kan vara lämpligt att ta ett fall av så kallat realhandlande, för det antas regelmässigt i den objektivistiskt inriktade litteraturen att det icke-verbala handlandet på något sätt inte är ett fullt lika giltigt uttryck för viljan som den skriftliga eller muntliga förklaringen. *Ordet* är, så som vi tänker, det paradigmatiska uttrycket för anden.[1253] Särskilt lämpligt kan det vara att ta *ett parkeringsfall* – för "parkeringsfallen" spelar symboliskt en avgörande roll i berättelsen om den gradvisa objektiveringen av avtalsrätten, så som denna traderats till oss. Och här är det ju främst Grönfors som står för traderandet. Han skriver:

> Ett viktigt typfall, där detta betraktelsesätt [Grönfors betraktelsesätt] kommit till användning, är parkeringsfallet. [...] Ju *längre från* [det traditionella] *kärnområdet* man befinner sig, desto svårare blir det att resonera med utgångspunkt från [en] struktur, som anpassats efter typfallen med viljeförklaringen i centrum. I tysk rätt, där BGB med sin allmänna del tvingar fram sin lagmodell för avtals ingående på ett mera kompromisslöst sätt än enligt AvtL 1 kap, blev den avgörande "testen" just parkeringsfallen. Bilföraren som ställt sig på parkeringsplatsen sades till slut ha hamnat i *den faktiska sociala situationen*, att ett parkeringsavtal upp-

[1252] Men tanken är att man skulle kunna ta vilket fall som helst. Detta är ett generellt mönster: Domstolarna uttrycker sig mer eller mindre som de alltid har gjort, tillsynes obrydda (jfr n 1250 strax ovan), och rättsvetenskapen reagerar irriterat, utifrån gängse ideologi (här antisubjektivismen). Se t ex NJA 2004 s 862 där frågan om avtal ingåtts hängde på huruvida accepten inkommit i tid och tiden var att beräkna enligt 3 § 1 st AvtL ("skälig acceptfrist"). På traditionellt vis och i anslutning till lagtexten hängav sig HD åt en tolkningsoperation i god stil, under vilken hänsyn togs till bl a kontexten, avtalets beskaffenhet samt parternas förutsättningar och insikter. Fallet kommenterades av Flodin, Vad är skälig acceptfrist enligt 3 § första stycket avtalslagen?, som ifrågasatte domstolens betoning av det subjektiva elementet i bedömningen.

[1253] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I s 17: "Ordet, det skrivna och det muntligt utsagda, är det viktigaste *uttrycksmedlet för avtal.* Men det finns även andra, såsom åtbörder, en persons hela uppträdande och handlingar, realhandlingar. Det momentana utbytet av prestationer, t ex vid kontantköp över disken i en butik, försiggår visserligen genom avtal, men här blir avtalet som rättslig form undanskymd av *parternas realhandlande.*" Jfr den tyska teorins mer konsekventa begrepp *Realakte*; se t ex Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 22 Rn 20 ff. Jfr, åter, den engelska rättens distinktion mellan express och implied terms, hos Treitel, The Law of Contract s 191, definierad så: "The contents of the contract depend primarily on the words used by the parties in entering into the contract: these make up its express terms. A contract may, in addition, contain terms which are not expressly stated, but which are implied, either because the parties so intended, or by the operation of law, or by custom or usage."

kommer, och därmed tillskapades den helt nya kategorin *faktische Vertragsverhältnisse*. Rättsfiguren tyst viljeförklaring kunde inte sträckas ut ända dit utan övergavs genom att det praktiska behovet tryckte på.[1254]

Grönfors eget parkeringsfall blir HD:s dom i NJA 1981 s 323. Låt mig referera:

> NJA 1981 s 323. Frågan i målet gällde huruvida en bilförare genom att ställa sin bil på en avgiftsbelagd parkeringsplats hade ingått ett bindande avtal med ett parkeringsbolag. HD inleder sina domskäl med följande påstående: "Systemet med avtalsgrundade parkeringsavgifter bygger på tanken att bilföraren genom att utnyttja parkeringsplatsen accepterar de villkor och bestämmelser som är anslagna där" och kan därpå konstatera att "konstruktion[en] har godtagits i rättspraxis". Domstolen gör dock nu det förbehållet att de anslagna villkoren måste vara så tydligt utformade att de inte rimligen kan missförstås. Det som prövas i målet är huruvida detta kriterium kan anses uppfyllt i den specifika situationen. Svaranden hade nämligen gjort gällande att han inte hade *parkerat*, utan endast ställt upp bilen en kortare tid, för pålastning, och enligt de aktuella villkoren ingicks parkeringsavtalet genom "[p]arkering inom området". HD hanterar det sålunda grundlagda problemet genom att relatera till definitionen av parkeringsbegreppet i då gällande vägtrafikkungörelse. Det är rimligt, synes domstolen mena, att som bilförare *utgå från* att termen "parkering" har en och samma betydelse i trafiksammanhang. Enligt trafikkungörelsen hänfördes inte uppställning av fordon under kortare tid för lastning till parkering och av den aktuella skyltens text framgick inte att ordet skulle förstås på något annat sätt. Emedan bilföraren således inte rimligen hade kunnat förstå situationen så som parkeringsbolaget hävdade att den skulle förstås, hade, konkluderar HD, något avtal med det av bolaget påstådda innehållet inte kommit till stånd.

I denna *text* finner Grönfors bekräftelse för sin *teori*. Avtalet grundas "direkt" på det faktiska handlandet. Men – och det är *hela* poängen här – han kan bara stödja sin uppfattning på texten genom att samtidigt underkänna den. Och det är enkelt att se vad i HD:s argumentation som inte vinner Grönfors gillande. Domen grundas ju på ett regelrätt tolkningsresonemang. Frågan blev om den skylt som fanns uppsatt vid infarten till parkeringen rimligen skulle förstås så, att bilförarens specifika agerande i fallet omfattades av de av parkeringsbolaget utfärdade villkoren. Vad HD säger är i klartext, att ett parkeringsbolag som vill kräva pengar av bilister vars beteende inte faller inom ramarna för det typiska parkerandet – det beteende som enligt gällande sociala koventioner *betyder*

[1254] Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 52 och 53 f. Jfr ovan n 213.

att man är skyldig att erlägga parkeringsavgift – måste se till att kommunicera denna vilja tydligt.[1255] I detta resonemang ser Grönfors en *viljedogmatisk modell* och *subjektiverande omskrivningar.*[1256] Texten döljer alltså en underliggande realitet. *Egentligen* har HD, trots att den inte uttrycker sig så, grundat domen direkt på det faktiska handlandet. Men äger vi inte Grönfors förmåga att skilja "realiteterna" från "dogmerna", får vi hålla oss till det som faktiskt är givet, det vill säga texten, och denna motsäger de facto Grönfors tes. Vad HD *faktiskt* säger, är att parkeringsavtal, precis som avtal i allmänhet, ingås genom en överenskommelse, vars förefintlighet och innehåll är att fastställa genom tolkning av de vid det aktuella tillfället synliga tecknen.[1257]

Märk också, att det inte blott är vissa fraser och uttryck som måste strykas ur domskälen, om man vill ge Grönfors funktionalistiska läsning genomslag. Hela resonemangets struktur faller. Hans tolkning är radikalt skeptisk. Som varje annan rättsvetare som uppfyllts av den funktionalistiska anden tar han sig rätten att helt enkelt sätta sig över texten.[1258]

*

Viljan *är* alltjämt även den svenska avtalsrättens sammanhållande princip,[1259] i ett visst väsentligt avseende: Trots trycket från den härskande antitraditionalistiska teorin består den materiella avtalsrättens former i grunden oförändrade.[1260] Orden – "avtal", "misstag", "tolkning", "rättshandling", "anbud" och "accept", "förutsättningar", "partsvilja", "villkor", "avsikt", "insikt" och så vidare – tvingar den konsekvente funktionalisten att ta avstånd från det avtalsrättsliga språket, så som det till

[1255] Givet kommunikationssättet – villkor anslagna på en skylt – ställs den gamla principen om klargörandeplikt i särskilt skarp belysning.

[1256] Grönfors, Avtalslagen s 64; jfr Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 81 f; dens, Avtalstolkning s 155. Se också Woxholth, Avtalerett s 85 f och 137.

[1257] Det skall till en "realist" för att se någonting som inte finns.

[1258] I den utsträckning det passar – *ingen* kan kommunicera i juridiska frågor utan att stödja sig på rättstexterna.

[1259] Jfr Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 421: "Viljeteorin är en allmän princip, som färgar hela privaträtten."

[1260] Jfr Atiyah, Essays on Contract s 11: "I want to suggest that, despite the increasing attacks upon freedom of contract and tort, the conceptual apparatus which still dominates legal thinking on these issues is the apparatus of the nineteenth century."

exempel används av domstolarna – det språk som också är funktionalistens eget, såvida han eller hon i praktiskt hänseende är avtalsrättare.[1261]

Funktionalisten kan göra Derridas fras: "Jag har bara ett språk och det är inte mitt", till sin.[1262]

8.4 Metafysiken låter ingen slippa undan

"What is your 'what is it worth' worth?"

Jean-François Lyotard

Det är *givet* att funktionalismen skär sig med det existerande juridiska språkbruket. Så mycket har stått klart från början. Lundstedt kunde konstatera att Undén med sitt funktionsbegrepp hade "förfalskat rättsspråket".[1263] Det var enligt Lundstedt tydligt, att de rättsverkningar som sammanfattades i det Undénska äganderättsbegreppet inbegrep de tvångsreaktioner som drabbar den som kränker ägarens rätt som en yttersta konsekvens.[1264] Men det tycktes svårt att förena denna tanke med de i litteraturen faktiskt använda uttryckssätten:

> Ty enligt den allmänna rättsvetenskapens läror inträda dessa tvångsreaktioner såsom *följder på ett ingrepp i en annans äganderätt.* [...] Överallt visar "rättsspråket" hän på begreppet rättighet såsom varande något, tänkbart i sig självt, sålunda något, oavsett rättsmaskineriet eller, med ett oegentligt uttryck, oavsett rättsordningens *uppehållande.*

Denna iakttagelse är, såvitt jag kan se, alldeles korrekt, och den tål att generaliseras. Så länge vi befinner oss i "rättsspråket", så länge vi talar juridiska, som man skulle kunna uttrycka det – det vill säga så länge som

[1261] To m Hugh Collins tillstår: "Even in modern accounts of the law of contract [...] one cannot ignore the traditional conception of contract law based on the idea of facilitating voluntary choices. Its presence in the origins of the subject, the continuity of the tradition for more than a century, and its power as an analytical tool [...] seem to render it almost immune from challenge." – varefter han kan tillägga: "But challenge it we must."; se Collins, The Law of Contract s 7.

[1262] Den paradox som är utgångspunkten för resonemanget i Derrida, Den andres enspråkighet.

[1263] Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 110. Jfr ovan avsnitt 8.3.1.

[1264] Jfr Undén, Svensk sakrätt I s 57: "Äganderätt är alltså ett i rättsspråket förkortat uttryck för det förhållande att en person under vissa omständigheter av rättsordningen tillerkännes skydd såsom ägare gentemot dem som skulle vilja beröva honom saken, vägra lämna den till ägaren, annorledes tillgodogöra sig den, förstöra den osv."

vi faktiskt ägnar oss åt juridik – så tillerkänner vi genom vårt språkbruk de specifikt juridiska fenomenen existens. Dessa fenomen är det som jurister talar om och det som de rättsliga texterna handlar om. De tillskrivs existens just som personerna, händelserna och föremålen i en saga tillskrivs existens av berättaren *och* just som massa, hastighet och energi tillskrivs existens i fysiken *och* just som nyhetshändelserna och vädret tillskrivs existens av morgonnyheterna. Det finns, om vi får tro juristerna, en *rättslig verklighet*.[1265]

Rättslig *verklighet*? Rätten är en sak och verkligheten en annan, eller hur? Det är en grundförutsättning för all instrumentell rättsuppfattning – verkligheten är det som rätten reglerar, liksom tar sikte på.[1266] Med "rättslig verklighet" menas emellertid här ingenting "metafysiskt" – i bemärkelsen utomvärldsligt – eller på andra sätt suspekt, bara den realitet som varje given rättslig text iscensätter. "Verkligheten är det som undersöks inom en viss vetenskap", skriver Håkan Andersson,[1267] i syfte att utplåna den skillnad mellan natur- och humanvetenskapen, särskilt juridiken, som det scientistiska tänkandet insisterar på när det gäller tillförlitlighet – och man skulle kunna tillägga, om man inte vill ge vetenskapen monopol på det verkliga, att verkligheten inte blott är det som undersöks, utan också det som målas, återberättas, spelas upp, skanderas, tillbeds och på otaliga andra sätt *framställs*, eller kommer till tals, i de myriader av livsformer som världen känner.[1268] Poängen är då inte, att vi i teorin måste tänka oss en "multiplicitet av världar" (hur det verkligen

[1265] Se till det följande H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 183 ff, som talar om "rättslig verklighet" i opposition med Uppsalaskolans realitetsbegrepp och till försvar för juridiken och rättsvetenskapen.

[1266] Jfr Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 9: "I fysik, sociologi och historia studeras en verklighet som redan finns eller har funnits. Jag har hört sägas att rättsdogmatik är ju så annorlunda. Rättssystemet är ju styrande; verkligheten kommer så att säga efteråt. Verkligheten får anpassa sig efter kartan, och inte tvärtom kartan anpassa sig efter verkligheten. Resonemanget är förstås förvirrat. Rättsdogmatikens verklighet är själva rättssystemet som normativt system, inte det som systemet resulterar i ifråga om mänskligt handlande när dess regler tillämpas av myndigheter och enskilda. Den verkligheten studeras främst i rättssociologin."

[1267] H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 184; se också Schultz, Kausalitet s 61 ff. Notera glidningen jämfört Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? särskilt s 6.

[1268] Jfr det som Feyerabend kallat "vetenskapens chauvinism"; Feyerabend, Against Method s 36 och 159 ff.

ytterst sett är, i filosofisk mening, kan vi här med fördel lämna ur räkningen), utan helt enkelt att det finns en oöverskådlig mängd av diskurser som alla gör anspråk på att säga som det är ("det" kan, annorlunda uttryckt, inte förstås entydigt). I detta avseende är inte blott naturvetenskapen likställd med humanvetenskapen.[1269] Så länge vi spelar spelet måste vi ta dess specifika underliggande sanningsanspråk på allvar. Det gäller en saga likafullt som en forskningsrapport:[1270]

A: "Det var en gång en gumma som bodde i ett hus..."

B: "Nej, vänta nu! Hur vet du det? Det där är ju bara en saga..."

Eller anta, för att gå över till juridiken, att ett ombud under förhandling i domstol skulle göra gällande att hans klient inte kan vara betalningsskyldig emedan det faktiskt *inte finns* vare sig några rättigheter eller några förpliktelser. Vad man gör, när man mot en saga invänder att den är påhittad, eller när man i ett civilmål börjar diskutera rättigheternas ontologiska status, är att bryta mot spelets regler.[1271] När man hör på en saga lyssnar man och när man argumenterar inför domstol håller man sig

[1269] Fråga inte en mikrobiolog vad culpa är ... eller gör det, för all del. Men, skulle man inte kunna fråga t ex en *psykolog* vad (parts)*vilja* är? Visst, men svaret kommer i en viss mening inte att gälla avtalsrätten. Jfr Patterson, The Pseudo-Debate over Default Rules in Contract Law s 287: "This is not to deny that the law of contracts may be evaluated from the perspective of one's preferred discipline. An economic analysis of contract law, for example, is neither prohibited nor uninteresting. The point is not that other disciplines are bereft of insights into the law. The point is that – *ceteris paribus* – those insights will not be legal insights; they will be economic, sociological, moral or philosophical. There is no more reason to accept economic argument in law than there is to accept a legal analysis of an economic problem." Se också t ex Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s 165; Benson, The Expectation and Reliance Interest in Contract Theory s 1 f; Dworkin, Law's Empire s 12 ff; Graver, Den juristskapte virkelighet og juristrollen s 322; Koskenniemi, Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism s 657; Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 478; Lyles, A Call for Scientific Purity s 650 ff; White, The Edge of Meaning s 222. Jfr Heuman, Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen, som ger uttryck för en milt skeptisk inställning till de s k hjälpvetenskaperna, och H Andersson, Rättens narratologiska dimensioner s 11 f, som understryker vikten av att bottna i den materiella juridiken vid den teoretiska behandlingen av de rättsliga frågeställningarna. Mot den hållning som exemplifieras av Pattersons ovan i denna not angivna uttalande t ex Gräns, Om interaktiv rättsdogmatik; Holm, Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip s 28 f; Westerlund, Miljörättsvetenskap – med nödvändighet interaktiv.

[1270] Jfr t ex Van Roermund, Law, Narrative and Reality s 23 ff.

till bevisfrågorna och den rättsliga argumentationen. I sagan finns det drakar, i domstol finns det rättigheter och i den teoretiska fysiken finns det (kanske) supersträngar.[1272]

I avtalsrätten finns det avtal. Det framgår redan av disciplinens namn, det följer av avtalslagens rubrik, och det bekräftas av varje enskild avtalsrättslig text, av varje stycke av den avtalsrättsliga diskursen.

Det avtalsbegrepp som på detta sätt står upp från den avtalsrättsliga texten är långtifrån substanslöst. Det har en mycket specifik karaktär, om än komplex och långtifrån motsägelsefri. Avtalsbegreppet balanserar mellan det subjektiva och det objektiva, mellan viljan och förklaringen, mellan det faktiska och det rättsliga, mellan det privata och det offentliga. Det handlar om rättvisa, och om förhållandet mellan regel och fall. Det står mitt emellan tolkning och rättstillämpning. Och det har sin egen tidslogik.

Nu menar jag inte att man kan komma någonvart i avtalsrätten genom att försöka betrakta dessa kvaliteter in abstracto, utan snarare att detta (och mera) är vad de avtalsrättsliga texterna handlar om. Jag menar inte heller att avtalsbegreppet är statiskt och evigt. Avtalsrätten är föränderlig och den har en geografi. En avtalsrättslig utsaga från en annan tid och en annan plats kan man således som svensk avtalsrättare komma att stå främmande inför, men den kan lika gärna framstå som självklar. När Lord Hoffman i den uppmärksammade domen i *Investors Compensation Scheme ltd v West Bromwich Building Society* (1998) uttalar:

> Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.[1273]

[1271] Jfr, angående rättighetsdebattens "praktiska" betydelse, Ekelöf, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s 151; dens, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?

[1272] Den som här skulle vilja invända, att det inte finns drakar men att det möjligtvis finns supersträngar – och att häri består en avgörande skillnad mellan sagor och fysik – har inte varit tillräckligt uppmärksam (det kan ju också tänkas att jag inte har varit tillräckligt tydlig). Här gäller det inte vad som faktiskt finns, objektivt sett (Hur man nu skulle kunna avgöra det?), utan grammatiken, det vill säga det sätt på vilket språket är inrättat.

[1273] Se härtill ovan n 1185.

... så klingar det familjärt i den svenska avtalsrättarens öron. Detta är ju väsentligen överensstämmande med den ståndpunkt som svensk rätt öppet intagit åtminstone sedan tiden för avtalslagens införande. För engelska jurister var dock Lord Hoffmans uttalande radikalt när det kom – för här raderas synbarligen gränsen mellan "literal" och "contextual" interpretation. På denna punkt har det rått en kulturell skillnad mellan svensk och engelsk rätt, som kan sägas ha varit betingad bland annat av den stora betydelse som engelsmännen traditionellt har tillmätt formen och särskilt då texten, själva avtalsdokumentet.[1274] Den engelska inställningen här ligger dock inte helt bortom horisonten för den svenska förståelsen av avtalsrätten.[1275] Även vi skiljer den bokstavliga meningen från den kontextuella – låt vara utan att göra något större nummer av det. Under tolkningen kan vi ställa frågan hur orden *som sådana* skall förstås – "i enlighet med allmänt språkbruk" eller någonting ditåt. Och den innebörd som på så sätt kan avlockas texten kan kontrasteras med den som synes följa av kontexten – avtalstexten i övrigt, affärssammanhanget, parternas gemensamma historia och andra bakgrundsdata. Även svensk avtalsrätt rymmer således spänningen mellan ordalydelsetolkning och kontextuell tolkning, men hos oss är den inte lika påtaglig – här finns ingen strid mellan litteralister och kontextualister.

Denna hastiga komparativa utblick kan vi sammanfatta i påståendet, att den svenska avtalsrättens ontologi i det undersökta avseendet strukturellt sett tycks påminna om den engelska avtalsrättens ontologi, att dessa båda ontologier har närmat sig varandra i och med avgörandet i *Investors*, men att de inte desto mindre skiljer sig åt vad gäller historisk utveckling, anda och betoning (vi kan också förvänta oss, att vidare undersökningar skulle röja klara systematiska skillnader).[1276] Avtalsrätten sätter sin egen

[1274] Se och jfr Collins, The Law of Contract s 221 ff; Mitchell, Interpretation of Contracts s 31 ff; Smith, Atiyah's Introcuction to the Law of Contract s 133 ff; Treitel, The Law of Contract s 192 ff; se härtill Hellner, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt. En motsvarande problemstruktur finner man i den amerikanska traditionen; se t ex Macauly, The Real and the Paper Deal.

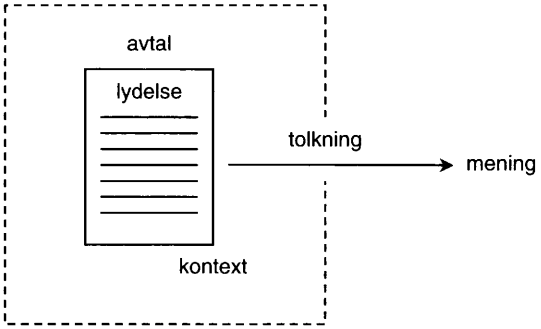
[1275] Jfr Hellner, a a s 186, som menar det vara omöjligt för en utlänning att uttala sig med någon säkerhet om den engelska rättens innehåll i visst avseende, men som inte låter detta faktum hindra hans framställning.

[1276] Jfr Kötz, European Contract Law, Vol 1 s 106 ff, som förmedlar budskapet att rättsläget vad gäller avtalstolkning väsentligen är det samma i hela Europa. Det kräver bl a att Kötz: 1) frånkänner lagfästa tolkningsprinciper praktisk betydelse, så att t ex Code Civil art 1156–1164 kan likställas med de erkänt intetsägande BGB §§ 133 och 157 (Kötz, a a

ontologiska ordning, i den bemärkelsen att den utsäger att avtal finns och att de är av en viss beskaffenhet. *Avtalet* kan således manifestera sig i en *text* – ett kontrakt. Avtalstexten har en viss *mening*, som kan utrönas genom *tolkning*. Tolkningen sker med hänsyn tagen till *kontexten*, och därmed har vi att räkna med en spänning mellan text och kontext, mellan *lydelse* (konventionell innebörd) och sammanhang (individuell innebörd).[1277]

s 114: "In *actuality* [min kurs] such maxims [...] play little part in court practice; [...] *One rather has the impression* [min kurs] that judges only cite those maxims of interpretation which support a conclusion already reached *on quite different grounds* [min kurs]."), 2) likställer tillämpning av tysk *dispositives Recht* med den engelska tekniken att räkna med *terms implied in the contract* (ett bruk som påminner mycket om våra s k anses-utfästelser), 3) hävdar att den tyska metod som går under beteckningen *ergänzende Vertragsauslegung*, som kan relateras till de svenska företeelserna tolkning i enlighet med avtalets syfte och individuell utfyllning, i princip kan sägas tillämpas också i Frankrike (Kötz, a a s 119: "French courts *actually* [min kurs] decide in much the same way even though they often invoke the rule that the gap is to be filled by the *commune intention des parties contractantes*."). Det tydliga utslätande som präglar Kötz analys för med sig att Kötz inte kan vara alltför noga med terminologin. När det gäller vad han benämner *constructive interpretation*, vilket väl är vad det svenska utfyllningsbegreppet skulle inordnas under, uttalar han (Kötz, a st): "Whether such constructive interpretation is really 'interpretation' at all, or whether the judge is not simply fixing on a rule which provides a just and appropriate solution to the dispute is a point on which views may differ. Usually it is impossible as well as unnecessary to draw a clear distinction." Jfr Van Hoecke, Deep Level Comparative Law s 174 ff. Man kan undra hur den reella, gemensamma, substans, som efter vad Kötz synbarligen förutsätter måste dölja sig under de olika rättsordningarna, är beskaffad, och hur man underrättar sig om den saken. Jfr Teubner, Legal Irritants s 12 f, som ifrågasätter antagandet, enligt Teubner populärt i nutida komparativ rättsvetenskap, att de strukturella problemen i europeiska rättsordningar funktionellt sett är de samma – *the assumption of functional equivalence*; se också Legrand, Paradoxically, Derrida: For a Comparative Legal Studies, som utgör ett generalangrepp på den komparativrättsliga disciplin som byggts upp kring Hein Kötz person och verk. Under alla omständigheter kan ifrågasättas om det är meningsfullt att ur Kötz sammanställningar söka läsa ut ett svar på *den* fråga om tolkning och utfyllning som den svenska avtalsrättsliga debatten väcker.

[1277] Därvid är det individuella överordnat det konventionella – på det sätt som framgår av t ex följande konstaterande av HD i NJA 1987 s 553: "Det har inte från någondera sidan åberopats någon omständighet som rör de förhandlingar som fördes mellan parterna eller deras uppfattning när avtalet ingicks. Utgångspunkt för bedömningen är således enbart avtalets lydelse i objektiv mening."



Detta är ett utsnitt ur avtalsrättens mest elementära ontologi. Avtalsbegreppet, så som det bestäms av de avtalsrättsliga texterna, har obestridligen bland annat denna *substans*.

Att på detta sätt tala om "ontologi" och "substans" är naturligtvis ägnat att provocera det oreflekterat funktionalistiska tänkandet.[1278] Låt vara, kan funktionalisten invända, att det juridiska språket har en substantiell prägel. Det kan hända att vi fortfarande talar om de rättsliga fenomenen *som om* de "fanns", det vill säga som om de hade substans, men det är i så fall bara därför att det är ändamålsenligt.[1279] När vi till exempel i den moderna avtalsrätten lämnar utrymme för avtalsfriheten så gör vi det inte därför att vi tror att avtalet har sin grund i viljan, eller någonting sådant, utan därför att det är rationellt, i ett samhälleligt perspektiv. Åtminstone i rättsvetenskapen måste den självklara utgångspunkten vara, att vi inte är bundna av den i språket nedlagda rättsideologin. Vi har att betrakta våra begrepp rättsfunktionellt, det vill säga utan att fästa avseende vid den historiskt betingade språkliga utformning som de råkar ha fått. För tanken kan väl inte vara, att vi skall bete oss som barn, som tror på den saga de får berättad för sig. Det är vetenskapligt sett oförsvarligt – eller det är vad funktionalisten tror.

Nu, ett sekel efter den modernistiska filosofins genombrott, är det väl emellertid snarare tvärtom. Visserligen har många svenska jurister, som Nils Jareborg anmärker, "fått lära sig att den anti-metafysiska inställning,

[1278] Jfr t ex Tuori, Critical Legal Positivism s 124, som försvarar "the view that the legal order, that is, the law as a symbolic normative phenomenon, constitutes a specific ontological sub-field."

[1279] Exakt detta är innehållet i Undéns ursprungliga funktionalism; se ovan avsnitt 7.2.2.

som den logiska positivismen delar med uppsalaskolans filosofi, har en solid grundval",[1280] och det innebär rimligen i sig att denna uppfattning har en grund i traditionen ... men någon annan grund har den väl inte.[1281]

Låt oss vara vetenskapliga.[1282] Vad är ett begrepp? Det är naturligtvis ingen enkel fråga. Under idéhistoriens gång har författare med vetenskapliga, filosofiska eller på andra sätt teoretiska pretentioner, ofta yttrat sig om "begreppen", och det har kanske inte alltid stått klart vad som närmare bestämt utmärker ett "begrepp". Begreppsbegreppet blev viktigt till exempel under revolten mot idealismen. Hägerströms argumentation var logiskt-begreppslig. Freges filosofi syftade till att i vetenskapens namn sätta en begreppsskrift (Begriffsschrift) i det naturliga språkets ställe. Och den analytiska filosofin såg "the logical analysis of concepts" som sin huvuduppgift. Grundidén bakom dessa rörelser var att språket i vetenskapens namn genom begreppsanalys skulle renas från sina logiska ofullkomligheter. Och vi har under studierna av rättighetsdebattens historia kunnat se vad detta innebar i konkreta termer. Grunden för denna specifika form av scientistisk analys har dock för länge sedan ryckts undan. Man har kommit att betrakta föreställningen, att det är vetenskapens uppgift att logiskt överpröva språket, som suspekt. För med vilken rätt skiljer man egentligen begreppet från det levande språket? Med en formulering hos den amerikanske filosofen Hilary Putnam:

[1280] Jareborg, Begrepp och brottsbeskrivning s 37; jfr Kinander, The view from within s 104.

[1281] Och nu säger jag inte att den vetenskapliga rationaliteten skulle kunna vara grundad på något annat sätt, utan snarare att den ifrågavarande traditionen är så snäv, så udda och så ålderstigen, att det är svårt att i ett bredare perspektiv ta den på fullt allvar. Jfr Jørgensen, Erkendelse, tolkning og beskrivelse s 268: "Ligesom videnskaben til enhver tid er knyttet til sine egne erfaringer, forudsætninger og begrænsningen i sin indsigt, er retsvidenskaben til enhver tid begrænset, og knyttet til sin tids almene videnskab, dens retning og dens metoder, og dermed også til dens terminologi. Videnskabens rigtighed bestemmes derfor til enhver tid af videnskabens bedste indsigt og udøvernes konsensus. Således er retsvidenskaben også 'pragmatisk', *idet sandhedskriterierne afhænger af udøvernes erfarings- og forståelseshorisont* [min kurs]." För att ställa saken på sin spets – Feyerabend, Against Method s 225: "[R]ationality is not an arbiter of traditions, it is itself a tradition or an aspect of a tradition." Kangas, Den alternativa jurisprudensens alternativ s 108, uttrycker saken så, att rationaliteten "lever".

[1282] Den som kritiserar "scientismen" avsäger sig inte därigenom sina egna anspråk på vetenskaplighet. Tvärtom. För argumentet är väl att scientismen är ovetenskaplig (en överdrift, en form av vantro). Mer eller mindre allt som sägs i en vetenskaplig framställning sägs med anspråk på att vara sant och att ha vetenskaplig sanktion.

> [I]f lofty statements about the *concept* are ever to have any chance of being true, they ought to be based, one would think, on a careful study of how people do in fact use the *word*.[1283]

Och ser vi till språkbruket i avtalsrätten kan vi konstatera att avtalsbegreppet uppenbarligen inte är ett kopplingsbegrepp. Relationen mellan avtal och tolkning är, till exempel, inte åtkomlig för en funktionalistisk analys – man måste *se efter* om man är intresserad. Det avtalsrättsliga språket kan inte brytas ned i funktionella samband mellan rättsfakta och rättsföljder utan att innehållet går förlorat. De avtalsrättsliga fenomenen kan, annorlunda uttryckt, inte *förstås* rättsfunktionellt. Och detta beror ju på att den funktionalistiska rättsåskådningen inte syftar till att uppnå förståelse. Man ville inte förstå den traditionella juridiken, utan slå sig fri från den. Rättsfunktionalismen var en explicit reformistisk rörelse. Rättighetsdebattens deltagare var alla, som vi sett, övertygade om att den gamla juridiken var fullkomligt belamrad med metafysisk bråte – och att själva möjligheten att bedriva en vetenskaplig juridik hängde på, att vi kunde finna ett sätt att rensa ut denna.[1284]

Bland de föreställningar som bar upp denna ideologi märks den enkla meningsteori som avkräver orden "semantisk referens" för att tillerkänna dem mening. Kan vi inte finna några avtal, några juridiska personer eller någon äganderätt i "den empiriska erfarenheten" så är de korresponderande orden att betrakta som meningslösa och borde avskaffas alternativt omtolkas till "funktionsbegrepp". Bibehåller vi inte blott termerna utan även språkbruket – och påstår till exempel att ett avtal i ett enskilt fall föreligger därför att en korrekt tolkning ger att en gemensam partsavsikt får anses föreligga – så är det per definition begreppsjurisprudens, ovetenskapligt, ett uttryck för naturrättsliga föreställningar.

[1283] Putnam, Language and Philosophy s 14. Jfr Arnholm, Omkring retshandelsteorien s 391: "Det er ikke bra hvis definisjonen går i øst og ordbruken i vest."

[1284] Och det antas, som sagt, allmänt att vi lyckats med detta. Enligt Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 333, innebar 1900-talet "att mycken metafysisk bråte kunde mönstras ut" ur rättsvetenskapen. Jfr H Andersson, Pragmatism och formalism s 82: "Även om vi också lärt oss att sätta ord som 'rättvisa' inom citationstecken förhåller vi oss ständigt till spörsmål om materiellt rimliga och skäliga lösningar, samtidigt som vi vill undfly löslighet och rent subjektivt tyckande – dvs vi tillber, återigen inom citationstecken, vad man i brist på bättre uttryck måste kalla 'rättssäkerhet'."

Problemet med denna analys är bara, att det inte finns någon som helst anledning att anta, att den som talar om avtal och partsvilja, som om sådana fenomen verkligen fanns, gör sig skyldig till ett misstag.[1285] Alla som överhuvudtaget talar om någonting, talar i denna mening "som om" de ifrågavarande objekten fanns[1286] – och det visar, att detta "som om" är överflödigt. Idén att till exempel de juridiska begreppen i betydande utsträckning är *fiktioner* – rent systematiska konstruktioner eller framställningstekniska hjälpmedel – förutsätter för sin meningsfullhet att det finns en *realitet* att kontrastera det fiktiva mot, och denna realitet är hos Undén och hos Ross – hos alla de vetenskapare som hoppades undkomma idealismen – drömmen om den empiriskt konstaterbara verkligheten, som all riktig vetenskap måste förhålla sig till. Det är en dröm som har gått i kras. Det logiskt-positivistiska vetenskapsidealets "verklighet" har i sin tur blivit en fiktion.[1287] Det är farligt att jaga fiktioner, som Jhering påminner oss:

[1285] Broekman, Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State s 98: "One must bear in mind that the freedom of [the legal subject] cannot be described as an illusion, as some Marxist authors would have it; but as a specific speech act within the legal discourse. It is consequently a speech act, which does not function at the level of everday-life speech acts. The freedom of the legal subject is only a freedom in as far as this concept of freedom can be interpreted dogmatically. Hence it has the real content of legal subjectivity as its counterpart [...]".

[1286] Jfr Derrida, Den andres enspråkighet s 99 f, som anmärker, att det i varje utsaga, skriven eller talad, ligger ett *löfte*, med innebörden, att det som uttrycks är meningsfullt trots att det ännu inte hör till ett färdigbildat språk, och trots att det aldrig kommer att kunna inordnas i ett sådant. Visst, idiomen ligger redan färdiga, men i användningen är de unika. Den talande lovar *ett* språk åt den lyssnande och skriftställaren *ett* språk åt läsaren.

[1287] I en sentida kommentar till den empiristiske realisten Felix Cohens år 1935 publicerade angrepp på det "ovetenskapliga" juridiska språket – Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach – skriver Waldron, "Transcendental Nonsense" and System in the Law s 53: "[T]hings have changed philosophically since 1935. The logical positivism with which Cohen buttressed his critique looks rather passe almost sixty-five years later. In philosophy, we have become quite accepting of theoretical language, quite tolerant of terms that cannot immediately be reduced to empirical observation, and quite understanding of the role that argument around such terms may play in a scientific system. That does not mean, of course, that similar terms necessarily play a similar role in something called 'legal science.' But they may; and if they do, it is certainly worth understanding [...] what the point of these conceptual arguments might be, and what contribution they make to law's ability to flourish in an environment of complexity, diversity, and disagreement." Jfr t ex Gadamer, Förnuftet i vetenskapens tidsålder s 95 ff; Lyotard, The Postmodern Condition s 40 f och 60 ff; Rorty, Philosophy and the Mirror of Nature s 165 ff.

Der Kobold der Fiktion rächt sich oft bitterlich an denen, die ihn verfolgen![1288]

Det är inte ens längre möjligt att dela den modernistiska övertygelse som behärskade det unga nittonhundratalets intellektuella liv. Det är bara det inlärda beteendet som på sina håll dröjer sig kvar. Hägerströms realitetsbegrepp, de logiska positivisternas vetenskapssyn och så vidare, kan vi nu inte betrakta som annat än avslutade kapitel i *metafysikens* historia. Det finns ingen identifierbar och enhetlig realitet som man kan kräva att de akademiska disciplinerna skall vara inriktade mot. Distinktionen mellan realitet och fiktion har visat sig omöjlig att upprätthålla. Följaktligen är de juridiska begreppen begrepp som alla andra.[1289]

Nu gäller:

1) Det har aldrig funnits någon naturrätt.
2) Det går inte att fly från metafysiken.

Det har aldrig funnits någon naturrätt *därför att* det inte går att fly från metafysiken. "Naturrätten" skall ju vara den premoderna, ovetenskapliga juridiken – det vill säga den juridik som bygger på metafysik.[1290] Men

[1288] Jhering, Geist des römischen Rechts III.1 s 310. Fritt översatt: "Fiktionstrollet hämnas ofta gruvligt på den som förföljer det!" Lundstedts "samhällsnytta" påstods t ex snart nog i sig vara en fiktion. Se t ex Ross, Realismen i retsvidenskaben og samfundsnyttekimæren, särskilt s 348 f och härtill dens, Om ret og retfærdighed s 381 ff; Naundrup Olesen, Samfundsloddet s 17 ff. Det är en svaghet med all "realistisk" kritik av rättsliga figurer att den söker ställa sig utanför det språk som kritiseras – och det är endast emedan försöket måste misslyckas som kritiken kan åstadkomma någonting; jfr Fuller, Legal Fictions s 17, skriver: "Eliminating the 'fiction' from law often means only substituting dead metaphors for live ones."

[1289] Se härtill Patterson, Normativity and Objectivity in Law, särskilt slutsatsen s 363. Patterson behandlar ett annat (men parallellt) problem – nämligen konflikten mellan "objectivism" och "subjectivism" i den analytiskt influerade amerikanska rättsteorin – men hans utgångspunkt är densamma som min (Wittgensteins sena tänkande), jag kan sympatisera med mycket i hans analys och slutsatsen är väsentligen densamma som den jag här vill komma till.

[1290] Den historiska naturrätten, i sina olika upplagor, är naturligtvis ett reellt historiskt fenomen, men det är *inte* den naturrätt som det tidiga nittonhundratalets scientistiska jurister tog avstånd från. Uppenbarligen inte. "Naturrätt" för Lundstedt med flera var helt enkelt antitesen till deras eget, numera obsoleta, rättsvetenskapliga ideal och således en ideologiskt betingad projektion som näppeligen gjorde det historiska materialet rättvisa. Man var ju heller inte intresserad av historien som sådan – "naturrätten" fann man

om distinktionen mellan vetenskap och metafysik är ohållbar – och det är den – så kan vi inte heller skilja "naturrätten" från "den moderna juridiken".[1291]

I avtalsrätten talar vi om avtal, förutsättningar, partsvilja och så vidare – och ger på så sätt liv åt dessa fenomen. Det är metafysik, om man vill.[1292] Men om det är metafysik, så är talet om "färglösa mellanbegrepp", "funktioner", "dogmatiska överbyggnader", "rättslivets realiteter" (sic!) och "begreppsjurisprudens" exakt lika metafysiskt. Även genom rättsfunktionalistens terminologi grundläggs naturligtvis en ontologisk ordning, och denna har som sådan ingen prioritet framför den motsvarande ontologi som de traditionella juridiska begreppen är förbundna med och hör hemma i. Rättsfunktionalisten kan inte visa, att de objekt som han eller hon föredrar att tala om, är mer verkliga än den "traditionella" juridikens objekt.[1293] Han eller hon ser inte verkligheten klarare än traditionalisten – trots att den funktionalistiska terminologin innehåller särskilt många ord som tycks vilja antyda att funktionalismen har ett övertag i detta hänseende (det talas mycket om saklighet, fakta och realiteter). Är man funktionalist så är man det av precis samma skäl som den som är "traditionalist" är traditionalist (om det nu finns några sådana): därför att man har fått lära sig att vara det, därför att man tar

---

även i samtiden (Lundstedt fann den, som vi kommer ihåg, hos Undén). Men man upprätthöll en retorisk koppling mellan det historiska fenomenet och det vetenskapsteoretiska anti-idealet. Jfr t ex Ross, Om ret og retfærdighed s 340 ff: "[M]åske et blik på naturrettens historie bedre end megen erkendelseskritisk argumentation er i stand til at åbne øjnene for den metafysiske spekulations vilkårlighed og gabende tomhed." Men för Pufendorf, Om de mänskliga och medborgerliga pikterna enligt naturrätten s 40, var det "uppenbart att naturrätten som vetenskap inte har någon sämre ställning än vanlig rättsvetenskap, medicin, naturvetenskap eller matematik."

[1291] Jfr Zahle, Den fortryllede ret s 44: "Der er min hypotese, at der i den religiøsitet, som er nært forbundet med rettens udvikling, ligger elementer, som ikke kan undværes. Man kan måske tale om en genfortryllelse eller i hvert fald om en problematisering af affortryllelsen. At hævde at de ikke kan undværes, skal forstås på den måde, at de *alltid har været til stede* [min kurs], og at de er blevet tillagt konstitutiv betydning."

[1292] Ordet "metafysik" har i modern tid haft sin primära funktion som stämpel, att användas för att märka upp och döma ut ovetenskapligheter. Arnholm, Fra diskusjonen om rettighetsbegreppet s 137, fångar träffsäkert innebörden: "Ordet metafysisk har for mange en ubehagelig biklang – slike ting behøver man ikke å befatte seg med, og man bør ikke befatte seg med dem om man vil være et moderne og opplyst menneske."

[1293] I denna riktning Hellner, Scandinavian Legal Realism in the Law of Contract s 61.

efter vissa auktoriteter, därför att man har insocialiserats i en viss kultur.[1294]

Men om så är fallet, varför skulle man då vara avogt inställd till rättsfunktionalismen, så som författaren till denna text tycks vara?[1295]

Tja, *egentligen* har jag väl ingenting emot funktionalismen. Den är en väsentlig del av vår tradition, vilket på sitt sätt gör det absurt att vara emot den. Det är som att vara emot sig själv. Men det hindrar inte att funktionalismen problematiseras (självrannsakan). Emedan funktionalismen är så stark, så utmärkande för vårt språk, kan man förvänta sig att åtskilliga av våra svårigheter på något sätt är förbundna med den. Tänk till exempel på den lilla personlighetskris som har sitt upphov i det förhållandet att vi alltjämt använder ordet "rätts*dogmatik*" som tecken för vår verksamhet. Det är en vana som *måste* irritera en konsekvent funktionalist.

Ett övergripande problem med den moderna svenska förmögenhetsrättens funktionalism är, vill jag göra gällande, att de objekt som den specifikt funktionalistiska terminologin begåvat den rättsliga verkligheten med ("kopplingsbegrepp" och så vidare) *på sätt och vis* inte har med saken att göra. De har inte med den juridiska saken (die Sache Recht) att göra i den meningen att de *obstruerar läsningen.*[1296] De hindrar oss från att ta de rättsliga texterna på allvar. I så måtto gör den funktionalistiska hållningen oss till dåliga jurister. Den garanterar att vår tradition förblir självtillräcklig och ateoretisk (rentav antiintellektuell) – och den håller oss låsta vid i den allmänvetenskapliga debatten sedan länge övervunna teoretiska föreställningar.[1297]

[1294] Jfr Broekman, Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State s 77: "[T]he generalization and socialization of legal concepts is always accompanied by a legalistic residue. The latter cannot be eliminated by whatever functionalist theory of law."

[1295] Och innebär det inte blott en upprepning av det mönster som här kritiseras att avfärda "rättsfunktionalismen" som varandes grundad i fiktioner? *Det* skulle förvisso vara ett misstag.

[1296] Jfr Hruschka, Das Verstehen von Rechtstexten s 56 ff. Se också Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 24: "In einer Sprache wird immer über etwas gesprochen; Verständigung durch das Medium der Sprache ist Verständigung über eine Sache, die ‚zur Sprache gebracht' wird. Die Sache, von der in der normativen Sprache der Jurisprudenz gesprochen wird, ist ‚die Sache Recht'."

[1297] Jfr Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap s 407: "[N]ågra stora metodiska eller teoretiska framsteg har knappast ägt rum i nordisk rättsvetenskap under senare decennier [...]" Detta uttalande är kanhända både närsynt och svepande (se ovan vid och i n 343) och man kan finna talet om "framsteg" suspekt (som om

Idén att orden måste svara mot "realiteter" för att vara meningsfulla är ett belysande, och i förevarande sammanhang centralt, exempel. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan uppenbarligen inte göras begriplig med denna idé framför ögonen. Det handlar inte om referens och det handlar inte om funktion. "Tolkning" och "utfyllning" är vare sig saker eller tomma mellanbegrepp. Det finns inget sätt att förstå diskursen om man utgår från att detta är alternativen. Överhuvudtaget behöver vi ingen *bild* av språket för att förstå. Vi förstår det alltid redan – och intresserar vi oss för något visst meningssammanhang är allt som krävs, att vi uppmärksamt vänder oss mot det. I juridiken bestäms meningsvillkoren i stor utsträckning av texterna och det är till texterna vi vänder oss. Juridik handlar, fortfarande, väsentligen om texttolkning.[1298]

Texterna säger oss till exempel – och på denna elementära punkt lämnar de i princip inget utrymme för tvekan – att avtalet är en överenskommelse, och att vi för att kunna avgöra om ett avtal ingåtts, i utgångsläget har att ta reda på om parterna enats, det vill säga om det föreligger en gemensam partsavsikt. Finns det en gemensam partsvilja så finns det

---

rättsvetenskapen kunde underkastas en evolutionär princip), men det är riktigt, att rättsvetenskapen (åtminstone den svenska civilrättsvetenskapen) under nittonhundratalets slut och framåt har kännetecknats av en brist på rörlighet. Jfr H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 180, som menar att en möjlig "orsak till den ringa förekomsten av stora principiella undersökningar står att finna i Uppsalaskolans kritik mot de juridiska grundbegreppen." Jfr Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 17: "Jeg ser [...] på dagens rettskildelære som i stor grad et produkt av en tradisjon som var nyskapende, men som ikke er det lenger."

[1298] Jfr Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten s 297: "Strikt talat är tolkning inget perifert moment av juridiken och rättsvetenskapen. Tolkning är i stället centralt och utmärkande för juridiken." Märk att det är möjligt att nå den rakt motsatta slutsatsen även om man i likhet med författaren till denna avhandling utgår från Wittgensteins senare skrifter (särskilt "Filosofiska undersökningar"). Tex har den Wittgensteininfluerade rättsteoretikern Dennis Patterson förebrått Thomas Morawetz, en annan Wittgensteininfluerad rättsteoretiker, för att ha velat återföra juridiken på tolkningsbegreppet. Patterson, Wittgenstein on Understanding and Interpretation s 138: "There are many people who think that all human practices are best understood as interpretive. Wittgenstein rejected this view and made a convincing case for the proposition that all human practices are grounded in understanding exhibited in action." Min egen ståndpunkt i denna exegetiska fråga är – den uppmärksamma läsaren kommer inte att finna detta överraskande – att det vore fullständigt främmande för Wittgenstein (såväl som för varje annan teoretiker som bedriver deskriptiv kritik efter Kant) att ha en uppfattning i frågan huruvida "all mänsklig verksamhet" är "grundad" i "tolkning" eller i "förståelse som kommer till uttryck i handling"; se vidare nästa avsnitt i detta kapitel. Men ... ändock

också ett avtal – utifrån denna grundsats breder avtalsrätten ut sig i hela sin komplexitet.

"Men ... det där är ju begreppsjurisprudens! Du sluter dig till avtalet från viljan. Du kan inte gärna mena att vi skall återvända till begreppsjurisprudensen!"

För det första: *Jag* "sluter" mig inte till någonting. Relationen mellan avtalet och viljan följer av *varje* rimlig tolkning av de avtalsrättsliga texterna och den avtalsrättsliga traditionen. Man kan bara se saken annorlunda genom att göra sig blind för texten. För det andra: Nej, mitt budskap är inte att vi skall återvända till begreppsjurisprudensen. Mitt budskap är, att det *aldrig har funnits* någon begreppsjurisprudens. "Begreppsjurisprudens" är vad man ser i juridiken – det sätt på vilket juristerna hanterar sina texter – om man på densamma projicerar den rättsfunktionalistiska matrisen. Det var en gång oundvikligt att tolka juridiken så, och det innebar en sorts befrielse – men nu kan man bara på allvar tro, att det är *ovetenskapligt* att resonera utifrån rättstexterna, och att således ta den rättsspecifika ontologin på allvar, om man låtit sin rättsuppfattning bestämmas av auktoriteter och stelnad ideologi. Distinktionen mellan rätt och verklighet har i sig kommit att bli helt och hållet mytisk – en traderad dogm.

"Verkligheten", "realiteterna", "det praktiska rättslivet" – i den juridiska diskursen får dessa uttryck inte sina innebörder genom att referera till någon utomjuridisk erfarenhetssfär. Som tecken signalerar de först och främst tillhörighet och gott omdöme. Den realistiska retoriken hör som sådan till rättsideologin.[1299] Juridiken skapar sin egen verklighet, trots att vi vill förneka det – så som våra nedärvda teorier kräver.

---

vill jag göra gällande att juridik väsentligen handlar om texttolkning? Nå, detta att "göra någonting gällande" är inte *en* sak. Jag bygger inte någon rättsteori, utan försöker att genom påminnelser lösa upp en begreppslig knut. I denna text är påståenden av typen "Juridik handlar väsentligen om texttolkning" att betrakta som vägvisare. De skall rikta uppmärksamheten mot juridikens praktik. De pekar ut en riktning för tanken. Vill man inte gå åt det hållet kanske man finner någon annan användning för budskapet, men det gör man förhoppningsvis inte utan att göra våld på texten. D v s, om en samvetsgrann läsare finner en rättsteori i denna text, så är texten på sätt och vis misslyckad.

[1299] Se på detta tema t ex Broekman, Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State; Kinander, Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? s 236.

Detta förnekande är den oundvikliga följden av till exempel Ross scientistiska analys av de rättsdogmatiska argumentationsformerna. I doktrinen härleds slutsatser om rättssubjektens plikter och rättigheter från rättssatserna själva – de påståenden om rättsläget som står inskrivna i källtexterna. Ross kommenterar:

> Dette er åbenbart meningsløst. En påstand må referere sig til et sagforhold udenfor sig selv, og dens sandhed må være uafhængig af, om påstanden fremføres i en sætning [i till exempel lagtexten] eller ej. Det andet ville jo være den rene magi: ord, der skaber deres genstand og dermed deres egen sandhed.[1300]

Emellertid: Skall gränsen mellan det vetenskapliga och det magiska dras på detta sätt får vi nog, med Henrik Zahle, konstatera att rätten *är* magisk.[1301] Och vår uppgift borde vara att finna ett sätt att förlika oss med detta förhållande.[1302]

[1300] Ross, Om ret og retfærdighed s 16. Motsvarande tanke figurerar, som vi har sett, också hos Ekelöf – se ovan avsnitt 5.7.2. Se även t ex Schmidt, En culparegel ved avtalstolkning s 421. Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 102, anger tonen: "Att en upplysning angående en verklighet skulle kunna ha någon som helst betydelse för tillkomsten av samma verklighet, är absurt. En astronom, som lämnade upplysning om planeternas ställning vid en viss tidpunkt och därefter förklarade, att de komma att intaga denna ställning på grund av upplysningen, skulle omedelbart framträda som sinnesrubbad." Vi är inte astronomer. Och även om vi så vore: Vad i astrofysiken är teori och vad verklighet? Feyerabend, Against Method s 149: "A distinction which once may have had a point but which has now definitely lost it is the distinction between *observational* terms and *theoretical* terms. It is now generally admitted that this distinction is not as sharp as it was thought to be only a few decades ago." Se härtill Schultz, Kausalitet s 91 f.

[1301] Se Zahle, Den fortryllede ret; dens, Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth. Huruvida det vetenskapsteoretiskt sett alls – dvs utan hänsyn tagen till skiljelinjen mellan natur- och humanvetenskap – finns anledning att upprätthålla distinktionen mellan teori och objekt har under nittonhundratalet även det satts ifråga. Se t ex Feyerabends i föregående not återgivna uttalande samt dens, a a s 11; Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s 111 ff; Quine, Word and Object s 76; Rorty, Texts and lumps s 78 ff. Som Rorty, The pragmatist's progress s 99, uttrycker det: "[T]he rocks and the quarks are just more grist for the hermeneutic process of making objects by talking about them." *Häremot*, i sentida svensk rättsteori: Peczenik, Legal Doctrine and Legal Theory s 185, och *för*: Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 6 f.

[1302] Zahle, Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth s 815: "It is up to us to face the magic which blinded Ross, to understand and to handle it." Jfr Peczenik, Legal Doctrine and Legal Theory s 196, som gör poängen att en anpassning av juridiken efter den filosofi som var på modet på 50-talet fullständigt skulle förgöra disciplinen.

8.5 Det sätt på vilket rätten är som schack

8.5.1 Inledning

Texten tycks ha beskrivit en cirkel: Från utgångspunkten i Lundstedts avståndstagande från den på magi och vantro byggande rättsideologin, över tämjandet av Uppsalaskolans bångstyriga scientism och den gradvisa dogmatiseringen av det funktionalistiska budskapet, till slutsatsen att rätten trots allt förblivit magisk.[1303] Det har blivit tid att knyta ihop trådarna. Vid denna punkt i framställningen kan vi definitivt lämna "rättighetsdebatten", och låta den sjunka tillbaka ned i förmögenhetsrättens undermedvetna. Nu måste vi fråga oss: På vilket sätt har vi egentligen kommit vidare i vårt tänkande över förhållandet mellan tolkning och utfyllning i den allmänna avtalsrätten genom handhavandet av just detta historiska objekt? Och hur skall vi härifrån ta oss fram i den utpekade riktningen?

Låt mig rama in resonemanget kring rättighetsdebatten genom att återanknyta till spelanalogin, och särskilt till *schackspelsmetaforen.*[1304]

8.5.2 Återblick

Efter att ha nått konklusionen (i kapitel 5), att påståendet att det är skillnad på tolkning och utfyllning är *mytiskt* till sin karaktär, gjorde jag gällande (i kapitel 6), att det ändock är möjligt att komma detta påstående inpå livet, nämligen genom att betrakta yttrandet, avgivandet, bekräftandet av detsamma *som ett drag i ett spel.* Med ett sådant betraktelsesätt kommer uppmärksamheten att riktas mot de konkreta sammanhang i vilka påståendet ifråga förekommer, och man kommer att fråga efter vad det i dessa sammanhang åstadkommer. Vi måste alltså inte, menade jag, resignera inför det faktum att distinktionen mellan tolkning och utfyllning i viss mening saknar grund.

Med hjälp av spelanalogin kan vi komma ifrån tanken, att påståenden måste vara verifierbara, eller åtminstone på något sätt motsvaras av reali-

[1303] Men cirkelrörelsen är skenbar. Jag gör ju inte gällande att rätten är magisk i bemärkelsen ovetenskaplig, utan att den skarpa åtskillnaden mellan magi och vetenskap är ohållbar. Rätten är väl mer eller mindre som den alltid har varit. Den här beskrivna rörelsen – från Lundstedt och framåt – sker huvudsakligen på det vetenskapsideologiska planet.

[1304] Rubriken till detta avsnitt (8.5) är en parafras på titeln på Andrei Marmors uppsats "How Law is Like Chess".

teter, för att vara begripliga. I vägen för denna användning av analogin mellan språk och spel stod emellertid en i svensk förmögenhetsrättskultur sedan länge internaliserad och hårt cementerad uppfattning om de rättsliga begreppen och deras relation till verkligheten. Här förelåg, befarade jag, inte bara ett hinder för förståelsen, utan en konkret förväxlingsrisk – för även vår invanda begreppslära låter sig formuleras och beskrivas med hjälp av spelanalogin. Ja, den har också beskrivits så. "Rättsfunktionalismen" kan sägas vara ett uttryck för tanken att rättssystemet kan betraktas som en uppsättning spelregler. Annorlunda formulerat: Rättsfunktionalismen förutsätter, att rätten i viss mening är som schack. Hävdar jag då, att genomförandet av distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan liknas vid ett drag i ett spel, kommer det inte att få någon att höja på ögonbrynen. Vad jag menar, är emellertid någonting annat än – rena motsatsen till – det som brukar avses när spelanalogin åberopas. Om rätten är som schack, så är den det avgjort inte på det sätt som Undén, Strahl och Ross hade för ögonen.

Här fann jag det påkallat att stanna upp – för att göra försöket att verkligen få syn på de förutsättningar och föreställningar som vi i den förmögenhetsrättsliga diskursen tyst utgår från när det gäller de rättsliga begreppens funktion och konstitution. Och den strategi jag valde var återerinringens. Så kom uppmärksamheten att riktas mot *rättighetsdebattens* historia (kapitel 7). Genom att gräva mig ner i det historiska materialet, genom att försöka få fatt på detaljerna, och åskådliggöra de tvära kasten såväl som de gradvisa förskjutningarna, hoppades jag kunna upparbeta och förmedla en konkret känsla för den anda i vilken rättsfunktionalismen tog form. Denna anda var, verkade undersökningarna visa, hängivet antimetafysisk, scientistisk, optimistisk och visionär. Och lyckades jag med erforderlig tydlighet manifestera densamma i texten, borde det ha skapat en kontrastverkan – ty trots att vi i den moderna förmögenhetsrätten med viss stolthet spårar vår rättsuppfattning tillbaka till rättighetsdebatten, och till hela den händelseutveckling som skiljer vår juridik från artonhundratalets begreppsjurisprudens, så är vårt perspektiv i flera hänseenden *det omvända*: Vi blickar bakåt, vi är nostalgiska, vår teoribildning har avstannat och vi svarar inte på förändringar i den allmänna vetenskapliga debatten. Vår funktionalism är koagulerad. Den är som femtiotalets, men utan liv.

Genom att studera detta förlopp kunde jag, det var tanken, hålla upp den *bild* av de rättsliga begreppen och deras relation till verkligheten,

som vi gjort oss, till beskådande. Och jag tog mig för att konfrontera denna bild med det avtalsrättsliga språket, så som vi finner det i de avtalsrättsliga källtexterna (den deskriptiva kritikens karakteristiska metod).

Istället för att utgå från ett *postulat* – såsom till exempel "Det juridiska språket är ett spel" – och sedan brodera ut detta till en fullödig *teori* (om förhållandet mellan "verklighet" och "språk" i juridiken?), för att slutligen *tillämpa* teorin på den specifika problematik som distinktionen mellan tolkning och utfyllning är förknippad med, har jag resonerat destruktivt, eller terapeutiskt. Avhandlingens problem gäller förvisso förhållandet mellan verklighet och språk i juridiken, men inte på ett omedelbart, oförmedlat sätt – inte så, att man skulle kunna komma någonvart med problemet genom att på det applicera en teori hämtad utifrån (från andra sidan diskursens gränser). Problemet gäller förhållandet mellan verklighet och språk endast emedan, och blott i den utsträckning som, detta förhållande gestaltas i distinktionen mellan tolkning och utfyllning. En sådan gestaltning har vi på två plan. Först skiljer sig distinktionen som språkligt uttryck betraktad från sin korresponderande realitet, från det som den gör anspråk på att angå – det vill säga fastställandet av rättshandlingars rättsverkningar. I denna realitet kan vi sedan igen skilja verkligheten från språket, närmare bestämt det faktiska underlaget för tolkningen från de generellt giltiga rättsliga normer och överväganden som kommer till användning i utfyllningen.[1305] Tolkningen sker ju strax utanför det juridiska språkets sfär – den kan till exempel inte brytas ned i regler.[1306]

Undersökningarna i det föregående har bedrivits i jakt på förståelse för denna struktur. Vad jag har försökt visa är, att vårt specifika sätt att förhålla oss till distinktionen mellan tolkning och utfyllning – vår ambivalens, det som gör denna begreppsliga konstruktion problematisk – villkoras av vår historiskt bestämda attityd till de rättsliga begreppen ("rättsfunktionalismen"). Vi vill på ett visst sätt se rätten som ett schackspel. Just genom att ingående beskriva förutsättningarna för denna inställ-

[1305] Jfr denna formulering hos Ussing: "Udfyldningen sker [...] for Størstedelen *med almindelige Regler,* der ikke kan findes vid en Betragtning af det enkelte Tilfælde, men kun ved *retlige* Overvejelser."; se ovan avsnitt 5.1. Jfr t ex Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 537 n 39: "De rättsliga normerna ses vanligen som skilda från verkligheten."

[1306] Jfr ovan avsnitt 5.2.

nings uppkomst har jag emellertid givit uttryck för det *andra* sätt att förstå spelanalogin på, som jag för egen del föredrar. Vi har betraktat den rättsfunktionalistiska åtskillnaden mellan språk (rätt) och verklighet som ett drag i ett spel, motiverat av bestämda historiska orsaker och tänkt att fylla vissa syften. Det var genom detta drag som den "moderna förmögenhetsrätten" gjordes möjlig, och genom att upprepa det, som en ramsa för oss själva, slöt vi såren efter uppgörelsen med den på idealistisk grund stående, och i romanistisk tradition nedsänkta, äldre juridiken. Beskrivningen av rättighetsdebatten har således: 1) vänt uppmärksamheten tillbaka mot (de historiska) grunderna för vårt för-givet-tagna perspektiv; och 2) därigenom tjänat som illustration av det i denna avhandling anlagda, alternativa, perspektivet. Nu kan resonemanget sammanfattas i en uttrycklig konfrontation mellan perspektiven.

Alltså: På vilket sätt är rätten att betrakta som ett schackspel?

8.5.3 Schackspelsanalogin kan liknas vid ett drag i ett spel

I mitt sätt att göra bruk av spelanalogin tar jag efter den senare Wittgenstein.

"Filosofiska undersökningar" innehåller åtskilliga referenser till spel, varav några specifikt gäller schackspelet. De bidrar alla, på ett eller annat sätt, till utformningen av Wittgensteins berömda språkspelsargument – och de kan inte brytas ut ur den kontexten utan att den underliggande tanken går förlorad. Av detta förhållande följer inte, att det är omöjligt att på ett seriöst sätt anspela på den specifikt Wittgensteinska spelanalogin, men det kan tas som en läsanvisning. Istället för att fråga efter det som Wittgenstein har att säga om till exempel schack, bör man fråga efter *anledningen till* att han talar om schack.[1307] Man bör fråga efter den

[1307] Fråga efter syftet. Det är naturligtvis en generellt giltig hermeneutisk princip, men man skulle kunna säga att det är särskilt viktigt att inte ignorera den när man läser Wittgenstein – t ex av det skälet att hans texter är medvetet opedagogiska. Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 89, skriver: "Vad också läsaren kan, överlåt åt läsaren." Jfr Diamond, The Realistic Spirit s 243: "When competent and careful readers of a philosopher come up, quite confidently, with accounts of what he says which are not merely wrong but obviously wrong, and obviously wrong about essentials, it may be important to see how this has happened. In the case of Wittgenstein, there is a group of obviously wrong accounts about essentials. Wittgenstein is said to hold such things as that we are free to infer as we like, that logical commitment is reducible to relations among noises, sensations to behavior, and that meaning is nothing but 'use'."

roll som liknelsen spelar i resonemanget, och det betyder i sin tur att man i läsningen måste göra sig en bild av resonemangets syfte.[1308]

När man i den rättsfunktionalistiska traditionen liknar rätten vid schack är syftet typiskt sett att visa, att de rättsliga begreppens innehåll kan fastställas utan att fästa något avseende vid frågan, vilken substans begreppen egentligen har. Det låter som en kontradiktion – för "substans" är väl bara ett annat ord för "innehåll" – men det innebär, som vi kan påminna oss, egentligen en differentiering. Tanken är att det begreppsliga innehållet kan vara av två radikalt skilda slag: det kan vara *substantiellt*, men det kan också vara *funktionellt*. Begrepp som har substantiellt innehåll – "substansbegrepp" – äger direkta motsvarigheter i den fysiska verkligheten (tänk på ett vardagligt föremål och dettas motsvarande begrepp). "Metafysik" och "naturrätt" är enligt rättsfunktionalisten vad man gör sig skyldig till, när man antar att de rättsliga begreppen får sitt innehåll på detta sätt. Rättsbegreppen skall istället rätteligen förstås funktionellt – och det är i explikationen av vad detta innebär som schackanalogin kommer till användning. Hos till exempel Undén är rättsbegreppet som en pjäs i ett schackspel i den bemärkelsen, att det får sitt *egentliga* innehåll bestämt genom rättsreglernas konstruktion – just som det väsentliga och utmärkande för schackpjäsen är dess roll i spelet,

[1308] Denna läsart är utmärkande för den s k neowittgensteinianismen, och raka motsatsen till den som tillämpas, t ex, av Anders Wedberg när han i inledningen till sin översättning av Tractatus skriver att verket är "mycket innehållsrikt", att det rymmer "tankeväckande reflexioner om ett stort antal frågor i matematisk logik, matematikens filosofi, fysikens filosofi, etik o s v" och att det är kryddat med "ett och annat uttryck för inkapslad mystik". Till jämförelse: Följande mening avsåg Wittgenstein ursprungligen att ta med i förordet till Tractatus: "My work consists of two parts: the one presented here plus all I have *not* written." Och en gång gav han i anslutning till denna mening dessa läsanvisningar (avsedda för Ludwig von Ficker, redaktör för tidskriften "Der Brenner"): "[I]t is precisely this second part that is the important one. My book draws limits to the sphere of the ethical from inside as it were, and I am convinced that this is the ONLY *rigorous* way of drawing those limits. In short, I believe that where *many* others today are just *gassing*, I have managed in my book to put everything firmly into place by being silent about it. And for that reason, unless I am very much mistaken, the book will say a great deal that you want to say. Only perhaps you won't see that it is said in the book. For now, I would recommend you to read the *preface* and the *conclusion*, because they contain the most direct expression of the point of the book."; citaten efter Edwards, Ethics Without Philosophy s 25.

så som denna definieras genom schackreglerna.[1309] Rättsbegreppet och schackpjäsen låter sig, och skall, i denna specifika mening betraktas uteslutande funktionellt. Detta gör den korresponderande materian – till exempel den (föregivet) metafysiska äganderätten och den fysiska schackpjäsen – såväl som de tecken som används för att namnge begrepp och pjäs, strängt taget irrelevanta. Vi kan enligt Undén bortse från substansen, och tecknet blir godtyckligt.[1310]

Nu har det ställe i "Filosofiska undersökningar" som närmast påminner om den Undénska schackanalogin följande lydelse.

> Om man visar någon kungen i schackspelet och säger: "Det är schackkungen", så förklarar man inte därmed för honom användningen av denna pjäs – försåvitt han inte redan känner spelets regler med undantag endast av denna sista konvention: kungens gestalt. Man kan tänka sig, att han hade lärt sig spelets regler utan att någonsin ha fått se de verkliga pjäserna. Pjäsens form motsvarar här ordets form eller gestalt.
>
> Man kan emellertid också tänka sig att någon lärt sig spelet utan att någonsin lära sig, eller formulera, reglerna. Han har kanske först genom att se på lärt sig helt enkla brädspel och har fortsatt med allt mer och mer komplicerade. Också till denne kunde man ge förklaringen: "Detta är kungen" – när man t ex visar honom schackpjäser av en för honom ovanlig form. Också denna förklaring lär honom pjäsens användning endast eftersom så att säga den plats, varpå pjäsen ställdes, redan fanns förberedd. Eller också: Endast om platsen redan är förberedd, säger vi att förklaringen lär honom användningen. Och här är den det inte genom att den, varåt vi ger förklaringen, redan vet regler, utan genom att han i en annan bemärkelse redan behärskar ett spel.
>
> Betrakta även detta fall: jag förklarar schackspelet för någon och börjar med att peka på en pjäs och säga: "Det är kungen. Han kan flytta sig så här, etc, etc." – I detta fall kommer vi att säga: orden "Det är kungen" (eller "Det kallas kungen") utgör en ordförklaring endast om den lärande redan 'vet vad en pjäs i ett spel är'. Om han alltså t ex redan har spelat andra spel eller "med förståelse" har sett andra spela – *och liknande.* Och bara då kan han under inlärningen av spelet relevant fråga: "Vad kallas den här?" – nämligen, denna pjäs i spelet.
>
> Vi kan också säga: Endast den frågar på ett meningsfullt sätt efter benämningen som redan vet vad han skall göra med den.

[1309] "Pjäsens karaktäristikon eller dess verkliga betydelse ligger [...] i spelreglerna, som angiva pjäsens säregna förflyttningar och de 'rättsverkningar', som inträda i samband därmed" heter det bl a i den ovan vid n 750 återgivna Undénska passagen.

[1310] Undén, a st "Man behöver inte ens något materiellt substrat alls såsom det objekt, varå begreppet häst i schackspelet syftar. 'Hästens' förflyttningar på brädet kunna markeras på annat sätt."

> Vi kan ju också tänka oss, att den tillfrågade svarar: "Bestäm själv vad den skall kallas" – och nu måste den som frågat klara av allting på egen hand.[1311]

Vid en första anblick kan likheten mellan Wittgensteins schackanalogi och Undéns tyckas vara påfallande. Även Wittgenstein liknar schackpjäsen vid ordet, och även Wittgenstein synes vilja göra gällande, att det på något sätt är reglerna som ger innebörden.[1312] Men vid en närmare analys skingras snart intrycket att Wittgenstein och Undén skulle vara ute efter samma sak.

Vad Wittgenstein diskuterar, i den här citerade passagen, tycks vara frågan, under vilka förutsättningar benämnandet av ett ting kan fungera som förklaring av innebörden hos det ord som används, det vill säga av namnets mening. Hans exempel är kungen i schack. Någon håller upp den motsvarande pjäsen och säger "Detta är kungen". Har vi därmed en förklaring av ordets innebörd?

Detta *tycks* vara vad passagen gäller – men det finns skäl att vara försiktig. Den nu givna karakteristiken duger bara som approximation och utgångspunkt. Här gäller det att motstå frestelsen att läsa in ett konkret, positivt filosofiskt budskap – en teori – i texten. Det är inte enkelt. Vi förväntar oss att en filosofisk text skall ha någonting att säga om de typiska filosofiska problemen. Och det kan verka som om Wittgensteins anmärkningar här har bäring på ett antal frågor som vi antagligen skulle känna igen som typiskt filosofiska – "Vad är en regel?", "Vad är en förklaring?", "Vad är mening?", "Hur får ett namn sin innebörd?" och så vidare. Gör man emellertid försöket att i texten isolera och fixera svaret på någon fråga av detta slag, måste man bli frustrerad. Man får ont i huvudet, och det beror på att man försöker göra texten till någonting som den inte är.[1313] Wittgenstein yttrar sig överhuvudtaget inte om

[1311] Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 31.

[1312] Om den skenbara motsättningen mellan Wittgensteins tal om regler för språkanvändningen, å ena sidan, och hans vägran att överhuvudtaget befatta sig med meningsfrågan, å den andra, se M Gustafsson, Entangled Sense s 11 ff.

[1313] Jfr Edwards, The Authority of Language s 142: "[B]ecause the aim of Wittgenstein's later work is the destruction (or salvation through destruction: one can tell the story either way) of philosophy itself, the form of his own work cannot be a philosophically traditional one. We cannot present that work as a reasoned and comprehensive theoretical account of the matters with which it has to do; we cannot look to it for arguments, or pieces of arguments, designed to meet our representational and foundational expectations of philosophical discourse. Or rather, we *can* do that (and most *have*), but only at the cost of underwriting Wittgenstein's own pessimism about the value of his influence."

ordens, reglernas, språkets, innebördernas eller namnens karaktär.[1314]

Märk först den totala avsaknaden av teknisk terminologi. Och det är inte bara det att Wittgenstein här avstår från att använda fackfilosofisk jargong,[1315] han gör heller inga ansatser att precisera sina termer.[1316] Bevisligen är han öppen för att den för texten centrala termen "spel" kan ha flera innebörder ("genom att han *i en annan bemärkelse* [min kurs] redan behärskar ett spel"). Vi kan alltså inte säga, att Wittgenstein gör gällande att språket är som ett spel, om vi därmed menar att han skulle försvara en specifik tes med den innebörden.

Nej, dessa anmärkningar är inte avsedda att förklara språkets väsen. De är terapeutiska, tänkta som påminnelser. De skall ställas mot en viss bild av språk och meningsskapande, en bild som är besvärlig och svår att befria sig från när man tänker över språket. Här befinner vi oss alldeles i början av argumentationen i "Filosofiska undersökningar". Diskussionen gäller uttryckligen[1317] det påstående hos Augustinus som återges i bokens första paragraf, och som Wittgenstein tar som exempel på det specifika förhållningssätt han vill ta avstånd från.[1318] Uttalandet ifråga har Wittgenstein hämtat från Augustinus "Bekännelser", och i det beskriver Augustinus hur han som litet barn lärde sig tala genom att

[1314] Han producerar inte filosofi, utan kämpar för att slippa ifrån filosoferandet. Jfr ovan avsnitt 1.2.3. Den motsatta läsningen – den som gör Wittgenstein till språkfilosof – är den vanliga, utanför en tämligen snäv krets av Wittgensteinexegeter (till vilken främst får räknas Cora Diamond och James Conant). Så även i rättsfilosofin – säkerligen hos Dennis Patterson, som kanske är den mest inflytelserika Wittgensteinianska rättsfilosofen – där diskussionen oftast kommit att gälla vilka implikationer Wittgensteins "läror" (i synnerhet gällande "regelföljande") har för studiet av rätten (det finns undantag, tänkare som Martin Stone). Jag skall inte här ta läsarens tid i anspråk genom att redogöra för den nu antydda schismens natur, men vill poängtera, att den typ av Wittgensteinläsning som jag för egen del föredrar är något udda, åtminstone statistiskt sett.

[1315] Den filosofi han bedriver är av ett *helt* annat slag än t ex Russells i "On Denoting"; se ovan avsnitt 7.3.3.3.

[1316] För det vore i viss mening att göra våld på språket, vilket är det som skall undersökas. Frågar man efter t ex äganderättens natur och börjar med att definiera termen "äganderätt", så har man inlett sin undersökning genom att resolut stänga ögonen, som om man bestämt sig för att under inga omständigheter försöka få syn på det föremål som undersökningen gäller.

[1317] Se t ex Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 32.

[1318] Det är ett förhållningssätt som även kommer till uttryck i "Tractatus"; jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 23 in fine, § 108; se härtill t ex Malcolm, Nothing Is Hidden s 71.

observera hur de vuxna tycktes peka ut och benämna vissa föremål genom att yttra vissa ljud. När Wittgenstein själv tar till orda heter det:

> I dessa ord [av Augustinus] har vi, så tycks det mig, en bestämd bild av det mänskliga språkets väsen. Nämligen denna: språkets ord benämner föremål – satser är kombinationer av sådana benämningar. – I denna bild av språket hittar vi rötterna till idén: varje ord har en betydelse. Denna betydelse är tillordnad ordet. Den är det föremål som ordet står för.[1319]

Mot denna bild skall vi alltså ställa anmärkningarna om kungen i schackspelet. Vad är de tänkta att åstadkomma?

Augustinus bild är mycket abstrakt. Den självbiografiska form i vilken han presenterar sin språksyn är visserligen ägnad att dölja detta faktum, men formen framstår, efter ett ögonblicks reflexion, som en efterhandskonstruktion. Vad vet Augustinus om de processer genom vilka han tillägnade sig sitt språk?[1320] Wittgenstein frågar sig *när* – konkret och faktiskt – benämnandet av ett ting fungerar som en förklaring av namnet. Det är enkelt att föreställa sig, så som Augustinus tycks göra, att orden har sin mening genom att vara tecken för föremål, vilket borde göra det möjligt att förklara ordets innebörd genom att peka ut föremålet och uttala det rätta ordet (föremålets namn). Ställandet av frågan, under vilka omständigheter man faktiskt kan åstadkomma en ordförklaring på detta sätt, förutsätter insikten att beteendet inte alltid är meningsfullt. Faktum är att det för många ord och i många situationer måste te sig absurt. Det stora flertalet ord saknar naturligtvis "föremål", och det finns

[1319] Wittgenstein, a a § 1. Jfr dens, Filosofi s 11 f: "När jag korrigerar ett filosofiskt fel och säger att man alltid föreställt sig detta så, men att det inte är på det viset, så pekar jag alltid på en analogi som man har rättat sig efter, och på att denna analogi inte stämmer."

[1320] Den kunskap som han säger sig ha är begreppslig – filosofisk – och förutsätter uppenbarligen språket (ett lärt språk därtill). Jfr Cavell, Excursus on Wittgenstein's vision of language s 25: "Can a child attach a label to a thing? (Wittgenstein says that giving a thing a name is like attaching a label to something (§ 15). Other philosophers have said that too, and taken that as imagining the essential function of language. But what I take Wittgenstein to be suggesting is: Take the label analogy seriously; and then you'll se how *little* of language is like that. Let us see.) We might reply. 'One already has to know (or be able to do) something in order to be able to attach a label to a thing. But what does one have to know?' Well, for example, one has to know what the thing in question is; what a label is; what the point of attaching a label to a thing is. Would we say that the child is attaching a label to a thing if he was pasting (the *way* a child pastes) bits of paper on various objects? Suppose, even, that he can say: 'These are my labels' [...] (Here one begins to sense the force of a question like: What makes 'These are labels' *say* that these are labels?) And that he says: 'I am putting labels on my jars.' *Is* he?"

då ingenting att peka på.[1321] Men även när det finns någonting att peka på måste det allt som oftast ge ett märkligt intryck att komma med en Augustinsk ordförklaring (När vore det rimligt att hålla upp denna bok och säga "Detta är en bok"? – Inte för att det inte finns sådana tillfällen). I den ovan citerade passagen ur "Filosofiska undersökningar" ställer Wittgenstein upp tre hypotetiska fall, eller tankelekar – tre olika situationer i vilka det är tänkbart att någon skulle kunna hålla upp kungen i schackspelet och meningsfullt säga: "Detta är kungen". De första två kan tyckas skruvade, och det hänger samman med vad som nu har sagts.[1322] Anta att någon lärt in alla schackspelets regler/konventioner utom just den som bestämmer formen på den pjäs som representerar kungen. Eller anta, omvänt, att någon lärt sig att spela schack utan att någonsin ha sett eller för sig själv ha formulerat spelets regler – hans kunskap är praktisk – och nu skall han spela med pjäser som har en obekant form. I båda dessa situationer åstadkommer man genom att hålla upp och benämna kungen en effektiv förklaring. Denna är emellertid för sin verkan helt och hållet beroende av, att förklaringens mottagare här, på sina respektive sätt, redan behärskar det spel i vilket ordet ifråga har sin användning. Och det vill säga: Ensamt åstadkommer benämnandet *ingenting*. Analogin till schackspelet har den förtjänsten, att man med dess hjälp kan förmedla en konkret känsla för just detta. Utan reglerna, utan spelet, fyller den genom benämnandet upprättade förbindelsen mellan ordet och tinget ingen funktion.

Men syftet är inte att märka ut ett visst område i livsvärlden – inom vilket vi ägnar oss åt att spela spel som schack – för att sedan göra poängen att Augustinus språksyn inte är tillämplig inom detta. Argu-

[1321] Hur många av orden på denna sida kan man förstå som "namn"? Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 27 "'Vi benämner tingen och kan sedan tala om dem. Referera oss till dem i vårt tal.' – Som om namngivningsakten redan innehöll vad vi ytterligare gör. Som om det blott funnes en enda sak som kallas: 'tala om ting'. Medan vi ju i själva verket gör de mest olikartade saker med våra satser. Låt oss bara tänka på utropen. Med deras helt olikartade funktioner. Vatten! Bort! Aj! Hjälp! Skönt! Nej! Är du alltjämt benägen att kalla dessa ord 'benämningar på föremål'?"

[1322] Wittgensteins undersökningar är inte empiriska. Jfr Wittgenstein, a a § 90: "Det är som om vi måste *genomskåda* företeelserna: vår undersökning gäller emellertid inte *företeelserna* utan, kunde man säga, företeelsernas *möjligheter*. Det vill säga, vi besinnar oss på *arten av de utsagor* som vi fäller om företeelserna. [...] Vår betraktelse är alltså av grammatisk art."; jfr t ex Wittgenstein, Tractatus 5.551 ("grammatiken" här svarar mot "logiken" i "Tractatus").

mentet riktar sig mot *själva grunden* för den Augustinska analysen.[1323] Anta att man ville invända mot schackspelsanalogin, i den form Wittgenstein ger den i den nu diskuterade passagen, att den är krystad och därmed av begränsat värde. Denna invändning tar miste på avsikten med Wittgensteins exemplifiering. Exemplen skall inte *bevisa* någonting, utan *påminna oss* om någonting som vi egentligen redan visste. I det tredje exemplet går Wittgenstein tillbaka till det helt vardagliga, men man förstår av hans formuleringar att alla tre exemplen skall illustrera samma sak. Övergången till det vardagliga hjälper oss att hantera känslan från de första två, mer absurda, exemplen och således att *se* det som Wittgenstein vill göra oss uppmärksamma på. Även om den, som genom benämningen får förklarat för sig vilken pjäs som är kungen, inte vet någonting om schack – situationen när man skall lära någon, till exempel ett barn, spelet – så förutsätter förklaringen för sin meningsfullhet ett kunnande.[1324] Man måste veta vad det innebär att spela ett spel, vad ett brädspel är, vad en pjäs är, vad det innebär att flytta en pjäs och så vidare. Det skulle kunna sägas, att den värld som man lever i och känner till måste vara av en viss beskaffenhet.[1325]

Poängen är alltså här att man måste veta vad man skall *göra* med förklaringen för att kunna förstå den. Och det är inte en anmärkning om förståelsens allmänna natur, eller om vad som i psykologiskt hänseende krävs för att man skall uppnå förståelse, utan en grammatisk anmärkning – den gäller hur vi faktiskt, i de specifikt uppmärksammade sammanhangen, använder ord som "förklaring" och "förståelse" (till exempel: "Endast om platsen redan är förberedd, *säger vi* [min kurs] att förklaringen lär honom användningen").[1326] Dessa iakttagelser angående enkla grammatiska fakta ställer Wittgenstein mot den Augustinska språkbilden ... och så uppstår effekten (är det tänkt), att läsaren kommer att finna,

[1323] Först och främst arbetar Wittgenstein med sin egen språksyn, särskilt så som den kom till uttryck i "Tractatus" (bildteorin). "Augustinus" är ett tecken. Annorlunda enligt Lawn, Wittgenstein and Gadamer s 106 ff och 114 ff, som gör en stor poäng av att Wittgensteins *läsning* av Augustinus är akontextuell och orättvis. Detsamma kunde sägas om Lawns läsning av Wittgenstein. För en mer balanserad hållning se Bearsley, Augustine and Wittgenstein on Language.

[1324] Lika tydligt i översättningsfallet: Anta att du håller upp kungen och säger "Detta är kungen" till någon som kan spela schack men inte tala svenska.

[1325] Jfr Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 19: "[A]tt föreställa sig ett språk är att föreställa sig en livsform."

[1326] Tydligt i t ex Wittgenstein, a a § 43.

att denna bild är alltför enkel, alltför hastigt komponerad och kopplad till alltför stora anspråk. Man sluter sig inte till namnens innebörder utifrån yttre tecken *om* man inte redan vet vad det i alla de sammanhang som anhängiggörs betyder för de ifrågavarande föremålen att ha namn. Det vill säga, om man inte redan *kan leva*. Wittgenstein:

> Och nu tror jag vi kan säga: Augustinus beskriver inlärningen av det mänskliga språket som om barnet komme till ett främmande land och inte förstode landets språk; det vill säga: som om det redan kunde ett språk, bara inte detta. Eller också: som om barnet redan kunde *tänka*, bara inte tala. Och "tänka"betydde här ungefär detsamma som: tala till sig själv.[1327]

Och nu tror jag att *vi* kan säga, att skillnaden mellan Wittgensteins schackspelsanalogi och den Undénska, är milsvid.

Undén försvarar en teori om de rättsliga begreppens innebörder, och under det att han gör det tar han giltigheten av det som här kallats den Augustinska språksynen för given. Han utgår från att begreppen motsvaras av föremål, och sedan undantar han, med hjälp av sin schackspelsanalogi, de rättsliga begreppen från denna princip. De senare får, till skillnad från de förra, sitt innehåll genom regler (rättsreglerna).

Tänker man i linje med resonemanget i inledningen till "Filosofiska undersökningar", kommer man att finna dessa manövrar, detta uppdelande och preciserande, problematiskt. Kanske kommer man att säga saker som att det måste innebära en verkningslös reduktion av alla utomrättsliga meningssammanhang att subsumera de till dessa hörande begreppen under kategorin "substansbegrepp". Ty genom att utgå från namnet och dess relation till tinget tappar vi de faktiska livsformerna ur sikte. Och kanske kommer man att säga att det innebär en lika verkningslös reduktion av de *inom*rättsliga meningssammanhangen, att i teorin assimilera det juridiska språket till rättssystemet, genom att subsumera de rättsliga begreppen under kategorin "funktionsbegrepp". Nej, kanske man säger, *det juridiska språket*, i vilket de rättsliga begreppen måste ha sin förankring om de skall ha någon (om de skall vara begripliga) kan förvisso inte spjälkas i rättsfakta, rättsföljder och relationer mellan rättsfakta och rättsföljder. Det kan inte brytas ned i rättsregler. Vi får inte blanda ihop vårt *språk* – det som vi behärskar i egenskap av att vara jurister – med rättssystemet.

[1327] Wittgenstein, a a § 32.

"Rättssystemet" är ju inte någonting som någon har sett, eller i detalj kan beskriva. Vi kan inte ange hur något enda av alla våra begrepp exakt skall analyseras i rättsfunktionella termer, och ändock använder vi dessa begrepp obehindrat – vad det verkar med full förståelse. För att få syn på detta förhållande, skulle man kunna använda spelanalogin. Med dess hjälp kan vi upparbeta en känsla för, att också rättsteorin är en praktik.[1328] Och det betyder då inte: De rättsliga begreppen skall inte återföras på sin rättssystematiska funktion, utan på det juridiska språkets praktik. Utan det betyder: *Se* hur begränsad den roll faktiskt är, som i vårt sätt att tala och skriva om juridiken tillkommer de funktionella aspekterna.[1329] och besinna dig över detta innan du uttalar dig om "de rättsliga begreppen". Annorlunda uttryckt: Det juridiska språket är alltför rikt och varierat för att tåla antagandet att det finns *en* kategori "rättsliga begrepp". Till exempel kommer man, antar jag, aldrig att förstå avtalstolkningen så länge som man insisterar på att denna *skall* analyseras i termer av regler, eller principer, eller standarder, eller någonting annat i den stilen.

Rättsvetenskap kan inte reduceras till beskrivning (av rättssystemet, av de rättsfunktionella sambanden). Vår disciplin rymmer *mycket* annat. Till exempel rymmer den det ständiga samtalet kring frågan om juridikens vetenskaplighet, ett samtal som av och till har präglats av en viss ängslighet. Särskild anledning till oro hade vi vid modernismens inbrott i diskursen, under nittonhundratalets första decennier. Då hanterade vi våra svårigheter bland annat genom att förskjuta substansresonemangen – detta att "dra slutsatser från begreppen" – och i det klimatet kunde Undéns distinktion mellan substans och funktion, importerad från dåtidens vetenskapsteoretiska debatt, småningom vinna en bred acceptans.

När vi skiljer ut *funktionen*, och säger att rätten är som schack, är det ett beteende som inte kan förstås annat än givet denna kontext, och det är värt att likna detta beteende vid ett drag i ett spel, om det kan hjälpa oss att se sammanhanget.

Vi kan också tänka oss, inom ramen för spelanalogin, att det finns *regler* som anger detta drags funktion. Men dessa regler får då inte förväxlas

[1328] Jfr Wittgenstein, a a § 23: "Ordet 'språk*spel*' är här avsett att framhäva att *talandet* av språket är en del av en aktivitet eller en livsform." Kursiveringen av ordet "talandet" är inte avsett att prioritera talandet framför t ex skrivandet, sjungandet eller tänkandet.

[1329] Jämför *benämnandet* i diskussionen ovan i detta avsnitt.

med rättsreglerna.[1330] De finns inte upptecknade någonstans – och gjorde någon försöket att skriva ned dem, genom att observera vårt språkliga beteende, skulle (det antagligen tafatta) resultatet sakna betydelse för juridikens praktik.[1331] Om rätten är som schack så är den det här – givet utgångspunkterna för denna framställning – inte därför att den, liksom schackspelet, skulle kunna beskrivas uteslutande i termer av sina regler, utan just så som all språklig verksamhet är som schack: Att tala och skriva juridik är *ett görande*. Schackspelsmetaforen skall, i Wittgensteiniansk tappning, föra tankarna till det faktiska flyttandet av pjäserna, inte till pjäsernas antagna systematiskt-funktionella natur.

8.5.4 Där frågan står

> Om man övar sig att se en bild av språket och dess ord som något annat än spegelavbildningar av en befintlig realitet, erhåller man möjligheten att *uppleva språket som en ständigt pågående aktivitet vilken öppnar och förändrar världen.*
>
> *Håkan Andersson*

Vad vill det som nu har sagts säga? Vad har, med andra ord, relationen mellan Wittgensteins terapeutiska, och Undéns funktionalistiska, bruk av schackspelsmetaforen med resonemanget i denna avhandling att göra?

Frågan om tolkning och utfyllning gäller på ett visst sätt förhållandet mellan verkligheten och rätten. Det som gör den genom traditionen förmedlade distinktionen mellan tolkning och utfyllning problematisk, *i våra ögon* (i sitt rätta, ursprungliga habitat var den naturligtvis fullt logisk), är, vill jag påstå, att den skiljer rätten från verkligheten på ett sätt som avviker från det som vi annars finner naturligt. Distinktionen mellan tolkning och utfyllning litar till en något äldre, och avgjort annorlunda, logik. Det är, synes det mig, nödvändigt att få denna skillnad

[1330] Märk dock att *schack*reglerna verkligen kan relateras till det faktiska spelandet, på ett sätt som *saknar motsvarighet* i juridiken. Det finns inget spel som heter juridik och där man beter sig i enlighet med rättsreglerna. Jfr Wittgenstein, Filosofi s 11: "Schackspelets regler kunde ju också uppfattas som satser ur människans naturhistoria. (Liksom djurens lekar beskrivs i naturhistoriska böcker.)" Det är annorlunda med rättsreglerna.

[1331] Och vilket syfte skulle ett sådant försök fylla? Vi behärskar ju redan språket. Wittgensteins senare undersökningar pekar också mot slutsatsen att "grammatiken" överhuvudtaget inte låter sig beskrivas; se t ex Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 261; dens, Om visshet § 501.

klart i sikte, om vi skall kunna hantera den problematik som distinktionen är förknippad med. Där är vi inte än – det vill säga, dit har framställningen ännu inte nått. Men vi har kommit långt.

Hurså? Genom att se de manövrar varigenom verkligheten skiljs från rätten, på funktionalistens vis och genom distinktionen mellan tolkning och utfyllning, *som manövrar* – som drag i ett spel, i Wittgensteins mening – blir det möjligt att se ett *praktiskt problem* i frågan om tolkning och utfyllning. "Praktiskt" betyder här bland annat *hanterbart*. Vi har att göra med en kollision mellan olikartade beteenden. Och så betraktat blir problemet överskådligt. Vi kan se att "verkligheten" och "rätten" inte är entydigt bestämda storheter ens inom ramen för den rättsliga diskursen. Här finns, så kunde man uttrycka det, konkurrerande formler, som tas i anspråk i olika, men också i överlappande, sammanhang.

Ibland är det oklart vilket tankesätt som skall ges företräde. Vad gäller frågan om tolkning och utfyllning föredrar till exempel Grönfors den funktionalistiska matrisen, vilket gör att han måste förneka den traditionella distinktionen relevans, medan Lehrberg vägrar att låta den funktionalistiska logiken ta överhanden, och kan stå fast vid påståendet att det är viktigt att skilja tolkning från utfyllning. Ser man inte detta som en konflikt mellan konkurrerande "formler" (det ord jag råkade använda här) måste frågan förbli outgrundlig. Ty *anledningarna* till att skilja, eller att inte skilja, tolkning från utfyllning, är givna endast i och genom respektive formel. Lehrberg och Grönfors är varandras motsatser och motståndare, men de är inte *menings*motståndare i den bemärkelsen att de hyser skilda uppfattningar i samma fråga. Snarare representerar de skilda rationaliteter, eller språk, som bryts mot varandra emedan de är oförenliga. Mönstret upprepas gång på gång i den akademiska debatten.[1332] Ett klassiskt exempel i den internationella avtalsrättsliga diskussionen är konflikten mellan P S Atiyah och Charles Fried.[1333] Bert van Roermund har med denna meningsmotsättning i sikte gjort den allmänna poäng jag här försöker göra.[1334] Van Roermund skriver:

> Most students in jurisprudence are familiar with the Atiyah-Fried debate on the sources of contractual obligation, and they will probably agree that this is typically a debate in which every thesis can be infinitely reversed by the debaters, as

[1332] Ett annat och i mina ögon slående exempel är den ovan i avsnitt 2.2.4.5 uppmärksammade debatten mellan Wilhelmsson och Sandgren.

[1333] Se under a) ovan i avsnitt 2.2.5.

[1334] Van Roermund låter sig inspireras bl a av Wittgenstein, Gadamer och Ricoeur.

> they do not share the same paradigm of looking at the law. Both scholars are answering different, but perfectly legitimate questions from opposite standpoints.[1335]

Och vidare:

> The [...] consequence is that it becomes pointless to look for a conceptual 'synthesis' between theses like [Atiyah's] and [Fried's]. There isn't any. Their opposition is not of a propositional, but of a prepositional kind: it is a difference of places which is already decided on before any propositions are put forward.[1336]

Vad detta betyder, för denna studies räkning, är, att det specifika kunskapsfält som konstitueras av det avtalsrättsliga samtalet kring tolkningens och utfyllningens problematik inte låter sig struktureras genom postulerandet av allmänna och enhetliga begrepp – vara/böra, fakta/rätt, tolkning/utfyllning och så vidare – utan endast genom att i möjligaste mån göra rättvisa åt de inkarnationer av dessa kategorier som vår avtalsrätt faktiskt givit plats åt. Man kan inte närma sig problemet från det abstrakta hållet.[1337] Undersökningen måste bli konkret, det vill säga historisk.

Den problemstruktur som undersökningen hitintills har avtäckt, är denna: Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är i sin klassiska formulering beroende av, att urskiljandet av det faktiska icke-rättsliga – det vill säga av partsviljan – verkligen kan genomföras. Den länk mellan den utomrättsliga världen och det avtalsrättsliga begreppssystemet, som därigenom upprättas, ter sig emellertid godtycklig i det funktionalistiska perspektivet. Varför skall vi, nämligen, låsa rättsläget genom att på dogmatisk nivå privilegiera ett visst rättsfaktum? Det är knappast "funktionellt" – eller kan i allt fall inte presumeras att vara det. Samtidigt är det i kraft av denna fasta länk till yttervärlden som distinktionen mellan tolkning och utfyllning får sin betydelse. Den förutan kan distinktionen rimligen vare sig fungera som demaskerande verktyg, i analysen av domstolarnas tolkningsargumentation, eller tjäna som rättssystematiskt rättesnöre. Och själva poängen med distinktionen mellan tolkning och utfyllning är ju just, att tolkningen, till skillnad från utfyllning, inte är rättstillämpning, vilket vill säga att den egentliga tolkningsverksamheten

[1335] Van Roermund, Law, Narrative and Reality s 206.

[1336] Van Roermund, a a s 216.

[1337] Jo, det kan man – om man inte vill *lösa* det, utan nöjer sig med att *köra över* det, genom att ange ännu en formel. Det är, som bekant, lätt att vara konstruktiv, men svårt att vara kritisk.

överhuvudtaget inte syftar till att fastställa rättsfakta. Partsviljan bestämmer rättsverkningarna, inte rättsreglerna.

Här föreligger, tycks det mig, en risk för kortslutning. Och det är i så fall en kortslutning som kan kallas *exegetisk*. Konflikten står mellan texter, och mellan traditioner. Därmed är emellertid sagt, att det är möjligt att behandla problemet som ett tolkningsproblem. Uppgiften – här – blir då att om möjligt nå fram till en *läsning* som får problemet att lösas upp, eller att på annat sätt försvinna.

I min behandling av den för rättighetsdebatten kännetecknande rättsfunktionalismen har jag gjort gällande att detta tankemönster "obstruerar läsningen" av de juridiska texterna. Det är en sanning med modifikation. Visserligen måste en konsekvent funktionalist betrakta varje tolkningsresonemang med misstänksamhet (den skepsis som man markerar bland annat genom att sätta ordet "tolkning" inom citationstecken). Han eller hon kan inte slå sig fri från tanken att det bakom de angivna skälen döljer sig andra och mer egentliga skäl.[1338] Men inte desto mindre: Även funktionalismen hör till det juridiska språket – dess termer, dess retorik, tankevanorna, idealen och så vidare. Funktionalismen är en integrerad del av den svenska förmögenhetsrätten. Försöker man, således, att placera de "juridiska" fenomenen (exempel: partsviljan) och den "funktionalistiska retorikens" fenomen (exempel: funktionsbegreppen) i två strängt åtskilda ontologiska sfärer, gör man det alltför enkelt för sig. Det betyder naturligtvis inte att det juridiska språket är ett och motsägelsefritt, utan snarare, att det till själva sin natur är disharmoniskt. Vår förmögenhetsrätt är genom det funktionalistiska arvet bestämd att vara paradoxal – i grunden. Vi har att göra med en *rättslig* tradition, som (i vetenskapen) företräds av *rättsskeptiker*. "Här är omständigheterna sådana att vi kan anse att en utfästelse föreligger, även om ingen uttrycklig garanti lämnats", säger rättstillämparen, till exempel. "Bah! Hokus pokus!", säger rättsvetenskapen (som ett eko efter Lundstedt).[1339] Det är

[1338] Smith, Contract Theory s 19, liknar funktionalistens världsbild vid konspirationsteoretikerns. Jfr Schultz, Kausalitet s 70, eller utläggningen om hermetisk semiosis i Eco, Interpretation and History s 30 ff.

[1339] Se Lundstedt, Fiktion eller sanning i juridiken? s 249 och 257, och härtill exempelvis Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen s 738; Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99; Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrint?; J Ramberg, Mysteriet med den tysta utfästelsen; Runesson, Huset vid Göta älv s 325. Jfr dock Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 467.

i detta spänningsfält som distinktionen mellan tolkning och utfyllning får sin innebörd.

Även om det kan konstateras, så som jag har gjort i detta kapitel, att rätten, trots att det strider mot vår funktionalistiska övertygelse, är *magisk*[1340] – vilket är att säga att funktionalismen i ett väsentligt avseende är falsk – och mer precist, med avseende på denna avhandlings frågeställning, att avtalet *är* ett uttryck för viljan, så har vi inte i och med detta konstaterande ett begripligt svar på frågan om tolkning och utfyllning. Vad jag säger är förvisso inte, till exempel, att det är sant att det är skillnad på tolkning och utfyllning därför att det står skrivet att så är fallet, medan funktionalismen är falsk, eller, för att ta ett annat exempel, att varje avtalstolkning är legitim om domstolarna påstår att den är legitim, genom att åberopa sig på partsviljan (vilket skulle göra distinktionen mellan tolkning och utfyllning meningslös).[1341] Nej, i den avtalsrättsliga diskursens arkiv står *allt detta* inskrivet:

i. Avtalet är ett uttryck för partsviljan.
ii. Det är skillnad på tolkning och utfyllning.
iii. De rättsliga begreppen bör bestämmas funktionellt.

Traditionen rymmer *samtidigt* dessa budskap. Frågan är hur vi i praktiskt hänseende skall reagera på detta faktum.

[1340] Den som finner mitt bruk av ordet "magisk" uppseendeväckande har (antar jag) missat poängen. Här *måste* man beakta kontexten (eller, det är förstås alltid möjligt att rycka saker och ting ur sina sammanhang). Vilken poäng är det, tro, som jag försöker göra genom att vända den scientistiska retoriken bakochfram?

[1341] Till motverkande av ett vanligt missförstånd: När "man" i anslutning till t ex Wittgenstein, Heidegger eller Gadamer hävdar, att världens gränser sammanfaller med språkets, eller någonting i den stilen, så är poängen vanligen inte, att "världen" tillskapas genom "språket", så att sagodjur blir lika verkliga som bilar (distinktionen mellan fiktion och verklighet hör också den till språket). Poängen är snarare, att världen är given för oss, och i synnerhet för tänkandet, genom språket. Inte för att varseblivningen på något sätt skulle vara sekundär. Dock: Så fort man försöker ta ställning till, eller förstå, det som varseblivs, så är språket där. Att leva är att vara i språket. Så råkar våra liv vara inrättade. Det är en iakttagelse, inte en teori. Det är trivialt. Vad som möjligen är intressant är det man sedan *gör* med denna iakttagelse, dvs vad den har för relevans för filosoferandet – med den frågan kan man *börja*, om man verkligen är intresserad av vad t ex Heidegger menar när han påstår att språket är varats hus. Kort sagt har ännu ingenting sagts när det sägs att verkligheten inte kan skiljas från språket. Till det nu sagda se t ex Høgberg, Kontraktstolkning s 58 ff, särskilt s 59.

9 Realism och hermeneutik – en lek med ord

> Vad som för den ene gäller för att vara ett historiskt prövat topos, är för den andre ideologi eller ren fördom. De realistiska rättslärorna [...] bestrider inte den hermeneutiska metodologins deskriptiva värde, men uppfattar den förförståelse som styr tolkningen annorlunda. I realistens ögon gör sig utomrättsliga faktorer, vilkas natur endast kan klarläggas genom empirisk analys, gällande i rättstillämpningens praxis, i den urvalsprocess som föregår rättstillämparens beslut. Dessa externa faktorer får förklara, hur domaren fyller det utrymme för skönsmässighet i bedömningen som rätten medger; de tillåter oss att *förutsäga* domarens avgörande – historiskt, psykologiskt eller sociologiskt. De rättsskeptiska följderna av denna ansats ligger i öppen dag.
>
> *Jürgen Habermas*

9.1 Inledning

I det föregående har jag sökt arbeta in tanken, att det juridiska språket – inte regelsystemet, utan språket – kan betraktas som ett spel. Under tiden har jag hela tiden gjort bruk av just denna tanke. Kan vi nu betrakta den som inarbetad skulle den kunna användas till någonting annat.

I detta kapitel vill jag använda spelmetaforen för att på ett visst sätt rikta uppmärksamheten mot *skillnaderna* i diskursen kring tolkningsfrågorna. Vad menas med detta? Vi tenderar att vilja göra allting lika. Språket inbjuder till det. Ett ord, en företeelse. Ta "tolkning" som exempel. Förstår vi emellertid språket som en praktisk verksamhet kan vi se, att vi gör många olika saker med orden; också med ett och samma ord. Vad till exempel "tolkning" betyder, tycks bero på vilket spel det gäller. Med detta betraktelsesätt anar vi "språket" som en oöverskådlig mängd spel av allehanda slag. Och det blir svårt att finna en måttstock efter vilken

ordets innebörd skall beskrivas. Varför skulle vi nämligen prioritera ett spel framför ett annat?

Detta grundläggande Wittgensteinianska perspektiv kommer i det följande att implementeras genom postulerandet av en uppsättning av två "språkspel", ställda bredvid varandra. Genom dem inrättas på två olika sätt en relation mellan den juridiska texten och verkligheten. Vi kan tala om två olika attityder. Låt oss kalla dem *"den realistiska"* respektive *"den hermeneutiska"*. Tanken är, att jag genom att ställa upp dessa båda spel och beskriva deras innebörder samt relationen dem emellan för läsaren skall kunna peka ut motsvarande, men mer komplexa, skillnader i den faktiska juridiskt-språkliga praktiken.[1342] Syftet är här att så småningom öppna för den specifika förståelse av det historiskt villkorade förhållandet mellan vilja och tolkning, mellan fakta och text, som ligger till grund för argumentationen i hela denna avhandling.

I avsnitt 9.2 tas utgångspunkten i den gamla och välbekanta åtskillnad mellan "form" och "materia", som den realistiska retoriken från första stund litat till. Jag vill framhålla denna distinktions just *retoriska* karaktär. Det står klart att formen är underordnad materian i dikotomins realistiska tolkning. Formen, det formella, formalismen och så vidare, representerar det annorlunda – det som man inte skall fästa sig vid. Det formella elementet saknar, i realistens ögon, egentlig substans (formen är "bara ord"). Jag gör gällande att distinktionen mellan form och materia i och med denna normativa obalans inte är särskilt väl lämpad som deskriptivt eller analytiskt verktyg. Inte desto mindre utgår det moderna rättstänkandet från denna distinktion, och resultatet blir obönhörligen en blindhet för de drag i den rättsliga diskursen som inte kan passas in i distinktionens logik. Jag föreslår en motstrategi som väsentligen går ut på, att uppmärksamma de faktiska sammanhang i vilka åtskillnaden mellan form och materia har sin användning. Lyckas det, kan vi också se att det finns *andra* sammanhang, där denna distinktion saknar direkt tillämpning (avtalstolkningen blir mitt konkreta exempel). I stort sett talar vi om form och materia när vi reflekterar över rätten eller kommenterar andras rättsanvändning. Distinktionen hör till realismens *teori*. I den praktiska juridiska argumentationen – i till exempel domstolarna – är den avgjort mindre framträdande. Jag föreslår att vi betraktar det realistiska teoretiserandet *som ett spel för sig* – i strid med dess anspråk på all-

[1342] Angående tekniken jfr Wittgenstein, The Blue and Brown Books s 17.

mängiltighet. *Det praktiska juridiska görandet* skulle då kunna behandlas som ett spel av ett annat slag. För att understryka skillnaden spelen emellan pekar jag på det förhållandet, att den realistiska distinktionen mellan form och materia förutsätter att det är meningsfullt att skarpt skilja den rättsliga texten från verkligheten, eller, annorlunda uttryckt, att det som blott ligger innanför texten måste skiljas från det som ligger utanför densamma (ute i verkligheten). Säger vi att denna attityd är kännetecknande för "det realistiska spelet", kan "det hermeneutiska spelet", som i denna framställning får representera det juridiska problemlösandets praktik, sägas karakteriseras av att man där *inte* gör denna åtskillnad, utan tvärtom förutsätter *att texten är giltig.* Ty tolkning är väl just detta: att i de konkreta omständigheterna se svaret på de frågor som texten ställer och omvänt. Att man inom ramen för det hermeneutiska spelet på detta sätt tar textens legitimitet för given betyder, att man där i praktiken inte tar på sig att överpröva densamma med hänvisning till någon objektivt konstaterbar, extern "verklighet". Jag hävdar alltså att jurister i praktiken (i sin texthantering) underlåter att göra någonting, som de i realistisk teori förutsätts göra. Kan vi se skillnaden mellan dessa spel har vi skaffat oss tillgång till ett tankesätt som, i beskrivningen av diskursen, tillåter förekomsten av skillnader som i viss mening är oöverstigliga. Vi ges med andra ord kraft att motstå frestelsen att ständigt relatera all text till en och samma referensram.

I avsnitt 9.3 appliceras sedan dessa tankegångar på ett konkret historiskt material, närmare bestämt på förutsättningslärans tidiga historia. Här fokuserar jag på skiftet mellan de subjektiva och de objektiva lärorna. Framställningen skall visa att påståendet att de subjektiva förutsättningslärorna i ett visst skede ersattes av de objektiva är betänkligt – sett ur sträng deskriptiv synvinkel. Den historieskrivning som detta påstående uttrycker är betänklig, väletablerad som den är, emedan den uppenbarligen är skriven på det segrande paradigmets villkor. Redan definitionen av den subjektiva ståndpunkten är sådan, att subjektivisten – just som formalisten – blir en omöjlig figur. Så länge den invanda distinktionen mellan subjektiva och objektiva förutsättningsläror ligger fast, hindrar den förståelsen av det som föregick den moderna förutsättningsläran. Alltså bör den *i rättvisans namn* rubbas. Jag pekar på de möjliga konsekvenserna av en sådan åtgärd. Vad vi får istället för den bekanta redogörelsen för viljeteorins kollaps, är en redogörelse för viljebegreppets

metamorfos vid det moderna tänkandets inträde. Så närmar vi oss den fråga om viljebegreppets öde som är temat för kapitel 10.

9.2 Realism är inte hermeneutik – hermeneutik är inte realism

9.2.1 Distinktionen mellan form och materia som retorisk figur

> Some scholars assume that primitive legal systems tend to prefer form (language, text) over substance, while more modern legal systems tend to prefer substance over form.
>
> *Aharon Barak*

Ordet "modern" har många användningar – också när det används för att karakterisera juridiken kan det användas på olika sätt. Det sägs ibland, till exempel, att den moderna avtalsrätten började med Grotius, medan den moderna juridiken i andra sammanhang helt enkelt är den senaste, det vill säga den som gäller. Och i båda dessa fall sträcker sig det moderna, betraktat som tidsperiod, fram till det just för stunden rådande ögonblicket.[1343]

I denna framställning har "den moderna (avtals)rätten" emellertid – efter ett mönster i den internationella teoretiska debatten – givits ett specifikt *materiellt* innehåll, en specifik historisk identitet, och den har på så sätt placerats i det förflutna. "Modern" har här fått betyda ungefär detsamma som "modernistisk", och i min beskrivning av det moderna har jag i första hand utgått från förändringar i det filosofiska tänkandet – till exempel genom att lokalisera rättighetsdebattens rötter till Uppsala, Wien och Cambridge. I detta sammanhang är det moderna idealismens motsats, det vill säga det unga nittonhundratalets på många sätt extrema realism. I ett bredare kulturellt perspektiv är "det moderna", i den mening jag är ute efter, resultatet av reaktionen mot romantiken under artonhundratalet. Och i avtalsrätten svarar dessa rörelser mot "vilje-

[1343] Och egentligen också förbi detta. För så som det är konstruerat har det moderna inget slut. Grammatiskt sett. Säger man: "Den moderna avtalsrätten började med Grotius och upphörde kring 1920", så är det i första hand inte kontrafaktiskt, utan en förvrängning av ett uttryckssätt (en förvrängning som visserligen i sin tur blivit ett idiom, i vissa akademiska sammanhang).

teorins" kollaps, och således mot bland annat tillskapandet av den nordiska avtalsrätten. Det moderna kommer till tals i de nordiska avtalslagarna.

I den första avdelningen av denna avhandling, mer precist i avsnitt 2.2, riktades uppmärksamheten mot de specifika former som det moderna givits i den nordiska avtalsrättsliga debatten, särskilt hos Thomas Wilhelmsson och Kurt Grönfors. Den övergripande frågeställningen var i det sammanhanget, huruvida avtalsrättens utveckling under nittonhundratalet rätteligen kunde sägas ha inneburit en övergång från ett "formellt" till ett "materiellt" paradigm. Jag förhöll mig skeptisk och pekade på att den moderna viljan till *utveckling* – framåt och bort från det gamla – är svår att tillfredsställa utan att diskursens spretighet och mångdimensionalitet offras i framställningen. Föreställningen att avtalsrätten rör sig *i en viss riktning* är, gjorde jag gällande, i sig problematisk.

Nu, i detta kapitel, vill jag återvända till distinktionen mellan form och materia – denna gång betraktad som ett för det moderna rättstänkandet *i allmänhet* utmärkande formellt drag. Här har vi alltså ytterligare ett sätt att bestämma den moderna juridikens väsen.

Modern, kan vi säga, är den rättsuppfattning som grundläggs genom att rättens *form* skiljs från, och ställs mot, rättens *materia*. Och termen "modern" kan vi i linje härmed använda för att beteckna det tillstånd som juridiken försattes i genom det realistiska avståndstagandet från formalismen. I och med detta avståndstagande infinner sig den situation som kännetecknar den moderna rätten.[1344] Vi kan också säga att den realistiska rättskritikens sätt att kontrastera form och materia har definierat den moderna rättens *gåta* – det grundläggande problem som den moderna rättsteorin i över ett sekel försökt att lösa. Med Dennis Pattersons ord:

> In many ways, jurisprudence has never recovered from the Realist assault on legal formalism. [...] [A]ll modern legal theory is an attempt to find an alternative to legal formalism.[1345]

[1344] Situationen inträder vid olika tillfällen i olika rättskulturer och i olika discipliner. Någon form av ursprunglighet kan vi tillskriva Jherings reaktion mot Puchtas juridik; se härtill t ex Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s 401 f.

[1345] Patterson, What is at Stake in Jurisprudence? s 175. Jfr Wieacker, a a s 402: "Fast alle Gegenströmmungen der letzten 130 Jahre gegen die historische Schule und den Rechtswissenschaftlichen Positivismus lassen sich ohne Gewaltsamkeit dem antiformalistischen Protest gegen den Verzicht der Rechtswissenschaft auf den gesellschaftlichen Wirklichkeitsbezug einordnen." Jfr Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 536.

Den som skiljer formen från materian i sin analys av rätten kommer att vilja återföra det formella elementet på reglerna, på principerna, på systemet och på själva rättstexterna.[1346] I viss mening är formen sålunda ingenting annat än rätten själv, det vill säga det generella, regelmässiga. Men som form är rätten stum. Endast givet det materiella elementet blir det möjligt att åstadkomma ett rättsligt *avgörande*. Lydelsen är inte nog. Bara genom en värdering, genom en bedömning av själva saken (en materiell bedömning), kan avståndet mellan rättslig text och verklighet överbryggas. Detta är den kanske mest basala realistiska övertygelsen: att det inte är den generella normen som avgör det konkreta fallet, utan domaren.[1347] Och där har vi den moderna anledningen att ställa frågan "Vad är juridik?" I sin mest extrema form: "Vad är *juridik* om juridiken ytterst sett (i tillämpningen – där rätten omsätts i verklighet) inte har med *rätten* att göra?" Det finns många svar på den frågan – breakfast jurisprudence, prognosteori, teleologi, rättsekonomi ... och så vidare. Teoretiserandet här drivs av juridikens praktik, och bränslet kommer antagligen aldrig att ta slut. Ty när man väl skiljt form från materia och identifierat formen med texten, finns det synbarligen inget sätt att förklara juristens vana att avgöra sina rättsfrågor genom att åberopa rättskällorna. Juridikens praktik står i strid med den realistiska analysens grundpostulat. Och den genererade teorin måste verka alienerande.

Men även om dikotomin form/materia inte ger upphov till någon stabil teoribildning, när den bestäms på detta sätt,[1348] lånar sig det grundläggande och konstanta (oupplösliga) *spänningsförhållande*, som strukturen rymmer, till abstrakta beskrivningar av dynamiken inom rätten, eller den rättsliga diskursen. Till exempel skriver Gary Minda:

> The two styles of legal reasoning known as *formalism* and *instrumentalism* capture the essence of two conflicting sides of normative and conceptual legal thought embedded within the discourse of law. They are the sources of the patterns, shifts, and pendulum swings reported in the commentaries of [...] jurisprudential history.[1349]

[1346] I tolkningsläran associeras formalism med *bokstavs*tolkning – med att bli vid *ordet*.

[1347] I Oliver Wendell Holmes berömda och koncisa formulering (i Lochner v New York): "General propositions do not decide concrete cases."

[1348] Nu finns det väl i och för sig, inom humanvetenskaperna, överhuvudtaget inte någonting sådant som "stabil teoribildning".

[1349] Minda, Postmodern Legal Movements s 21.

Så länge vi håller oss till den akademiska debatten finns det onekligen en grund för en dylik karakteristik. Alltsedan den realistiska retoriken fick fäste i den rättsvetenskapliga diskursen, har "formalismen" varit ett centralt tema för debatten. Där finns de första skarpa avståndstagandena,[1350] och de första smått förvirrade (liksom yrvakna) dementierna från företrädarna för de då dominerande formerna av rättsvetenskap.[1351] Där finns de förnyade kraven på rättelse, grundade i logisk-positivistisk övertygelse,[1352] och etablissemangets försäkringar om att man har lärt sin läxa.[1353] Där finns det mognande realistiska paradigmets slentrianmässiga avståndstaganden från formalismen,[1354] avbrutna av en eller annan udda skeptiker.[1355] Och där finns dagens nyrealistiska väckelse – som börjar med insikten att själva juridiken under den realistiska retorikens fernissa har förändrats mindre än vad man vanligen antar[1356] – och nyrealisterna samsas med nyformalister[1357] och traditionalister, som finner att den moderna juridikens fixering vid materian skymmer de formella aspekternas betydelse.[1358]

Ja, så länge vi håller oss till den akademiska debatten kan vi tala om form och materia som poler, eller ytterpunkter, mellan vilka diskursen pendlar.[1359] Men det beror ju på, att det är just under dessa premisser som rättsteorin *uttryckligen* bedrivs, fortfarande. Vi lever ännu i efterdyningarna av brottet med idealismen. Nu finns emellertid anledning att sätta ifråga, om denna logik är lika tvingande utanför ramarna för det akademiska samtalet. Det finns med andra ord anledning att hålla öppet,

[1350] Se t ex Møller, Om Objektivisme i Formueretten.

[1351] Se t ex Hagerup, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter.

[1352] Se t ex Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach.

[1353] Se t ex Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen.

[1354] Se ovan avsnitt 7.6.2.

[1355] Skeptiker som Ulf Göransson (se ovan n 1114) och Jan Hellner. Hellner, med sitt teoretiska intresse för språket (tydligast kanske i Hellner, Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems; dens, Några anteckningar om juridik och filosofi). Hellner, som sade sig stå närmare Savigny än Thibaut i metodologiskt hänseende (se Metodproblem i rättsvetenskapen s 193) och som även på andra sätt markerade mot Uppsalaskolan och mot teleologin (se t ex Hellner, Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems s 158 ff; dens, Metodproblem i rättsvetenskapens 179 ff; dens, Värderingar i skadeståndsrätten).

[1356] Se t ex Mats Glavås och Ulf Petrussons ovan i n 990 återgivna uttalande.

[1357] Se t ex Weinrib, The Idea of Private Law.

[1358] Se t ex Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 13 ff.

[1359] Jfr ovan avsnitt 2.2, särskilt 2.2.5 punkterna a) och g).

om motsättningen mellan form och materia är någonting *mer* än en strukturerande princip för den rättsvetenskapliga debatten – om den alltså i något *annat* avseende säger någonting om rätten. Vilken anledning skulle det vara? Först och främst denna: Som deskription betraktad är distinktionen mellan form och materia uppenbarligen dysfunktionell, och detsamma gäller de motsvarande distinktionerna mellan formalism och pragmatism (eller "instrumentalism" eller "funktionalism" eller "realism" – kärt barn...).

All modern rättsteori är ett försök att finna ett alternativ till formalismen, säger Patterson – men man kan också säga att den moderna rättsteorin har kännetecknats av att den bestämt sina begrepp på ett sätt som gjort formalismen ohållbar. I klassisk, realistisk retorik är "formalism" egentligen inte namnet på en ståndpunkt som det är möjligt att inta, utan en beteckning att åsätta det som man vill ta avstånd ifrån[1360] – det som inte är modernt.[1361] "Formalist" är ett skällsord ... eller, det har varit ett skällsord. Men kritiken mot formalismen i juridiken är ju så grundläggande för huvudfåran i vårt rättsliga tänkande, så gammal och trött, att man kan vara radikal och nyskapande genom att kasta om termens värdeladdning och faktiskt kalla sig formalist.[1362] Och det har man alltså också gjort – sedan flera decennier i anglo-amerikansk debatt och sedan några år även i Norden.[1363] Denna vändning innebär dock inte ett

[1360] Cox, An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism s 58: "It is, I venture to guess, an article of faith among most legal academics that formalism is a sin – which is not to say that formalism is absent from contemporary law, or even from contemporary academic commentary. Indeed, judging from that commentary, there is far too much formalism going on. For formalism, as a sin, is the label the commentators often attach to the targets of their critique."

[1361] Ordet används för att distansera rätten från dess ursprung.

[1362] Jfr Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 20: "Egentligen borde det kanske inte vara så originellt att skriva om avtalsrätten ur ett i grunden formellt och till ej obetydlig del juridiskt-tekniskt perspektiv. Ändå framstår nog detta för många svenska jurister som både udda och kontroversiellt. Det är helt enkelt – för att nu använda ett modeord – inte 'inne' att syssla med denna typ av frågor på det sättet. Det är omodernt."

[1363] När författare som Ernest Weinrib i slutet av åttiotalet tar sig för att försvara "formalismen" tar de på sig en roll som skrivits utan rollinnehavare i åtanke. Det hörde vid tillfället inte till spelet att kritiken mot formalismen faktiskt besvarades. Weinrib, Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law s 950, skriver 1988: "In current academic discussion, the avowed formalist is the missing interlocutor. Formalism is like a heresy driven underground, whose tenets must be surmised from the derogatory comments of its detractors."

återvändande till en äldre slags juridik, utan kan bara betraktas som utnyttjandet av en möjlighet att föra *den rättsteoretiska diskussionen* vidare, en möjlighet som öppnats i och med realismens gradvisa övergång från kritik till norm. Det vill säga: Även om det blivit möjligt att kalla sig formalist, bibehåller dikotomierna formalist/realist och form/materia – och alla de med dessa besläktade motsättningarna – sin grundläggande *polemiska* karaktär.[1364] Och emedan dessa dikotomier primärt är att förstå retoriskt, saknar de egentligt deskriptivt värde.[1365]

Det råder ingen brist på tecken för detta – detta: den polemiska, eller retoriska, karaktären hos åtskillnaden mellan form och materia, och dess motsvarande brist på deskriptivt värde – man behöver blott se till de omständigheter under vilka de korresponderande uttrycken faktiskt används. Till exempel kan noteras, att det förhållandet att de läror som man tar avstånd från i civilrätten ofta fördöms som formalistiska, medan den lära som man själv förespråkar alltså skall vara realistisk, i kombination med det förhållandet, att varje ny generation når sina ståndpunkter genom att invertera föregångarnas, ofrånkomligen leder till, att mer eller mindre *alla* ståndpunkter förr eller senare kommer att ha framställts som realistiska ... *och* som formalistiska. Det blir en fråga om perspektiv. I den moderna rättskulturen är det synbarligen varje analys öde att intro-

[1364] Jfr R Posner, Legal Formalism, Legal Realism and the Interpretation of Statutes and the Constitution s 180 f: "'Formalist' can mean narrow, conservative, hypocritical, resistant to change, casuistic, descriptively inaccurate (that is, 'unrealistic' in the ordinary-language sense of the word), ivory-towered, fallacious, callow, authoritarian – but also rigorous, modest, reasoned, faithful, self-denying, restrained. 'Realist' can mean cynical, reductionist, manipulative, hostile to law, political, left-wing, epistemologically naive – but also progressive, humane, candid, mature, clear-eyed. These usages reflect the polemical character of so much writing about law."

[1365] Benedikte Moltumyr Høgberg har nyligen uttalat sig i denna riktning. Moltumyr Høgberg, Pragmatisk formalisme og vice versa s 428 f: "Skal man bruke begrepene [formalisme og pragmatisme] til å beskrive vårt rettssamfunn, [er kanskje] det mest treffende uttrykket [...] 'pragmatisk formalisme' – eller 'formalistisk pragmatisme'. Et slikt perspektiv viser begrepenes tomhet. Bruken av begreper som 'formalisme' og 'pragmatisme' henfaller i stedet raskt til språklige knep for å skaffe egne argumenter størst mulig legitimitet i en rettslig diskusjon." Jfr H Andersson, Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen, vars syfte det är att beskriva "hur de idealtypiska motsatserna 'pragmatism' och 'formalism' kan ta sig uttryck i rättsliga resonemang" (s 54) och som avslutas med reflektionen (s 82 f), att "pragmatism" och "formalism" är ömsesidigt beroende av varandra och att såväl "pragmatisk formalism" som "formalistisk pragmatism" syftar till att upprätthålla rättens "ytplan" (de kan alltså betraktas som legitimerande strategier); se vidare nedan vid n 1372.

duceras med en fanfar av realistisk retorik, leva ut sina dagar och slutligen avpolleteras som ett exempel på överdriven formalism. Över tid får vi kedjor med meningsutbyten där deltagarna i steg byter roller. Realisten blir formalist i sina efterädares ögon. Så är Lassen realist i förhållande till Windscheid och andra företrädare för den då härskande tyska meningen, när han försvarar de danska löftes- och tillitsteorierna med hänvisning till "reale Hensyn" och det praktiska rättslivets krav,[1366] medan Ussing ikläder sig realistens roll visavi Lassen, i det att han förebrår sin föregångare att denne velat återföra rättsreglerna på enhetliga generella principer, såsom avtalsfriheten, istället för att lämna "fri Bane for [...] reale Overvejelser".[1367] I senare nordisk doktrin finns flera exempel på realistiskt motiverade avståndstaganden från Ussings läror. Ett sådant, som här ligger nära till hands, utgör den skepsis som mött Ussings distinktion mellan tolkning och utfyllning.

Skall vi dra slutsatsen att rätten som helhet rör sig mot en ständigt högre grad av funktionalitet? Snarare bör kanske hänvisningar till realiteterna och funktionerna betraktas som en gångbar argumentationsform, och anti-formalismen således som *ett för vår rättskultur utmärkande formellt drag.* Det skulle ju kunna påstås – för en annan illustration av den polemiska karaktären hos kontrasten mellan form och materia – att den svenska, eller skandinaviska, rättstraditionen är "realistisk", "pragmatisk" och "funktionalistisk" i förhållande till den europeiska rättstraditionen i stort.[1368] Vidare framstår vissa discipliner inom ramen för svensk rättstradition, om man ser till den disciplininterna retoriken, som funk-

[1366] Se t ex Lassen, Løfte og Akcept s 260 ff; dens, Vilje og Erklæring s 56 ff.

[1367] Ussing Aftaler, 1 udg s 10 f. Här stödjer sig Ussing på Stang och på Bentzon (jfr t ex Bentzon Almindelig Retslære s 85 ff), men tycks också ansluta till Lundstedts kritik av Lassen i Obligationsbegreppet. Förra delen s 138 f, ett arbete som Ussing i sammanhanget hänvisar till – se Ussing, a a s 9 n 6 och 7; jfr Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 25, angående förhållandet mellan Ussing och Lundstedt. Se också Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 157: "Lassen är en typisk representant för metoden att på basis av en, ofta förstucken, rättsskolastik applicera i riklig mängd synpunkter från livets 'reale Forhold' el dyl." I Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 151, instämmer mästaren i sin lärjunges omdöme om Lassen.

[1368] I sin karakteristik av den nordiska rättsvetenskapen skriver Zweigert-Kötz, An Introduction to Comparative Law s 285: "[T]he tendency to undue conceptualism and the construction of large-scale integrated theoretical systems has never really been followed in the North, thanks to the realism of the Scandinavian lawyers and their sound sense of what is useful and necessary in practice."

tionalistiska vid en jämförelse med andra – sakrätten skulle, så som berördes ovan i ett annat sammanhang,[1369] således kunna pekas ut som särskilt hårt präglad av funktionalism.[1370] Och den sakrättsliga diskursen kan i sin tur delas in i en realistisk huvudfåra, och en försiktig "formalistisk" opposition. Till den senare får väl framförallt Ulf Göranssons författarskap räknas.[1371] Istället för en kedja får vi här en serie cirklar inskrivna i varandra, där varje cirkel sluter sig mot en icke tillräckligt realistisk omgivning. Men principen är densamma.

Ytterligare ett exempel ger det förhållandet att det är *svårt* att få formalismen att framstå som en rationell och rimlig ståndpunkt – även om man verkligen försöker. I sin artikel "Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen" söker Håkan Andersson *neutralt* framställa "formalismen" och "pragmatismen" som komplementära principer, verksamma i den (ersättnings)rättsliga argumentationen.[1372] Han är väl medveten om att ett sådant framställningssätt förutsätter, att de värderingar som vanemässigt följer med dessa begrepp kan suspenderas:

> Att en viss tendens eller teknik [här] ges något av de två tematiska epiteten "pragmatisk" respektive "formalistisk" innefattar således inte nödvändigtvis något positivt eller negativt ställningstagande. Uppgiften är blott att uppmärksamma och tematisera möjligheter i dagens ersättningsrättsliga diskurs. [...] I denna artikel iakttas således två stilar som i viss mån kan sägas vara idealtypiska motsatser, nämligen pragmatism och formalism. Den förra formuleringen ger vanligen fler positiva konnotationer genom att frambesvärja en praktisk inriktning på det enskilda fallets egenheter och lämpliga resultat samt en friare och mer obunden syn på (inklusive genomsyn av) definitioner och begrepp. Att etikettera något som formalism medför däremot ofta negativa övertoner, då man associerar till strikta och kalla resonemang som utan tanke på resultatet genomförs på ett förvisso korrekt sätt. Vill man vända på förtecknen kan man istället påvisa pragmatismens löslighet och anpassning till det efemära, eller åtminstone skiftande, värden (kanske till och med sådana av rent känslomässig natur); och således kan for-

[1369] Se ovan avsnitt 7.6.2.

[1370] Se t ex Grönfors, Ändamål och funktion s 532; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 172 f, samt härtill Andreasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants" s 524 ff.

[1371] Se Göransson, Traditionsprincipen s 21 f och 419 ff.

[1372] Artikeln återfinns i festskriften till Dufwa (2006). Jfr Gravers artikel "I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper" i TfR samma år, som i sin deskription på ett motsvarande sätt eftersträvar *balans* mellan form och materia. Se också Schultz, Kausalitet s 116 ff.

malismen framställas som en rättssäker och logiskt oantastlig verksamhet där man, utan advokatyr och tillfälliga sentiment, steg för steg definierar och härleder resonemang.[1373]

Det är förvisso möjligt att kasta om förtecknen, och ställa värderingarna på huvudet ... men man skall märka, att det som med en sådan manöver blottläggs, är möjligheten av en *annan* ordning – en annan än den rådande. Gör man formalism till det överordnade värdet, är det (inom ramen för den svenska förmögenhetsrättsliga diskursen) blott i tanken – ex hypothesi.[1374]

Det som jag här tar sikte på är någonting mycket handfast och konkret. Vi är inte vana att i vår språkliga praktik hantera "formalism" som ett tecken för någonting positivt. Följaktligen är det svårt för oss att ta tanken på en omkastning av begreppen pragmatism och formalism, i normativt hänseende, på *fullt* allvar, det vill säga som någonting annat än ett tankeexperiment.[1375] Även om formalismen låter sig framställas som "en rättssäker och logiskt oantastlig verksamhet där man, utan advokatyr och tillfälliga sentiment, steg för steg definierar och härleder resonemang" är det svårt att *tro* på den. Framställningen kommer i våra ögon att likna en karikatyr – och ju tydligare och starkare man gör den formalistiska ståndpunkten, desto mer kommer den att påminna om de

[1373] H Andersson, Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen s 55.

[1374] Jfr H Andersson, Constructive Deconstruction s 367: "Deconstruction is not the same as a simple reversal of the binarism through which the surpressed part, rather than its contrasting term, is ascribed the status as the Truth. Deconstruction is rather the starting-point for a careful investigation, or discourse, about the themes considered. The tentative overturning exhibits that there are other possible orders than the prevailing."

[1375] Svårt ... men inte omöjligt. I amerikansk teori leder flera vägar fram till en allvarligt menad formalism – den bredaste är den som går genom rättsekonomin. Vad gäller avtalstolkningen argumenterar man för klassiska formalistiska ideal med hänvisning till den ekonomiska effektiviteten, vilket vill säga att man prioriterar snabbhet och förutsebarhet i tvistelösningen. De främsta medlen för att åstadkomma detta tänker man sig typiskt sett vara en radikal begränsning av mängden tillåtna tolkningsdata (sträng tolkning av the parol evidence rule), att den tvingande och den dispositiva rätten skärs ner till ett minimum (maximal avtalsfrihet och fri sikt för parterna) samt en i största möjliga utsträckning objektiv och standardiserad tolkning ("textualism"). För en inflytelserik formulering av ståndpunkten se Schwartz-Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law s 568 ff. Något mindre övertygad är R Posner, The Law and Economics of Contract Interpretation. I England tycks utvecklingen gå i en annan riktning; se ovan vid n 1273.

ursprungliga realisternas nidbilder av den dåtida jurisprudensen.[1376] "Logik" och "härledningar" ... vi *kan* inte se den bilden av juridiken som annat än naiv och antikverad.

Men ändå: Det är uppenbart, vill jag säga, att en deskriptiv rättsanalys tjänar på att balansera det instrumentalistiska, realistiska och pragmatistiska idealet mot någon form av motsats – för det går inte att komma ifrån, att avståndet mellan den realistiska ideologin och den rättsliga argumentationens praktik är avsevärt (såsom flera gångar framhållits i det föregående). Det *verkar* som om vi på något sätt i praktiken alltjämt respekterar det formalistiska idealet – men det är svårt att *förstå* hur det kan komma sig. Ty i vår förståelse är formen ett oting. Text utan innehåll är *ingenting* (vi tror inte på bokstavstolkning). Det antagna formalistiska paradigmet förlorar sig vid horisonten – såsom när den bekännande formalisten Ernest Weinrib förklarar att rätten inte tjänar några som helst syften utöver sitt eget:

> Private law, I [...] claim, is to be grasped only from within and not as the juridical manifestation of extrinsic purposes. If we *must* express this intelligibility in terms of purpose, the only thing to be said is that the purpose of private law is to be private law.[1377]

Detta är *nonsens* ur realistisk synvinkel sett – kontraspråk, eller helt enkelt en vägran att spela efter de etablerade reglerna.[1378]

Jag tror för egen del att det vore en god idé att ställa frågan, om det egentligen är möjligt att säga någonting väsentligt om juridiken, som praktisk verksamhet betraktad, så länge man håller fast vid distinktionen mellan form och materia – den ofrånkomligen polemiska och med vetenskapsideologiska betydelser mättade. Svaret är naturligtvis, att denna distinktion är grundläggande för rättsteorin, och därmed för det sätt att förstå juridiken på, som vi faktiskt är anvisade. Ja, *men därutöver?*[1379]

[1376] Nidbilder? Jfr Goodrich, Satirical Legal Studies s 465: "[I]t was humor, satire in fact, that brought the edifice of legal science crashing down in the first half of the twentieth century. Judicial formalism and academic legal positivism were reduced to rubble by satire, not by seriousness or the subtleties of critical dogmatics." Just Uppsalaskolan kännetecknas väl inte direkt av sin humor – men det är *inte oväsentligt* att dess alster, främst Lundstedts, idag lätt ger ett komiskt intryck (ett tecken på vår bristande förståelse).

[1377] Weinrib, The Idea of Private Law s 5.

[1378] Följaktligen bör man ta det som en uppmaning: "Läs vidare, och försök att se vad jag har att säga."

[1379] "Die Technik des Rechts ist nicht erst mit der Jurisprudenz in die Welt gekommen", påminner oss Jhering, Geist des römischen Rechts. II.2 s 326; se också dens, a a s 314 n 472

9.2.2 Tolkning i den döda vinkeln

> Tingens för oss viktigaste aspekter är fördolda genom sin enkelhet och alldaglighet. (Man kan inte märka en sak – därför att man alltid har den för ögonen.) De egentliga grundvalarna för sin forskning uppmärksammar människan inte alls. Om inte just detta någon gång slagit henne. – Och det vill säga: Vi märker inte det som, när vi en gång sett det, är det mest påfallande och starkaste.
>
> *Ludwig Wittgenstein*

Vad jag nu har sagt är detta: Inom ramen för den moderna rättsteoretiska diskursen är distinktionen mellan form och materia grundläggande.[1380] Väl där faller det sig alldeles naturligt att i sitt tänkande över rätten skilja formen från materian – och omvänt är det mycket svårt bedriva rättsteori bortom, eller utanför, denna dikotomi. Kan man emellertid för ett ögonblick avstå från sitt teoretiserande för att istället betrakta detta, och lyckas man verkligen se det – som en verksamhet – skall man märka, att åtskilligt av det som vi rent faktiskt gör, under det att vi teoretiserar, saknar motsvarigheter i vårt språkliga beteende i övrigt. Och till det som på detta sätt utmärker den rättsteoretiska *livsformen* – här lånar jag ännu ett av Wittgensteins uttryck – hör vanan att skilja formen från materian, formalism från pragmatism etc.

Här pekas alltså på möjligheten, att istället för att se på rätten som någonting som på något sätt utspelar sig mellan form och materia (ett perspektiv som vi är vana vid och bekväma med), betrakta denna uppdelning som ett drag i ett specifikt juridiskt språkspel (det spel inom vilket man in abstracto uttalar sig om rätten).[1381] Genom att inta det senare perspektivet gör man sig själv uppmärksam på, att distinktionen mellan

(Jag vill läsa denna Jheringska anmärkning i linje med Wittgenstein, Om visshet § 475: "Språket har inte framgått ur ett resonemang.") Jfr Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 5: "Den juridiska metoden har nog alltid tett sig som självklar för de flesta rättsvetenskapsmän och jurister." Se också Graver, Keiserens garderobe s 470 f.

[1380] Genom att på detta sätt avgränsa den *moderna* rättsteorin försöker jag göra en poäng som kan kallas Nietzscheansk. Ja, jurister (och inte bara jurister) har kanhända *i alla tider* skiljt formen från materian, men *vad* är det då som de har skiljt åt? Jag tar sikte på ett specifikt sätt att göra bruk av termerna "form" och "materia" – det moderna.

[1381] Därmed förvägras inte det första perspektivet giltighet – det är jag inte i position att göra (*ingen* har den befogenheten) och det har jag inget intresse av att göra.

form och materia har *en bestämd plats* i det juridiska språket – vilket vill säga att denna distinktion saknar allmängiltighet, så länge som det är rättens språkliga praktik som diskuteras. Uttalar man sig således till exempel om rättens formella respektive materiella aspekter, är det såtillvida någonting *annat* man talar om – någonting under, utanför, bortom eller vid sidan av språket.[1382]

Poängen här är inte teoretisk. Jag vill peka på ett *sakförhållande* – ett sakförhållande som är omedelbart tillgängligt för oss, men som vi tenderar att bortse från när vi gör rätten till föremål för abstrakt reflektion – nämligen detta: Trots att uppdelningen i formalism och pragmatism är en av de begreppsliga konstruktioner som vi instinktivt griper efter när vi skall karakterisera ett stycke rättslig argumentation, så argumenterar vi inte genom att i praktiken tillämpa dessa kategorier.[1383] Jämför med situationen i politiken. Det är uppenbart att höger och vänster på den politiska skalan i nu diskuterat hänseende inte utan vidare kan jämföras med formalism och pragmatism. Ty det är inte *blott möjligt* att framställa högern och vänstern i positiv såväl som negativ dager. I den politiska praktiken framställs dessa båda sidor *rent faktiskt* både positivt och negativt. Båda lägren har företrädare, och det är meningsutbytet dessa emellan som konstituerar det politiska samtalet. I den svenska förmögenhetsrätten är däremot mer eller mindre alla pragmatister. Det finns inget formalistiskt parti, även om det kanhända finns enstaka dissidenter, som är beredda att föra "formalismens" talan.[1384]

[1382] Att detta är intressant och rimligt är den grundläggande premiss som all teori bygger på. Och med detta inte sagt att teori inte kan vara det – dvs intressant och rimlig. Antagandet om en under ytan förefintlig *dold* teori är explicit hos t ex Ronald Dworkin; se Dworkin, Law's Empire s 90, 101 och 256. I modern svensk förmögenhetsrättsteori är tanken antagligen tydligast hos Votinius; se Votinius, Varandra som vänner eller fiender s 15 ff, 221, 236 ff och 253.

[1383] Med undantag för de delar i vilka vi bygger vår argumentation genom att karakterisera andras argumentation, eller en hypotetisk argumentationslinje som vi vill avfärda. Det förekommer ofta. Antagligen oftare i rättsvetenskapen än eljest – enligt mallen: "HD:s domskäl är formalistiska. Vi borde istället se saken så här (dvs realistiskt)." Men i t ex NJA 1979 s 448 avfärdade HD ett tolkningsalterantiv med motiveringen att "[e]n sådan rättstillämpning skulle framstå som utslag av en opåkallad formalism, ägnad att leda till stötande resultat."

[1384] Egentligen är det väl bara i vetenskapen som det är intressant att framställa sig som formalist – det har kommit att få en innebörd där.

Ett sätt att få upp ögonen för detta sakförhållande, kan vara att rikta uppmärksamheten mot praxis gällande avtalstolkningsfrågor – mot tolkningens faktiska praktik istället för mot rättsvetenskapens sätt att beskriva och hantera denna.[1385] För den typiska avtalstolkningsproblematiken har egenskaper som åtminstone i viss mån "stör ut" den diskursiva logik som vanligen får bestämma förhållandet mellan form och materia. *Form* associerar vi som sagt med regler, specifikt med rättsreglerna, och *formalism* tänker vi oss vara uppfattningen att reglerna skall tillämpas strikt och efter lydelsen – som de står. Att vara formalist är att värna om (den formella) rättssäkerheten – om *förutsebarheten*, och inte om så mycket annat. Denna koppling till regler och rättssäkerhet är nu inte helt enkel att överföra på avtalstolkningen – av lätt insedda skäl.[1386] Enhetlighet i tillämpningen av det individuellt framförhandlade avtalets regler kan naturligtvis inte garanteras av domstolarna.[1387] Det blir i många fall rent av en smula underligt att tala om "tillämpning" av sådana regler (I vilka situationer kan man säga att parterna tillämpar reglerna i sitt avtal? Tillämpar en säljare som levererar varan i tid avtalets leveransklausul?).[1388] När en tolkningsfråga infunnit sig föreligger, vidare, per definition en oklarhet i avtalet. Man kan fråga sig på vilket sätt parternas intresse av förutsebarhet gagnas genom att denna oklarhet undanröjs. Och vad mera är: Just när det gäller avtalstolkning brukar man, som aldrig annars, framhålla vikten av att bedömningen individualiseras – grunden för en god avtalstolkning är känslighet för det föreliggande fallets särart. Finns det överhuvudtaget avtalstolkning*sregler* så måste dessa tillämpas med särskild urskiljning och utan antydan till rigi-

[1385] Poängen att en rättsvetenskap som behärskas av det tidiga nittonhundratalets filosofi inte kan hantera avtalstolkningens praktik gjordes redan av E Allan Farnsworth, i den ofta citerade artikeln "'Meaning' in the Law of Contracts" (1967); se Farnsworth, a a s 941 f.

[1386] Jfr det förhållandet att Lehrberg, som nogsamt skiljer tolkning från utfyllning och som betonar att förutsättningsläran är en utfyllande rättsregel, och som i sin framställning av förutsättningsläran går långt för att genom "rent begreppsligt-teleologiska deduktioner" säkerställa ett koherent, konsistent och precist system, sätter likhetstecken mellan "rättssäkerhet" och "förutsebarhet"; se Lehrberg, Förutsättningsläran, s 66 n 154; se härtill Wilhelmsson, Anm av Lehrberg, Förutsättningsläran s 454. Denna inriktning hade Lehrbergs studie inte rimligen kunnat ha, om han hade hänfört förutsättningsläran till tolkningen; jfr emellertid Høgberg, Kontraktstolkning s 21.

[1387] Annorlunda vid tolkning av allmänt tillämpade standardvillkor, såsom AB-kontrakten i entreprenadrätten.

[1388] Relativt avtalets regler är parterna både "rättssubjekt" och, ibland, "rättstillämpare".

ditet.[1389] Frågan är helt enkelt vilka regler, i avtalet eller i avtalsrätten, som man skall vara formalist i förhållande till. På motsvarande sätt bereder det vissa svårigheter att vara *pragmatist* i avtalstolkningsfrågor. Visst kan man säga att det är väsentligt att avtalstolkningen är *rimlig*, och rimlighet associerar vi med den typ av flexibilitet som är utmärkande för den pragmatiska juridiken. Vi bryr oss som pragmatiker om den materiella utgången, inte de formella föreskrifterna. Men i precis detta ligger svårigheten med att tillämpa kategorin "pragmatism" på avtalstolkningen. Att tolka avtal *är* att bry sig om reglerna, det vill säga avtalets regler. Förhåller man sig fritt till avtalstexten – och inriktar sitt resonemang på frågan vilken lösning som vore lämpligast, i något slags allmänt rättviseperspektiv – så avstår man helt enkelt från att tolka avtalet. Den "lösning" man på så sätt kan åstadkomma, är inte en lösning på tolkningsproblemet – det är inte en rimlig *tolkning* man har åstadkommit. Nej, i avtalstolkningen håller man sig varken till formen eller till materian, utan till *texten*. Frågan är inte vad som följer av en strikt regeltillämpning (vad som är förutsebart) eller vilken materiell lösning som är lämplig, utan hur texten skall förstås. Och jag tror att vi kan säga, att det som här gör de formalistiska och de pragmatistiska algoritmerna svårtillämpbara, är att de överhuvudtaget inte tar sikte på textens tolkning. Tolkningen faller mellan stolarna.

Tolkning är en (omvittnat svår) *konst*.[1390] Således är det vanskligt att associera den med formalismen.[1391] Samtidigt är tolkningen bunden till

[1389] Härav svårigheterna att rättsligt artikulera tolkningsläran; se ovan avsnitt 5.2. Jfr det som Madsen kallat "fortolkningens dilemma" – balanserandet mellan regelmässighet och rimlighet; se Madsen, Aftalefunktioner s 62; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 416. Se härtill Adlercreutz, Om tolkning; Grönfors, Anm. av Kristian Huser, Avtaletolking; Lehrberg, Anm. av Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 463 ff; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 186 f; Vahlén, Avtal och tolkning s 219, 224 och 249. Jfr dock Bentzon, Noter til Privatrettens almindelige Del s 152.

[1390] Se särskilt Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 375 f; Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 8 f, som hänvisar till varandra. Grönfors, a st, lyfter särskilt fram det konstfulla i tolkningen: "[D]et måste ställas enorma krav på en god avtalstolkare. Det räcker inte med långtgående juridiska kunskaper, både i fråga om överblick och när det gäller speciella rättsområden. Därtill krävs social och psykologisk förståelse liksom den skapande fantasi som avses med inlevelse. Samtidigt är materialet man rör sig med ganska ogripbart. Avtalstolkning är tydligen ingenting för nybörjare. Men detsamma gäller om mycket annat, från Beethovens blåsoktett till Picassos kubistiska etsningar, utan att vi för den skull vill vara utan sådant."; se också dens, Ändamål och funktion s 537.

[1391] Jfr Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 195: "[T]he interpretation of the contract is no formal or mechanical task. On the contrary, it is one of the most

texten – den är alltid ett försök att avtäcka textens (egentliga) mening.[1392] Detta gör uttrycket "pragmatisk avtalstolkning" till något av en contradictio in adjecto, åtminstone så länge som vi med "pragmatisk" menar flexibel, benägen att laga efter läglighet, inriktad på det praktiska resultatet och så vidare.

I den mån juridiken i praktiken är tolkning, kan den svårligen brytas ned i form och materia, eller förstås som ett samspel mellan formalism och pragmatism. Men vi *vill* tillämpa dessa kategorier, vi *vill* förstå rätten på så sätt, och det beror på, att spjälkningen i form och materia (i den inkarnation som här intresserar)[1393] är essentiell för den moderna rättsuppfattningen – den bild vi i egenskap av att vara moderna jurister oreflekterat gör oss av juridiken. För det är, naturligtvis, i ett synnerligen betydelsefullt avseende *inte sant* att det realistiska upproret mot formalismen föregicks av en degenererad, formalistisk juridik. "Formalismen" skapades där och då, i och med avståndstagandet från densamma. Just här måste jag mer eller mindre nöja mig med att blott påstå detta. Något av den historiska mylla som detta påstående vilar på har jag försökt gräva ut ovan i kapitel 7 – nedan i detta kapitel skall vi också bekanta oss med

---

intractable tasks which a court has to face, and it is not made easier by the inadequacy of the rules which the courts have forged to assist them."

[1392] För vår verksamhet är denna förutsättning så självklar att vi sällan, om någonsin, uppmärksammar den. Eller är anledningen den, att vi ännu är så låsta till rättsrealismens formler att det alltför mycket bär emot att tala om textens *sanning*, eller *egentliga* innebörd? Det är ett (grammatiskt) faktum att våra diskussioner gäller den korrekta tolkningen av de rättsliga texterna. Det synes höra till den tyska traditionen att framhålla detta. Se t ex Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik s 18; Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 270 ff, särskilt s 274; Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 134 f; Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 207; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I s 102. Jfr BGB § 133. Med Coings (Coing, a st) ord: "Was [...] die Objektivität der Einstellung angeht, also der Gesichtspunkt, daß der Text in sich einen Sinn hat, den es zu erfassen gilt, und daß man nicht in den Text etwas hineintragen darf, so ist das, wie offensichtlich ist, überhaupt die Grundlage der Jurisprudenz." Det saknas anledning att i detta avseende göra skillnad på tolkning av avtal och tolkning av andra rättskällor. Således Kötz, European Contract Law, Vol 1 s 120: "The function of the judge, according to the apt phrase of Ripert-Boulanger, is 'to make the contract speak' rather than to speak himself."

[1393] Det är ju t ex inte Aristoteles som nu diskuteras.

den tidiga förutsättningslärans historia, och i nästa kapitel granskas ett utsnitt ur partsviljans moderna historia. Men poängen är inte blott empirisk utan också begreppslig. Formalismen är ett anti-ideal. Den är pragmatismens och realismens *postulerade* motsats. Begreppen formalism och pragmatism är, liksom begreppen form och materia, beroende av varandra. De är med andra ord inte namn på två skilda paradigm, utan på två olika, men varandra kompletterande, sätt att formulera *samma* ståndpunkt: den moderna juridikens. Den moderna juridiken är pragmatisk, *vilket vill säga* att den inte är formalistisk. Och vad jag här vill göra gällande är, att den på så sätt definierade, moderna, rättsuppfattningen i ett visst avseende inte är rättvisande.[1394] Den lämnar saker ur räkningen, och bland det som den inte förmår göra reda för är tolkningens praktik. Tolkningen ligger i den moderna juridikens döda vinkel.[1395]

9.2.3 Innanför och utanför texten

> En fråga som kanske låter paradoxal är följande: Vilken betydelse har rättsregler om avtal i praktiken.
>
> *Jan Hellner*

Uttrycken "form" och "materia" (och med dessa besläktade termer) betecknar inom ramen för den moderna rättsteoretiska diskursen två sidor av samma sak ... har jag påstått. Vi kan fråga oss vilken "sak" det i så fall rör sig om. Ett sätt att här åstadkomma en beskrivning, som jag tror är träffande, är att utgå från den relation mellan *text* och *verklighet*

[1394] Jfr: I litteraturen framhålls ofta att det överhuvudtaget inte är möjligt att praktisera formalistisk juridik. Med en formulering hämtad från Mitchell, Interpretation of Contracts s 94: "[F]ormalism is not a method of interpretation; it is the antithesis of interpretation."

[1395] Lindberg, Utfyllande tolkning och avtal: några rättshistoriska perspektiv s 154, anmärker att vi vet "förbluffande litet" om tolkningens historia. Jfr Barak, Purposive Interpretation in Law s 42: "Scholars have recently expressed renewed interest in legal interpretation. In the past, particularly in Anglo-American legal literature, the prevailing view was that interpretation as a subject was obsolete." Jfr Vattimo, Utöver tolkningen s 63, som gör gällande att modernitetens historia "[u]r den synvinkel som Heideggers tillvaroanalytik möjliggjorde" samtidigt är historien om hur en scientistisk sanningsuppfattning slagit igenom och historien om "en process under vilken medvetenheten om den väsentligen interpretatoriska karaktären av våra kunskaper om sanningen gått förlorad."

som etableras i den moderna juridikens retorik.[1396] Denna relation korresponderar på ett visst sätt med distinktionen mellan form och materia.

"Formalist" betyder bland annat *verklighetsfrånvänd*, det vill säga orealistisk, och "pragmatist" kan, omvänt, betyda *realistisk*. Synbarligen förutsätter distinktionen att det är möjligt att skilja de rättsliga texterna från verkligheten som sådan, för det som formalisten inte förmår slita sina ögon ifrån, är rätten, begreppen, reglerna – allt det som de juridiska texterna handlar om.

Det är talande, att Jherings "Im juristischen Begriffshimmel" – den ursprungliga realistiska sagan – placerar de rena juridiska formerna bortom de levandes värld ... och efter Jhering har "den traditionella juridiken" i den realistiska traditionen ständigt framställts som om den gällde någonting overkligt och fantastiskt (*över*naturligt, *meta*fysiskt och så vidare).[1397] Det är kännetecknande för den moderna jurisprudensen, att den endast tillerkänner det som ligger utanför texten egentlig realitet. Detta betyder att, även om man naturligtvis inte bestrider källtexternas existens, det som fastslås i dessa texter endast kan tillmätas relevans i den utsträckning det kan antas ha någon form av effekt på verkligheten i övrigt. Den faktiska verkan blir ett relevanskriterium. Texten är som sådan och för sig irrelevant.

Med denna attityd följer en för det moderna rättstänkandet kännetecknande *kluvenhet* i läsningen av rättstexterna. Nu kommer vi alltid att vara tvungna att tänka, att det är en sak vad rättskällorna säger, och en annan (och viktigare) sak hur det egentligen är i verkligheten. Läsningen blir villkorad. Och den bild av rättsläget som man kan skaffa sig genom att umgås med källorna, kommer att te sig ofullkomlig, baserad på förenklingar.[1398] Det kan låta bakvänt, för som moderna jurister vet vi att inte

[1396] Jfr Patterson, The Pseudo-Debate over Default Rules in Contract Law s 244: "In classical theory, contract was quite intelligible without resort to the social realm."

[1397] Märk titeln på Cohens i de föregående flera gångar uppmärksammade artikel "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" – en artikel som tar avstamp just i Jherings "Im juristischen Begriffshimmel". Det bortomvärldsliga (det transcendenta) är hos Cohen det som saknar betydelse (referentiell meningsteori).

[1398] Mycket tydligt i Grönfors avtalsrätt. Ett annat exempel ger Jørgensen, Fire obligationsretlige afhandlinger s 82: "[L]ovreglerne er *abstraktioner* og [kan] *derfor* ikke [...] beskrive virkeligheden, således som vi ser den. Reglernes formål er at udskille de 'væsentlige', de 'typiske' træk i den del af virkeligheden, som aftalen udgør. En strukturering er en formalisering, hvis værdi ligger i den forenklede beskrivelse, som letter beherskelsen og fremmer forståelsen af sammenhængen mellem beslægtede fænomener. Abstraktionens værdi

förväxla rätten med verkligheten. Men det är ovillkorligen nödvändigt, om juridiken skall kunna tänkas realistiskt, att det som texterna handlar om till syvende och sist på något sätt *är* verkligheten och ingenting annat.[1399]

Konfronteras man med en källa som saknar *all* verklighetsförankring beror det på att den är gammal, en kvarleva, eller ialltfall ett utslag av en föråldrad rättsuppfattning (av formalism).[1400] I avtalsrätten kommer denna karakteristiskt moderna uppfattning tydligt till uttryck i samband med den sociologiska vändningen efter förra seklets mitt. Ett signifikativt exempel ger argumentationen i Lawrence M Friedmans inflytelserika[1401] studie "Contract Law in America" (1965). Om den traditionella avtalsrätten heter det där bland annat:

> Carried into modern times by treatise writers and the Restatements, the common-law approach to [contract] law in the schools and in legal literature at its worst could be compared to a zoology course which confined its study to dodos and unicorns, to beasts rare or long dead and beasts that never lived.[1402]

Ge akt på konnotationerna: Naturvetenskap ställs mot mytologi. Men det skall enligt Friedman gå att rädda ämnet – under förutsättning att man ser till att relatera sin förståelse av den moderna avtalsrätten till realiteterna (till materian):

> Of course, to study contract we need a definition of that term. Preferably, a definition of contract should be more than conventional, that is, it should describe at any given time some real phenomena, some genuine subject matter, in addition to marking the boundaries of a formal concept of classification.[1403]

---

er derfor helt afhængig af dens evne til at beskrive virkeligheden. Selvom en abstraktion (model, struktur, begreb) engang har været tilfredsstillende, kan den altså blive forældet, hvis den ikke længere på en træffende måde formulerer en almindelig erfaring."

[1399] Inom ramen för samma paradigm måste man omvänt tänka sig att det är möjligt att rätten förändras utan att det sätter några som helst spår i rättskällorna. Se t ex Grönfors, Avtal och omförhandling s 54: "I kölvattnet på 'det glada 80-talet' myntades termen fallskärmsavtal. De juridiska egenskaperna hos denna avtalstyp gav man sig aldrig tid att undersöka."

[1400] Jfr Weinrib, The Idea of Private Law s 204: "Scholars regard formalism as a necropolis of lifeless abstraction that repels meaningful contact with the movement and vitality of social interaction."

[1401] Se ovan n 27 och 292.

[1402] Friedman, Contract Law in America s 25. Jfr t ex Jørgensen, Fire obligationsretlige afhandlinger s 77 f.

[1403] Friedman, a a s 15. Friedman, a st, tillägger: "The usual textbook definitions are not particularly helpful. They are typically of marvelous vagueness."

Rätten skall alltså *förankras* i verkligheten. Strategin kräver – kan vi nu i efterhand säga – att man i den avtalsrättsliga diskursen förmår skilja ut de begrepp som inte är rent rättsliga utan istället är tänkta att stänga gapet över till den sociala verkligheten.

Vilka begrepp kan komma ifråga? I den strax ovan citerade passagen antar Friedman att *avtalsbegreppet* borde ges någon form av reell substans. Och är det avtalsrätten som diskuteras är kanske detta det första begrepp man här kommer att tänka på – inte bara därför att avtalsbegreppet är grundläggande för disciplinen, utan därför att det är mycket enkelt att tänka sig avtalet som en form av social realitet.[1404] Istället för att se avtalet som till exempel ett utbyte av viljeförklaringar, skall vi alltså tänka oss att avtal är någonting som verkligen ingås av verkliga människor – i vardagen så att säga – och nu har vi att i juridiken rätta oss efter dessa verkliga skeenden.

Denna *sociala* tolkning av avtalsbegreppet slog igenom också i Norden, och spåren är ännu synliga. Det sätt på vilket avtalsbegreppet introduceras i våra läroböcker är belysande. Öppningsmeningen i Adlercreutz "Avtalsrätt I" presenteras under rubriken "Avtalet som samhällsföreteelse" och lyder:

> Avtal förekommer av de mest mångskiftande slag.[1405]

Avtalet *förekommer*, är med andra ord ett empiriskt fenomen. Det ingås till exempel av "Fru Svensson, som i en livsmedelsbutik köper varor för den dagliga hushållningen".[1406] Men det är också, i Adlercreutz utläggning av begreppet, ett "instrument först och främst i *den ekonomiska omsättningens tjänst*". Och här blir bilden, att avtalet samtidigt är en rättslig form(el), någonting som rättsordningen tillhandahåller medborgarna och som de kan göra bruk av i sina liv – ett bruk som i sin tur konstituerar samhällsordningen. Rätten betraktas som en integrerad del i samhällsmekanismen.

[1404] Och det är intressant ... varför vi väljer vissa begrepp i vissa tankesammanhang och inte andra. Det är svårare att tänka sig strikt reella motsvarigheter till t ex ogiltighet, ond tro och rättshandlingsförmåga.

[1405] Adlercreutz, Avtalsrätt I s 15. I J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, lyder öppningsmeningen: "Avtal kan vara av skiftande slag."

[1406] Adlercreutz, a st.

Under rubriken "Avtaler som økonomiske instrumenter" inleder Woxholth sin lärobok "Avtalerett" med orden:

> De fleste inngår avtaler daglig.[1407]

Och i relation till denna vardagspraktik skall avtalet vara att förstå som en formalisering – det "institutionaliserar" utväxlingen av pengar, varor och tjänster.[1408] Även hos Woxholth möter läsaren således avtalet som en komponent i samhällsmaskineriet. Det heter vidare:

> [Avtalene blir] av uvurderlig betydning for utviklingen av omsetningslivet, og dermed den økonomiske velstand i et markedsøkonomisk innrettet samfunn. De har fått status som "det dynamiske element" i det økonomiske liv (Lynge Andersen/Madsen, Aftaler og mellemmænd, fjerde utgave, København 2001, s 21).[1409]

Woxholth anknyter som synes till inledningen av Lynge Andersens och Madsens "Aftaler og mellemmænd" där man – för att ta ett tredje och sista exempel på hur avtalsbegreppet gestaltas i socialt orienterade samtida nordiska framställningar av avtalsrätten – ävenledes kan läsa sig till att "[a]ftaler er et instrument i den økonomiske omsætnings tjeneste".[1410] Lynge Andersens och Madsens presentation av avtalsbegreppet är intressant i sammanhanget, för den visar direkt tillbaka på det skede i vilket den nordiska avtalsrätten först vände sig mot det sociala – nämligen genom att reproducera väsentliga delar av mönstret i Stig Jørgensens inledning till sin år 1971 utgivna lärobok "Kontraktsret".[1411] Just som Jørgensen inleder Madsen och Lynge Andersen[1412] sin framställning med att under rubriken "Kontrakten som historisk faktum" betona avtalets betydelse för uppkomsten av det moderna samhället. Här använder man en serie dikotomier med vars hjälp utvecklingen gestaltas i två skeden:

primitivt	⟶	modernt
status	⟶	kontrakt
statiskt	⟶	dynamiskt

[1407] Woxholth, Avtalerett s 21.
[1408] Woxholth, a st.
[1409] Woxholth, a st.
[1410] Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 21.
[1411] Se också Madsen, Aftalefunktioner s 7.
[1412] Jfr om arbetsfördelningen författarna emellan Lynge Andersen-Madsen, a a s 5.

Avtalet får enligt detta schema sin egentliga funktion i det moderna, dynamiska samhället – här utgör det den mekanism enligt vilket samhällsresurserna fördelas. I det primitiva, statiska samhället skall omvänt resursfördelningen ha varit avhängig den givna sociala strukturen.[1413] Som framgår av Jørgensens text är det Henry Maines snart 150 år gamla tes om övergången från "status" till "kontrakt" som får tillhandahålla strukturen.[1414] Vad man i detta specifika sammanhang åstadkommer genom att utgå från denna, är en *markering* – av sitt ställningstagande för det som här har kallats "den sociala tolkningen av avtalsbegreppet". Denna markering är visserligen inte längre tydlig. Som vi har sett kan man numera förvänta sig, att framställningen i avtalsrättsliga läroböcker tar avstamp i ett eller annat yttrande om avtalet betraktat som ett socialt fenomen. Men ursprungligen – i början på 70-talet, hos till exempel Jørgensen – betydde det verkligen någonting att ta ställning för det sociologiska perspektivet.[1415]

[1413] Se t ex Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 9: "I et primitivt og statisk samfund med fikserede sociale og økonomiske positioner har man ikke meget behov for kontraktskonstruktionen til kanalisering af den sociale adfærd."; Lynge Andersen-Madsen, a a s 19: "I et primitivt og statisk samfund med fikserede økonomiske og sociale positioner er der ikke noget stort behov for kontraktskonstruktionen." I slutet på efterföljande stycke i Lynge Andersens-Madsens framställning hänvisas läsaren för en jämförelse till s 11 i Jørgensens bok. Parallelliteten synes vara följden av ett medvetet val.

[1414] Maines "Ancient Law" publicerades första gången 1861 – boken tillhandahåller en form av grundmyt för den moderna rättsuppfattningen; se Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 101 ff. Jørgensens resonemang svarar tämligen exakt mot tanken hos Maine, Ancient Law s 270 ff.

[1415] I detta sammanhang kan man nämna Taxells år 1972 utgivna "Avtal och rättsskydd". Jfr Taxell, Avtal och rättsskydd s 1: "Avtalet får inte uppfattas enbart såsom en rättslig företeelse eller konstruktion." Se också Hellners apell i "Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning" (1969). Ett pionjärarbete som tål att uppmärksammas är Saldeens "jurimetriska" avhandling "Skadestånd vid äktenskapsskillnad" (1971). 1977 kommer Dalberg-Larsens avhandling "Retsvidenskaben som samfundsvidenskab" – öppnande och historiserande, ett försök att skapa en motbild till den snäva, normativistiska rättsdogmatiken; se till det nu diskuterade temat överblicken över debattläget i den nordiska rättsvetenskapen hos Dalberg-Larsen, a a s 506 ff. En tydlig tidsmarkör är också Hydéns marxistiska/rättssociologiska avhandling "Rättens samhälleliga funktioner" från 1978.

Jørgensens lärobok inleds med orden:

> Betragtet som sociologisk faktum er kontraktens funktion at dirigere menneskelig adfærd og at øge forudberegneligheden af denne.[1416]

Och på de följande sidorna gör Jørgensen tydligt, att detta betonande av avtalets sociala fakticitet skall förstås som ett avståndstagande från ett äldre, begreppsorienterat och systematiskt framställningssätt. Det handlar för Jørgensens del om att ta hänsyn till de praktiska behov som i realiteten ligger till grund för avtalet som "redskab i omsætningens tjeneste" och att undvika den "efterrationalisering og ideologiske overbygning, som videnskaben havde givet den praktiske ordning gennem suverænitets- og viljespricippet".[1417] Avtalskonstruktionen måste "renses for en del af sin metafysiske ballast".[1418] Fokuseringen på de konkreta sociala omständigheterna tjänar alltså till att komma ifrån de gamla principerna och den gamla systematiken. Konkretion istället för abstraktion, är budskapet. Det var emedan avtalsrätten förr behandlades "på så højt et abstraktionsniveau" – genom "abstraktion fra praktiske hensyn" – som det blev möjligt och naturligt att laborera med viljeteori och annan metafysik.[1419]

Det är, för att sammanfatta, genom att skilja de genom texterna förmedlade, äldre juridiska formerna från den praktiska juridiska verkligheten – och genom att kontrastera text och verklighet – som man här grundlägger den moderna avtalsrätten. Så visar det sig att de gamla abstraktionerna är tomma, och där har vi anledningen att utgå från den juridiska praktiken, istället för från systemet, i vår beskrivning av avtalsrätten. Formen måste rätta sig efter materian. Så uppfattar den moderne avtalsrättaren saken.

Nu vill jag göra poängen, att den distinktion som den moderna avtalsrättsliga analysen börjar med och bygger på – åtskillnaden mellan det som ligger innanför texten (form), å ena sidan, och det som ligger utanför densamma (materia), å den andra – i sig är en abstraktion. Hela konstruktionen – postulerandet av en från rätten skild praktisk verklighet,

[1416] Jørgensen, a st. Ussings "Aftaler", som vid den aktuella tidpunkten fortfarande var den primära doktrinära källan på avtalsrättens område i Danmark (se Jørgensen, a a s 24), inleds med några uttalanden om avtalsrättens plats i den förmögenhetsrättsliga systematiken.

[1417] Jørgensen, a a s 14.

[1418] Jørgensen, a a s 19.

[1419] Jørgensen, a a s 20.

antagandet att denna verklighet är primär i förhållande till de rättsliga "formerna", föreställningen om en modern (det vill säga icke primitiv) samhällsmekanism, i vilken "avtalet" fyller en grundläggande "funktion" – allt detta innebär ett abstraherande på *högsta* nivå.[1420]

Att man pratar om "verkligheten" – och säger sig betrakta avtalet som ett "sociologiskt faktum" – betyder uppenbarligen inte i sig att man slagit sig fri från de traditionella rättsliga formerna. Allt måste hänga på hur man sedan faktiskt behandlar avtalsrätten. Borde man inte här hänge sig åt ett studium av faktiska beteendemönster ute på marknaden, för att försöka få syn på vad ett "avtal" verkligen är?[1421] Men det är inte, märk väl, så som nordiska jurister förhåller sig till avtalsbegreppet. Det som diskuteras i till exempel våra läroböcker, är avtalslagen, viss annan lagstiftning, rättspraxis, doktrinära läror och uttalanden, standardavtal, vissa internationella överenskommelser och andra texter. Under sådana omständigheter är det svårt att förstå en inledning, vilken betonar avtalets faktiska samhälleliga funktion, som någonting annat än en ideologisk överbyggnad.[1422]

[1420] Jfr Negri, Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project s 34:"Let us go back to the root of the question of legal realism. Central here is an argument, which, by simplifying the relationship between society and ideology and retrieving it in the all too familiar figure in which modern social science has placed it ever since the Enlightenment, sees two sets of structures at work in the regulation of society: one at the bottom, the so-called 'base', and one on top, the so-called 'superstructure'. The bottom one, the 'base', is alive and progressive, and as such it always needs to destroy what is dead (and thus left behind) and to produce, in the whole of its discourses and its public institutions, that special superstructure called 'law' in a way that is adequate to the changes of the social."

[1421] En sådan tanke ligger till grund för Hugh Collins omtalade studie "Regulating Contracts" (1999). Jfr Collins, a a s 8, som konstaterar, att även om resonemang av detta slag inte är "entirely novel" så har deras implikationer inte i större utsträckning utforskats. Collins, a st fortsätter: "Once legal discourse reorients itself towards the instrumental reasoning of welfarist regulation, it must observe closely the consequences of regulation in order to ascertain whether the objectives are being achieved. [...] Information about the world, especially market practices, has to be gathered and reconstituted in a form which enables the legal discourse to adjust to its own internal operations and regulatory outcomes. Within this new form of legal reasoning, what the law actually does, its social and economic effects, becomes crucial to the dynamic operations of the legal system." Men där är vi alltså enligt Collins inte än.

[1422] Jfr Wittgenstein, Filosofi s 53: "Jag ville säga att det är märkvärdigt att de som endast tillskriver tingen men inte våra föreställningar verklighet, rör sig så självklart i föreställningsvärlden och aldrig önskar fly ut ur den."; jfr den aforism som Nietzsche, Den glada vetenskapen s 69 f, tillägnar "realisterna".

Accepterar man förbehållslöst den ifrågavarande ideologin, det vill säga realismen, måste man undra vad det egentligen är som jag här vill ha sagt. Vill jag säga att avtal egentligen inte finns – att avtalet bara är en konstruktion i de juridiska texterna? Nej, budskapet här är som sagt att *åtskillnaden* mellan det som "egentligen" finns och det som "bara" följer av texten är en konstruktion. Det är en konstruktion som vi har en tendens att placera först, när vi skall förklara vad (avtals)rätt är, och när vi annars tänker över rätten – och som i och med sin placering skymmer det som sedan händer (det faktiska bedrivandet av den rättsliga verksamheten). Men för att se detta klart måste man, tror jag, lära sig att tänka också utanför distinktionen mellan form och materia.

9.2.4 Realism och hermeneutik

> [A] sharp distinction between law and facts provides a necessary inducement for courts to think of law in functional terms.
>
> *Morton J Horwitz*

Jag vill föreslå följande: Låt oss associera distinktionen mellan form och materia, såväl som åtskillnaden mellan formalism och pragmatism, med *ett* perspektiv, *en* specifik rättsuppfattning, och låt oss kalla denna *realism*. Det ger ett begreppsligt sätt att förstå "realismen" på, som kan jämföras med till exempel den historiska "rättsfunktionalism" som behandlades ovan i kapitel 7. Betrakta denna nya form av realism – som vi här postulerar existensen av för framställningens skull – som ett spel, som börjar i det ögonblick de fenomen som beskrivs i de rättsliga texterna antas ha sin egentliga existens utanför texterna, till exempel ute i det praktiska rättslivet. Utan detta antagande borde man strängt taget inte kunna tänka realistiskt, eller funktionalistiskt. Rättens funktion är detsamma som den *verkan* den har – närmast per definition på någonting annat än sig själv, det vill säga på någonting som ligger utanför rätten. Rättens funktion är det som är verkligt – och därför det som skall vara bestämmande för den. Vi kan falla tillbaka på ett yttrande av Jhering, som ju i mytiskt hänseende är alla rättsrealisters anfader:

> [D]as Recht kennt nur eine Quelle, das ist die praktische des Zwecks.[1423]

[1423] Jhering, Der Zweck im Recht, 1 bd s x. Fritt översatt: "Rätten känner bara en källa, ändamålets praktiska." Vid samma tid uttalar Windscheid, Wille und Willenserklärung

Nu har vi inom ramen för spelet följande förbindelser. Rätten (form) är en sak och fakta (materia) en annan. Texten som sådan skiljs från verkligheten. Materian skall vara bestämmande för formen. Och vi kan säga, att den som inte förstår detta är formalist, medan den som förstår det, är pragmatist (eller funktionalist, eller realist). Allt detta hör till den realistiska logiken.

Vid sidan av detta spel, vill jag nu ställa ett annat, som vi kan kalla för *hermeneutik*. Och här talar vi inte om hermeneutik som teoretisk inriktning, utan som praktisk verksamhet.[1424] Hermeneutik, i denna bemärkelse, är texthantering. Och emedan vi har att göra med juridik: Hermeneutik är det jurister gör med sina källor för att lösa de juridiska problemen, typiskt sett i konkreta fall (någonting har hänt, vad får det för rättsliga konsekvenser?). Som jurister är vi så väl bekanta med den juridiska hermeneutikens mekanismer att det är svårt att beskriva dem. Just av denna anledning tjänar det emellertid ett syfte att i förevarande sammanhang rikta uppmärksamheten mot den "hermeneutiska" verksamheten. Några grunddrag i denna verksamhet synes vara följande. Vi utgår från fallet, från det inträffade. Vi klär omständigheterna i juridiska termer – ofta omedelbart och oreflekterat – för att på så sätt kunna identifiera rättsfrågan. Rättsfrågan gäller normalt huruvida något visst rekvisit i någon viss rättsregel är uppfyllt eller inte. Den kan också vara mera komplicerad – det kan röra sig om flera kriterier och flera regler. Vi har sedan att avgöra rättsfrågan, varvid vi vänder oss ömsom till de rättsliga texterna, ömsom till fallet, och konstruerar ett svar med hjälp av de tekniker och manövrar som tillfället kräver och traditionen påbjuder. Hur

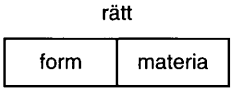
---

s 81: "Das Bedürfniß des Verkehrs ist keine Rechtsquelle." Jämförelsen visar att rättskällebegreppet har en floskelartad kvalitet. Ordet "rättskälla" är inte helt enkelt ett tecken för det som jurister tillmäter rättslig auktoritet, utan också *ett fältrop*, just som "sanning", "rättvisa", "rätt" och "demokrati" – se härtill Frändberg, Begreppet rättsstat s 252. Den som vill se en brist i rättskällebegreppets vaghet, rättskällelärans diffusa natur etc borde kanske besinna detta förhållande.

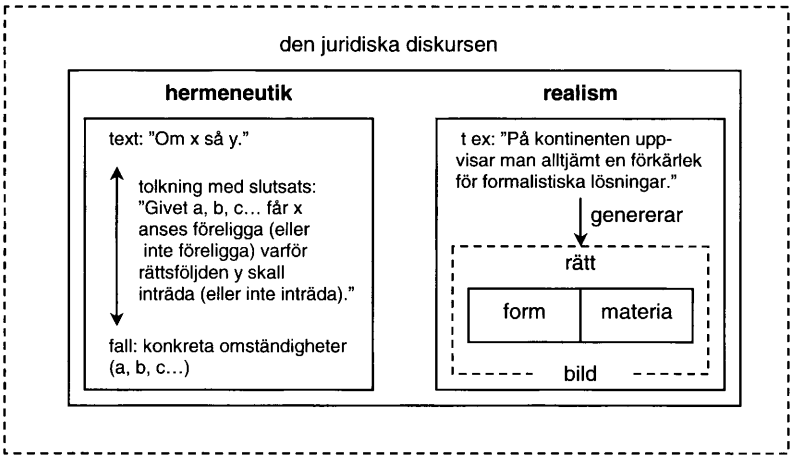
[1424] Detta är ju just vad som menas med talet om "spel". Läsaren uppmanas att *inte* läsa in den filosofiska hermenutikens principer (utbildade i traditionen efter Schleiermacher, via Dilthey, Heidegger och Gadamer, fram till tänkare som Vattimo och Ricoeur) i mitt tal om "hermeneutik" och att *inte* heller läsa in det vetenskapsteoretiska allmängods som termen "hermeneutik" associeras med (förförståelse, hermeneutisk cirkel etc) i min text. Jag menar fortfarande bara vad jag skriver – och för att själva poängen här skall gå fram är det nödvändigt att det hermeneutiska spel jag ställer upp i detta avsnitt inte förstås *som en teori*.

man här går tillväga beror kanske först och främst på rättfrågans art. Slutligen redovisar man sitt ställningstagande och överbryggar på så sätt avståndet mellan text och fall.

Realism och hermeneutik. Vad jag här föreslår är alltså, att vi för stunden, istället för att *tänka* på rätten i termer av form och materia, det vill säga istället för att tänka realistiskt, skall *observera* följande. Det är dels så att vi, i rättsteorin, talar om rätten som om det var möjligt att analytiskt skilja formen från materian (och formalistisk juridik från pragmatisk sådan), och dels så, att vi i den juridiska praktiken, löser juridiska problem genom att avgöra huruvida de skrivna reglerna äger tillämpning på det förhandenvarande fallet. Detta skall åstadkomma en perspektivförskjutning. Jag vill sätta en bild istället för en annan. Istället för att bekräfta denna välbekanta och abstrakta bild...



...vill jag rikta uppmärksamheten mot det enkla förhållandet att den moderna juridiska diskursen rymmer ett teoretiskt spel, i vilket ett av de grundläggande dragen består i att (på olika men besläktade sätt) skilja formen från materian, *och* ett annat spel, i vilket man löser praktiska juridiska problem genom att inordna verkligheten i de kategorier som uppställs i de juridiska texterna. Och detta vill jag göra genom att ställa upp följande motbild:



Förstår man detta rätt är det överhuvudtaget inte kontroversiellt. Jag säger noga taget inte att det är på ett sätt istället för ett annat. För jag tar inte ställning till den teoretiska frågan huruvida formen kan skiljas från materian, annat än i den utsträckning själva påpekandet – att åtskillnaden mellan form och materia typiskt sett saknar motsvarighet på den praktiska juridiska argumentationens plan – innebär ett sådant ställningstagande. Detta påpekande strider dock inte mot realismens logik som sådan. Tvärtom får den realistiska retoriken ofta bygga på antagandet att distinktionen mellan form och materia är tillämplig först på någon form av djupplan, det vill säga på någonting som ligger under den argumentation som faktiskt har redovisats. Realisten intresserar sig för "de egentliga skälen".[1425] Det är ju till exempel dessa som "formalisten" skall ha försökt dölja under sina härledningar och abstraktioner.[1426] Allt jag vill säga, är att vi *faktiskt* underlåter att strängt skilja det som ligger innanför texten från det som ligger utanför densamma när vi löser praktiska juridiska problem, samtidigt som denna skillnad är grundläggande för den form av teoretiserande som utmärker det som här har kallats "modern rättsvetenskap". I praktiken smälter det samman, som enligt vår officiella ideologi skall hållas isär.

En konkret illustration ger befintlig praxis angående frågan om avtalsslut. Denna konstituerar ett svar – stadd i långsam, närmast organisk, utveckling[1427] – på frågan vad ett avtal är. Här som i andra avtalsrättsliga frågor ger den svenska diskursen budskapet, att avtalslagens införande utgör utvecklingens startpunkt. Den symboliska utgångspunkten är allt-

[1425] Se härtill ovan avsnitt 8.3.

[1426] Se t ex Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 660 f, som finner det svårt att skilja realister från formalister i rättskipningen: "[I]f the realist is more willing on some occasions to declare his open allegiance to some policy, the formalist is just as likely to be influenced by the same policy in an unconscious manner. Then, too, the realist judge may often use the formalist approach in order to make his conclusions more palatable to his colleagues in an appellate court." För Atiyah är realisten inte nödvändigtvis någon som använder realistisk jargong, utan snarare någon som faktiskt ser verkligheten som den är.

[1427] Hellner, Högsta domstolen och avtalsrätten 1920–1989 s 201, anmärker att det finns lika lite skäl att utpeka ett år som något annat som ett brytningsår i avtalsrättens utveckling och tillägger: "Förklaringen härtill ligger kanske främst i det sätt på vilket avtalsrätten utvecklas genom rättspraxis. Förändringarna sker alltför långsamt för att brytningsår skall kunna identifieras."

jämt 1 § AvtL och den genom denna regel anvisade anbud-acceptmodellen.[1428] Det har bland annat att göra med hur undervisningen i avtalsrätt bedrivs och med hur läroböckerna – främst Adlercreutz "Avtalsrätt I" – är disponerade. Först har vi en ren utväxling av anbud och accept, sedan de modifikationer och preciseringar som följer av övriga paragrafer i 1 kap AvtL, men därefter har vi Högsta domstolens praxis – som brytit upp reglerna, stuvat om rekvisiten och efterhand sjösatt nya lösningar.[1429] Resultatet är en tämligen komplex avtalslära, väsentligen utbildad i praxis. Så ter det sig.[1430]

Vad ett avtal är, enligt gällande svensk rätt, är en fråga om vad parterna i olika kombinationer avsett, uppfattat, utgått ifrån, måst eller bort inse, om vad man utgett, meddelat, eller underlåtit att meddela. Det har att göra med vad som är ett oskäligt uppehåll. Avtalets förefintlighet kan vara avhängig utgången av ett hypotetiskt prov. Avtalsslutet kan presumeras eller blott postuleras. Det finns kort sagt vissa former till vilka man håller sig när frågan om avtalsslut diskuteras. Märk nu – man får påminna sig själv om – att man *inte* avgör denna fråga i två steg. Trots de anvisade formernas på sitt sätt uppenbara och påtagliga rättslighet resonerar vi som om anbud, accepter, reklamationer, insikter, avsikter, dröjsmål och så vidare vore omedelbart faktiska företeelser. Som om avtalsslutet kunde *konstateras*. Tydligare: Vi (domstolarna) resonerar som om *avtalet – förstått som just den konstruktion som beskrivs i AvtL och i praxis, med dubbla subjektiva rekvisit och allt* – vore en faktisk företeelse. Text och verklighet går i varandra. Eller, annorlunda uttryckt: I praktiken förutsätter vi att rättskälletexterna handlar om verkligheten. Vi opererar på

[1428] Jfr J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 79: "Ett pedagogiskt problem är att den modell för avtals ingående som beskrivs i avtalslagen (anbud-acceptmodellen) i hög grad präglar svenska juristers syn på slutande av avtal."

[1429] Bland de viktigare avgörandena kan nämnas NJA 1930 s 131; NJA 1962 s 270; NJA 1962 s 276; NJA 1977 s 92; NJA 1980 s 46; NJA 1981 s 323; NJA 1982 s 244; NJA 2000 s 747; NJA 2006 s 638.

[1430] Man skall märka, att det redan från början varit givet att bestämmelserna i 1 kap AvtL inte ger en fullständig beskrivning av avtalsslutandet. De är dispositiva hjälpregler – tolkningsregler, som tar sikte på ett visst fall: utväxling av anbud och accept mellan parter inter absentes. Att domstolarna genom sin verksamhet kompletterat lagens avtalslära är inte märkligt utan naturligt; se härtill t ex Arnholm, Avtalerettslige spørsmål; Björling, För vilka avtal är anbudet bindande enligt avtalslagens första kapitel?; Vahlén, Avtal och tolkning s 119 ff; dens, Om slutande av avtal.

textens premisser.[1431] Och det är väl rimligt, så länge vi ägnar oss åt att faktiskt tillämpa avtalsrätten. Annorlunda, emellertid, om saken betraktas ur den realistiska teorins synvinkel. Ty för en realist framstår det som hopplöst naivt, att utgå från att avtal faktiskt ingås just på det sätt som beskrivs i de avtalsrättsliga källtexterna. Det är en sak vad som faktiskt händer, en annan vad avtalsrätten av hävd föreskriver. Texten blir en tvångströja, eller, med en annan metafor, till skygglappar, som hindrar den överdrivet dogmatiska (formalistiska) juristen från att se hur avtal egentligen sluts – "i det praktiska rättslivet" (detta "egentligen", som i den realistiska retoriken ständigt pekar bort från texten...).[1432]

Att det förhåller sig på detta sätt är obestridligt. Det vill säga, det går inte att komma ifrån att den moderna avtalsrättsliga diskursen rymmer båda dessa spel. Hermeneutik och realism samexisterar i vår juridik – två språk, med skilda användningsområden.

Om detta förhållande nu är så "obestridligt" kan man fråga sig varför så mycket energi lagts på att lyfta fram och betona detsamma i föreliggande text. Vi får påminna oss om, att undersökningen här bedrivs på just detta sätt – genom att försöka peka på det givna, i hopp om att rubba de invanda tankemönstren. Det är svårt att se ... och lätt att abstrahera, särskilt i det nu aktuella fallet. Distinktionerna mellan text och verklighet, form och materia, formalism och pragmatism med flera, är *identitetsskapande* för oss, i vår egenskap av att vara moderna jurister. För att kunna se förbi dem måste vi följaktligen övervinna oss själva. Det är svårt att ens för ett ögonblick släppa den realistiska bilden av rätten ur sikte. Så länge vi förblir oss själva *vill* vi inte se skillnaden mellan det hermeneutiska spelet och det realistiska.[1433] I tanken låter vi dem överlappa och

[1431] Det är någonting helt och hållet konkret som här avses. Ett ex: I NJA 2006 s 638 heter det i HD:s domskäl bl a: "Landstinget hörde inte av sig utan oskäligt uppehåll." Detta är ett konstaterande av fakta och en slutsats i en rättsfråga på en och samma gång. Ordet "oskäligt" drar vår uppmärksamhet till "värderingen", men det är ingen principiell skillnad på ett uttalande som detta och ett uttalande i vilket det konstateras t ex att ett anbud avgivits.

[1432] Detta är ju den grundläggande tanke som Grönfors bygger sin avtalsrätt på.

[1433] Tex kan man (som funktionalist) tänkas vilja invända, att även empiriska data mycket väl kan tänkas påverka tolkningen. Visst, det kan *tänkas*. Men så går det inte till. Här eftersträvas en beskrivning av faktiskt föreliggande diskursiva mönster – och min poäng är, att vi i dessa kan spåra en diskrepans mellan (funktionalistisk) retorik och (hermeneutisk) praktik. Jfr Patterson, Normativity and Objectivity in Law s 363: "The forms of argument in law could have been different. The forms of legal argument are an inheritance,

gå upp i varandra.[1434] Och jag vill säga: "Tänk inte, utan se efter!"[1435]

Vad skulle därmed vara vunnet? En mer komplicerad bild och en större förmåga till förståelse ... av den postrealistiska förmögenhetsrättens situation, det vill säga av vår historiska belägenhet. Specifikt inriktar vi oss på förhållandet mellan tolkning och utfyllning. Skall denna distinktion, undersökningens objekt, förstås historiskt – och det är den typ

---

not a dictate." Om det vore så, att jurister grundade sina avgöranden på empiriska studier, skulle det inte finnas någon anledning att förneka det. Jfr Zweigert-Kötz, An Introduction to Comparative Law s 33: "New and more realistic methods, especially those of empirical sociology, have been developed, but it is mere wishful thinking to suppose that they characterize our legal thought." Se också Eckhoff, Juss og samfunnsforskning s 211 f; Hellner, Civilrätt s 126; dens, Metodproblem i rättsvetenskapen s 105 ff; Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 30; Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap. Del I s 729 ff.

[1434] Jfr det förhållandet att den tidiga receptionen av den *filosofiska* hermeneutiken i skandinavisk rättsteori resulterade i en hållning som tycks ha förutsatt och byggt på realistisk ontologi. Se t ex H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 217 ff; Doublet, Hermeneutikken og Rettsvitenskapen s 606 ff; Jørgensen, Does Reality Exist?; dens, Erkendelse, tolkning og beskrivelse; dens, Hermeneutik og fortolkning; dens, On Justice and Law; jfr Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten s 296 ff. Jørgensen är tydligast på denna punkt. Se t ex Jørgensen, Erkendelse, tolkning og beskrivelse s 265: "[V]i må fastholde den realistiske erkendelseteori, som forudsætter, at virkeligheden eksisterer forud for og uafhængig af vor erkendelse." Tanken utmynnar i den separation mellan språk och värld som efter min begreppsbildning i detta kapitel är utmärkande för "realismen". Jørgensen, a st: "Det springende punkt i en realistisk erkendelseteori er imidlertid sanseerfaringens omsætning til sproglige begreber."; jfr H Andersson, a a s 219 – och tolkning blir det sätt på vilket vi förstår världen, empiriska fakta *översätts* till språk. Detta innebär onekligen en an- och tillpassning av det hermeneutiska budskapet; se härtill Kinander, En kritisk vurdering av moderne hermeneutisk rettsteori s 17 ff särskilt s 19; Ljungstrøm, Kan vi overkomme distancen til den retlige text?; jfr Ladeur, From the Deductive to the Argumentative Rationality of Law; Vattimo, Utöver tolkningen s 13 ff. Här gäller det att visa fram någonting som vi tenderar att vara blinda för. Se härtill Kinander, The view from within s 68 ff, särskilt s 74.

[1435] Ytterligare ett hinder för förståelsen: I vår nuvarande vetenskapskultur är det insiktsfullt att sudda ut gränser, naivt att distinkt dra dem. Och på den metanivå där vi så gärna lekfullt uppehåller oss – Lindblom, Är RB social eller liberal? s 164: "Påståenden om artskillnader är ofta uttryck för förenklingar. Mestadels gäller det gradskillnader. Kanske är även skillnaden mellan artskillnader och gradskillnader snarare en gradskillnad än en artskillnad." Jfr Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960 s 17: "Nineteenth-century categorizing typically sought to demonstrate 'differences of kind' among legal classifications; twentieth-century balancing tests deal only with 'differences of degree'."

av förståelse som här eftersträvas – är det en förutsättning att vi inte tar den rättsuppfattning som bär upp distinktionen för given. Även premisserna – svaren på frågor som dessa: Vad är tolkning? Vad är vilja? Vad är rätt? – måste historiseras. Förståelse förutsätter neutralitet, objektivitet. Om vi kan kliva ur realismen och betrakta den som ett spel, det vill säga utifrån, så kan vi börja utvärdera dess betydelse för våra materiellrättsliga uppfattningar och begrepp. Och ger vi på detta sätt realismen en historisk identitet kan vi också börja skriva vår juridiks historia på ett sätt som inte nödvändigtvis framställer oss som segrare över fördomar och vidskepelse (alltså på ett sätt som inte är modernistiskt), utan genom att visa *intresse* för det förflutna.

Ett sådant kliv åt sidan, ut ur det nuvarande, kräver att vi avstår från att driva de teser och ställa de frågor som är viktiga för oss som realister. Vi måste avstå från vårt engagemang. Istället för att en än gång upprepa att juridiken måste vara verklighetsförankrad, får man ställa sig frågan varför vi finner det viktigt att insistera på den saken. Kanske kan man förmå sig att förundras över denna reflex. För vad är motsatsen till en verklighetsförankrad juridik? En fantastisk, fabulerad juridik? Har någon någonsin hävdat att juridiken borde vara sådan – att den borde sakna verklighetsförankring?[1436] Nej. Under vilka omständigheter blir det då meningsfullt att föra fram ett sådant krav? Vad vi här frågar efter är vår traditions historiska särart.

Jag föreslår att vi för stunden ger upp de anspråk som följer med vårt realistiska engagemang, till förmån för en mer nyanserad bild av vår egen diskurs. Egentligen inte i syfte att bemöta denna sanning, utan för att kunna se klarare.[1437] Istället för att tänka i termer av form och materia, formalism och pragmatism – vilket vill säga: istället för att tänka i termer av motsatser som endast kan förstås relativt varandra, inom ramen för ett

[1436] Jfr Hagerup, Anm av Stang, Norsk Formueret I s 182, som bemöter Stangs pläderande för en juridik som ger akt på det konkreta rättslivets realiteter, med påståendet att den strävan "ingenlunde [er] ny. Den er tvertom ligesaa gammel som al sand Retsvidenskab." Motsvarande invändning synes Samuel Williston på sin tid ha riktat mot de amerikanska realisterna – se Movsesian, Rediscovering Williston s 273.

[1437] Jfr Legrand, On the Singularity of Law s 525: "[P]lacing myself firmly in the critical camp, I defend a basic interpretive strategy aiming to overcome the forgetfulness of law's being to which involvement in ideological projects has apparently condemned interpreters. I argue for a politics of remembering, and thus of enablement and empowerment. The point is not so much to defend truth against falsehood, but to promote a richer *yield*."

och samma paradigm – får vi, med den alternativa bild som erhålls genom att ställa "realism" mot "hermeneutik", möjlighet att laborera med en pluralitet av inkommensurabla paradigm. Istället för två olika svar på samma fråga får vi olika frågor, och vi förmår se att frågorna kan vara olika trots att de har samma form. Frågan om textens förhållande till verkligheten är ett i sammanhanget centralt exempel. Det som "texten" och "verkligheten" är för realisten, när han tänker över rätten, saknar motsvarigheter i det praktiska, hermeneutiska handhavandet av rättstexterna. Realisten är tvungen att skarpt skilja texten från verkligheten. Han måste göra texten till *beskrivning* för att få sin realism operativ (för att kunna tänka i funktionella termer). Hur skulle en rättslig figur som inte korresponderar med realiteterna i det praktiska rättslivet överhuvudtaget kunna ha en funktion? "Verkligheten" är primär. Men när det väl blir dags att tolka och tillämpa rätten är detta glömt.[1438] Då spelar vi ett annat spel, där utgångspunkten är texten och dess lydelse.[1439] Och nu är rättstexten inte verklighetens motsats, utan det som i praktiskt hänseende styr vår verklighetsuppfattning – se där: en "gemensam partsavsikt", som ger upphov till ett "avtal".[1440]

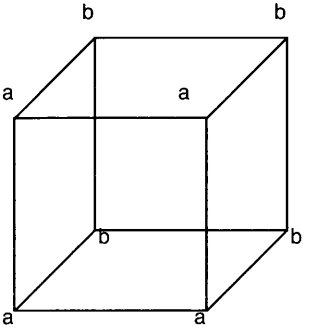
Betraktar vi 1 kap AvtL realistiskt ser vi en misslyckad, föråldrad beskrivning. Ur hermeneutisk synvinkel sett är samma text en av utgångspunkterna för arbetet med frågor om avtalsslut. För realisten är

[1438] Jfr Vattimo, Nihilism and Emancipation s 137: "As soon as we focus closely on the phenomenon of interpretation, the conception of knowledge as the faithful mirroring of an objectively defined fact 'out there' is cast into doubt." Jfr H Andersson, Barthesianska meditationer s 82: "Detta att ett ord, en stavelse, en mening respektive ett uttryck är tecken som ska tydas medför att vi hela tiden *förskjuter verklighetsreferensen*." Jfr även Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten s 311: "Tolkning är inte ett raster som läggs på verkligheten utifrån, utan en del av denna verklighet."

[1439] Jfr Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie s 143: "Es wird bei der Interpretazion immer etwas unmittelbar gegebenes, ein *Text* vorausgesetzt."

[1440] I vår diskurs bryts spelen ständigt mot varandra. En konkret illustration: I en serie rättsfall – NJA 1980 s 705; NJA 1981 s 693; NJA 1982 s 589 – har HD utvecklat tanken, att en "dold" samäganderätt kan uppkomma till egendom som en make eller en sambo införskaffat, genom en tyst överenskommelse makarna eller samborna emellan. Avgörande för principens tillämplighet är att de konkreta omständigheterna är sådana att det kan anses att parterna avsett att egendomen skall vara samägd (avtalstolkning). Agell, Äktenskap Samboende Partnerskap s 69 ff, reagerar med omisskännlig realistisk skepsis, och dömer antydningsvis ut HD:s resonemang som en övning i rent trolleri ("härigenom – simsalabim – [kan man] tydligen dra den avgörande slutsatsen, att det förelegat en gemensam partsvilja hos makarna").

"avtalet" *egentligen* en samhällsföreteelse (inte någonting som vi verkligen kan lära känna genom att läsa avtalslagen). För hermeneutikern – det vill säga för den jurist som försöker lösa ett avtalsrättsligt problem – är avtalet bland annat resultatet av en utväxling av anbud och accept (och lägg märk till att detta svar på frågan om avtalets natur inte har med textens relation till verkligheten att göra). Realisten och hermeneutikern ser olika saker i avtalslagens inledande bestämmelser, trots att de ser samma text, just som man ser olika saker i följande figur beroende på var man fokuserar.[1441]



Tillåter vi oss att arbeta med denna form av växling mellan perspektiv, så kan vi uppnå ett större djup i beskrivningen av de historiska förloppen och en större förståelse för rätten som diskursivt fenomen. Vi kan på allvar försöka att läsa texter från äldre och främmande traditioner på deras egna villkor, och vi kan följaktligen försöka att se oss själva utifrån, eller åtminstone med någon form av distans.

Märk att jag inte tar ställning för någotdera av de här aktuella perspektiven. Angreppssättet är såtillvida neutralt, eller likgiltigt. Jag anger inte några kriterier i enlighet med vilka det skulle kunna avgöras vad som är rationellt, riktigt och rätt. Allt jag gör genom att ställa upp dikotomin realism/hermeneutik, är att postulera två inkompatibla uppsättningar med sådana kriterier – två skilda rationaliteter, som på ett visst sätt är spegelvända i förhållande till varandra. En följd härav är att motsättningen mellan realism och hermeneutik måste vara oupplöslig. Realisten är hermeneutikerns narr och kättare – och omvänt.[1442]

[1441] Denna figur finner man t ex hos Wittgenstein, Tractatus 5.5423; jfr dens, Filosofiska undersökningar s 222 ff.

[1442] För att parafrasera Wittgenstein, Om visshet § 611.

Idéklimatet i den svenska rättsvetenskapen har under det senaste århundradet varit sådant, att explicit realistisk retorik gynnats. Det hade kunnat vara annorlunda, men nu är det, i stor utsträckning, funktionen man har hänvisat till.[1443] Följaktligen är det enkelt att *utifrån realistiska premisser* beskriva utvecklingen i positiva termer. Till exempel tillåter sig Claes Sandgren – när han, i sina försök att påvisa teorins relevans för rättsvetenskapen, letar positiva exempel – att fälla följande omdöme:

> Som andra exempel [...] kan nämnas läror som utvecklats av Ross, Ekelöf och Eckhoff. [...] Eckhoffs rättskällelära är exempel på en pionjärinsats som är ett stort teoretiskt framsteg. Hans "realistiska" rättskällelära ersätter den slutna dogmatiska rättskälleläran med en öppen och deskriptiv lära som är elastisk nog att fånga upp motstridande utvecklingstendenser i både teori och praxis.[1444]

Och Sandgren tillägger i en fotnot:

> Eckhoffs teoretiska arbeten har över huvudtaget varit mycket inflytelserika.[1445]

Ja, Eckhoff har varit mycket inflytelserik. Den "öppna" och "deskriptiva" realismen har varit framgångsrik. Men har den inneburit ett framsteg? Realisten finner det självklart. Det är emellertid lika enkelt att *utifrån hermeneutiska premisser* beskriva samma utveckling i negativa termer. Det realistiska metodprogrammets öppenhet, till exempel, förstår vi då som en blank vägran att ta de rättsliga källtexterna på allvar. För det som realisten är öppen för, är allt som ligger bortom texten, det som han kallar "verkligheten", och genom att böja rygg inför denna abstraktion tror han sig ha undkommit lagens bindande kraft. "Det där är ju metafysik!" upprepar realisten, men bekräftar bara sitt eget falska medvetande – ty juridik handlar alltjämt blott om tolkning och vi argumenterar juridiskt endast inom de fält som texterna genererar ... menar hermeneutikern.

Vad som från ena hållet ter sig progressivt, som följden av ett uppvaknande, ter sig från andra hållet regressivt, som en serie förträngande eller en tilltagande glömska. Ser vi till *spelet mellan realism och hermeneutik* – vilket är det perspektiv som anläggs här – måste emellertid varje utveckling, varje övergång från den ena formen av rationalitet till den

[1443] Jfr Hellner, Scandinavian Legal Realism in the Law of Contract s 60: "Considerations of function, which are more or less based on Lundstedt's ideas, have become a characteristic of Scandinavian legal science, particularly in the field of contract law."

[1444] Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s 330 f.

[1445] Sandgren, a a s 331 n 99.

andra, framstå som fullkomligt godtycklig, eller som en ren effekt av rådande maktförhållanden.[1446]

Modellen skall möjliggöra en, i ett bestämt avseende, rikare form av deskription. Den skall förstås som ett sätt att omsätta språkkritikens strävan, efter att göra texten rättvisa, i praktiken. Istället för att reducera språket/historien/texten efter ett på förhand bestämt schema och att således med våld sätta något visst perspektiv framför alla andra, bejakas skillnaderna perspektiven emellan. Tekniken tillåter ingen censur. När frågan, vad rationaliteten egentligen kräver av rättsvetenskapen, på detta sätt suspenderas, blir det som tidigare – inifrån det egna och nuvarande språkets strukturer – tedde sig primitivt, ofullgånget eller felaktigt, möjligt att föreställa sig som någonting helt enkelt annorlunda, och därmed som någonting som går att ta på allvar, och som det är svårt att avfärda med hänvisning till att det är just annorlunda.[1447] Det knappt hörbara mumlet från det förgångna och från diskursens ytterkanter omvandlas till en kör av distinkta röster, och vi påminns om vad det är vi glömt och vad vi trängt undan. Kritiken strävar efter att exponera den ständigt pågående kamp om språket som definierar den rättsvetenskapliga verksamheten.[1448] Men nog med högstämda principdeklarationer. Låt oss ta ett konkret exempel.

9.3 Förutsättningslärans tidiga historia som exempel

> En tid missförstår en annan; och en *liten* tid missförstår alla andra på sitt eget gemena sätt.
>
> *Ludwig Wittgenstein*

9.3.1 Inledning – kort om den historiska förbindelsen mellan förutsättningsläran och distinktionen mellan tolkning och utfyllning

Låt oss alltså ta ett exempel, så att vi får en känsla för de möjligheter som den begreppsliga konstruktionen "realism"/"hermeneutik" öppnar. Här

[1446] Ett Foucauldianskt maktbegrepp. Jfr H Andersson, Rätt och fel ... och "fel" på "rätt" sätt, Del II.3.1.

[1447] Man kunde tala om behovet av att visa *gästvänlighet* mot det annorlunda – se Pavlich, Experiencing Critique s 103 ff.

[1448] Jfr Lundstedt, Obligationsbegreppet. Senare delen s 189 ff – ett avsnitt som bär den funktionalistiska överskriften: "Rätten väsentligen resultatet av en kamp mellan två intressen: ett irrealt, framgående ur rättfärdighetsidéen, och ett realt, bestämt av hänsyn till de i samhället levande människornas faktiska intressen."

krävs konkretion, och emedan det rör sig om en metod avsedd att hantera faktiska meningssammanhang, förutsätter konkretiserandet att vi i någon mån sänker oss ned i ett sådant sammanhang. Jag väljer förutsättningsläreinstitutets tidiga historia. Poängen måste visas, den kan inte blott omtalas.

Exemplet har valts med vissa baktankar. Förutsättningslärans tidiga historia är nämligen inte utan betydelse för förståelsen av distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Här finns en på ett visst sätt beskaffad strukturell relation.

I den moderna förmögenhetsrättsliga diskursen är förbindelsen mellan de båda figurerna – "förutsättningsläran" respektive "distinktionen mellan tolkning och utfyllning" – starkast i Bert Lehrbergs avtalsrätt. Det kan vara idé att kort beröra denna koppling innan vi ger oss i kast med de historiska förutsättningarna för den moderna förutsättningslärans utbildande, för därigenom kan vi få en anvisning om vad denna historia för vår del handlar om. Där förutsättningsläran möter distinktionen mellan tolkning och utfyllning kommer, vill jag säga, vår avtalsrättsliga självförståelse särskilt tydligt till uttryck. Den lägger vi till grund för båda dessa idékomplex – samman med mycket annat.

Spåren leder i båda fallen tillbaka till Ussing. Det är inte en slump, men vad det handlar om är inte Ussings avtalsrätt som sådan, utan om hur vi kommit att gestalta och värdera den avtalsrätt som Ussing och hans samtida arbetade med. Det handlar om det sätt på vilket minnet av den epoken formerar vår avtalsrättsliga diskurs, vilket vill säga att det handlar om *viljebegreppet.*

Detta är inte tillfället att på djupet studera Lehrbergs systematik. Några korta anteckningar bara, för att driva hem poängen. Först kan noteras att Lehrberg hänför förutsättningsläran till utfyllningen, och att det därför är viktigt för honom att understryka att förutsättningsfrågorna inte har med tolkning att göra.[1449] Denna strävan ger upphov till

[1449] Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 39: "Att den allmänna förutsättningsläran är en utfyllande rättsregel står klart, hur vanliga uppenbart felaktiga uttalanden om att förutsättningsläran kan användas vid tolkningen än är."; se också t ex t ex Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi s 104 ff; Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 80 f n 1; dens, Kutym och rättsregel s 42 f. Jfr t ex J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 201: "Förutsättningsläran inryms i avtalstolkningen genom att den synbara individuella förutsättningen eller typförutsättningen blir ett tungt vägande tolkningsdatum [...]." Angående relationen mellan olkningsläran och förutsättningsläran se

följande svårighet. I traditionen är tolkningsbegreppet oupplösligen förbundet med viljebegreppet. Och förutsättningar är i sig subjektiva företeelser. Hur skall man alltså konstruera en förutsättningslära – vilket kräver att man håller fast vid förutsättningsbegreppet – som bygger på att förutsättningsfrågorna *inte* kan avgöras tolkningsvägen, det vill säga genom att efterforska rättshandlingsviljan?[1450] Lehrberg löser uppgiften genom att dra en gräns i det subjektiva – runt viljan i snäv mening, och därmed också runt tolkningen, löftet och avtalet. Utanför faller förutsättningarna. Det rör sig förvisso ytterst om en form av "självständ",[1451] men inte om ett självständ som den rättstillämpare som är ute efter att fastställa en given rättshandlings rättsverkningar är värst behjälpt av att utröna. Kännetecknande för detsamma är nämligen att den rättshandlande, den som förutsätter, inte tagit ställning till den eventualiteten att förutsättningen skulle visa sig vara felaktig, eller brista.[1452] Den som förutsätter någonting känner ingen tveksamhet. *Förutsättningen* är hos Lehrberg, liksom hos till exempel Ussing, Møller och Windscheid, i detta hänseende *avtalsvillkorets* motsats. För Lehrberg får denna distinktion – en distinktion som "framstår som uttryck för distinktionen mellan tolkning och utfyllning på förutsättningslärans område"[1453] – motivera att förutsättningsläran behandlas objektivt, det vill säga som en rättsregel. Förutsättningarna är så beskaffade att de *inte kan* läggas till grund för tolkning – rättsverkningarna fastställs istället genom utfyllning, genom tillämpning av förutsättningsläran i dennas egenskap av rättslig standard. Det är *en rättsregel* som ger svaret på förutsättningsfrågorna, inte partsviljan.

---

vidare Adlercreutz, Avtalsrätt II s 133 ff; Huser, Avtaletolking s 114 ff; Høgberg, Kontraktstolkning s 239 ff.

[1450] Jfr Arnholm, Privatrett I s 249: "[F]or meg står det slik at jo lenger man går over mot en objektiv forutsetningslære, desto mer fjerner man seg fra det som må være det prinsipielle utgangspunkt for enhver forutsetningslære".

[1451] Se Lehrberg, Förutsättningsläran s 125. I dessa lägen måste man alltid göra den reservationen att de subjektiva företeelserna ifråga endast intresserar i den mån de låter sig fastställas utifrån tillgängliga, dvs objektiva, tolkningsdata, och att man alltså naturligtvis inte spekulerar i vad parterna *faktiskt* velat. Man är ju ingen viljeteoretiker, eller vill i alla fall inte bli beskylld för att vara det.

[1452] Se Lehrberg, a st.

[1453] Lehrberg, Förutsättningsläran s 124; se också dens, Avtalstolkning s 220.

Det inringande, begränsande och objektiviserande av viljan, av det subjektiva, som tycks vara själva principen för Lehrbergs bestämning av förutsättningslärans väsen, följer ett historiskt exempel. Det sätt på vilket subjektiviteten här hanteras visar tillbaka på *en händelse* i förmögenhetsrättens utveckling. Lehrbergs källhänvisningar placerar denna händelse vid tiden för förrförra sekelskiftet. Mönstret är bekant. Då, vill vi anta, tog den nordiska avtalsrätten form. Då gjorde vi oss fria från den tyska juridiken. Då gjorde vi upp med viljedogmen. Detta vill säga att vår historieskrivning bygger på, eller verkar genom, ett visst sätt att strukturera motsättningen mellan det objektiva och subjektiva. Vi låter denna motsättning bli en trosfråga, genom att tala om ismer – objektivism mot subjektivism – och vi härleder vårt ursprung, den händelse som Lehrberg åkallar minnet av, till det ögonblick då objektivismen segrade över subjektivismen. Vår moderna avtalsrätt föds i den stund subjektivismen dör.

Denna berättelse – som är grundläggande för vår självförståelse – är bevisligen inte helt och hållet fiktiv. Någonting hände verkligen vid den antydda tiden, någonting avgörande, även om det kan tas för givet att den enkla modell, som övergången från subjektivism till objektivism tillhandahåller, döljer mer än den förklarar. Det är inte svårt att ge konkreta exempel på förskjutningar i meningsvillkoren för den materiella juridikens del. Debatten var intensiv, tecknen på strid är väl synliga i källorna, retoriken var uppblåst och man upplevde sig leva i en omstörtande tid. Förutsättningslärans historia illustrerar allt detta väl. Och studiet av densamma ger verkligen känslan, att fältet underkastades en revolution i ordets egentliga bemärkelse. Upp blev ner och ner blev upp. Ta bara en sådan sak: Den åtskillnad mellan förutsättningar och villkor som i Lehrbergs system får motivera slutsatsen att förutsättningsläran måste vara objektiv, i bemärkelsen en utfyllande rättsregel, är till förvillelse lik den åtskillnad mellan förutsättningar och villkor som ursprungligen var grunden för Windscheids "subjektiva" förutsättningslära. Samma argument, motsatta slutsatser; följaktligen är det i detta sammanhang inte argumentet som sådant som är intressant, utan de diskursiva strukturer som ger detta innebörd.[1454]

[1454] Ett memento för envar med förkärlek för klyschan att det är "själva argumenten" som är av betydelse. I ett *mycket viktigt* avseende är det *precis tvärtom*.

9.3.2 Objektivismens seger över subjektivismen – den moderna förutsättningslärans tillkomst

9.3.2.1 Inledning

Enligt vedertagen historieskrivning skall den ursprungliga, *subjektiva* förutsättningsläran, efter Windscheid och hos Lassen, i ett visst skede ha ersatts av en *objektiv* variant av samma lära.[1455] Skiftet antas vanligen ha fullbordats år 1918, då Ussings arbete "Bristende Forudsætninger" publiceras. Vi vill ha det till att den subjektiva förutsättningslärans tid var ute – och passar så in institutets historia i den större berättelsen om subjektivismens död.[1456]

De formuleringar jag här använder signalerar en viss skepsis. Vill jag alltså förneka att de subjektiva förutsättningslärorna under förra seklets första decennier fick lämna plats för de objektiva? Nej, inte förneka, kanske, men jag vill nog göra gällande att det finns anledning att ta den traderade historien om den skandinaviska förutsättningslärans tillblivelse med en nypa salt. För det är uppenbart att den åtskillnad mellan objektivt och subjektivt som tillhandahåller berättelsens grundstruktur inte är jämnt balanserad. Det subjektiva underordnas det objektiva. Det objektiva ges en positiv värdeladdning, och det subjektiva en negativ. På så sätt blir övergången från subjektivt till objektivt ett steg i rätt riktning. Vår, nya, juridik är överlägsen deras, äldre (och det är naturligt att se saken så). Den skandinaviska förutsättningsläran bärs upp av sin historia. Men

[1455] Se t ex Arnholm, Privatrett I s 244 ff; Guldberg, Om bristande förutsättningar vid avtal s 5 f; Grönfors, Avtal och omförhandling s 22; Høgberg, Kontraktstolkning s 248 f; Lehrberg, Förutsättningsläran s 34 ff; Nial, Från individualism till kollektivism s 193; Ussing, Aftaler, 2 udg s 462 ff; Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp s 177 ff. Jfr och se till det följande Madsen, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s 32 ff. Se också Stang, Om Vildfarelse s 51 ff.

[1456] Flera författare har senare verkat för att i någon mån lösa upp motsättningen mellan subjektiva och objektiva läror – se t ex Christensen, Förutsättningar och misstag s 324 ff; Guldberg, Om bristande förutsättningar vid avtal 5 ff; Høgberg, Kontraktstolkning s 249; Karlgren, Kutym och rättsregel s 62 n 4; Lehrberg, Förutsättningsläran s 54 f; Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 199; Madsen, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s 47 – och det ligger väl i linje med den skandinaviska rättsvetenskapens allmänna motvilja mot tydliga principiella ställningstaganden. Den generella inställningen tycks dock vara, att de subjektiva lärorna är ett otyg. Den air av subjektivitet som vilar över förutsättningsbegreppet som sådant stör och oroar. Se t ex Arnholm, Privatrett I s 247 ff; Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 170; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 161 och 165 f; Vahlén, Bör förutsättningsläran avskaffas?

just i och med att denna historia – genom själva det sätt på vilket den formuleras – framställer sitt objekt som ett *uppenbart* framsteg, finns det anledning att sätta dess trovärdighet ifråga.

Förhållandet mellan det objektiva och det subjektiva är dikotomiskt – här gäller lagen om det uteslutna tredje.[1457] Principiellt sett ges förutsättningsläran i två skilda varianter: en som är bra (den objektiva) och en som är dålig (den subjektiva). Windscheid och hans efterföljare skall alltså ha föredragit det sämre alternativet. Hur kan det komma sig? Såg de kanske inte lika långt, och lika klart, som vi?[1458]

I detta läge är det instruktivt att fråga efter de inblandade begreppens innebörder. Hur har det objektivas och det subjektivas begrepp bestämts i detta sammanhang? De aktuella innebörderna kan inte gärna antas vara naturligt givna eller på annat sätt ursprungliga. Ty "subjektivisterna" kan omöjligen ha uppfattat sin position som subjektivistisk i den specifika, pejorativa mening som objektivisterna tillskrivit termen.[1459] Det subjektiva är det objektivas motsats, vilket vill säga att subjektivismen vid varje tillfälle tillskapas som kategori i samma ögonblick som objektivismen. Den form av undermålig subjektivism vi här har att göra med borde, kan man misstänka, vara ett påhitt av självutnämnda objektivister.[1460]

[1457] Jfr Stang, Viljesdogmet s 300 f, som i den generella konflikten mellan subjektiv och objektiv teori i civilrätten menade sig stå för den sansade kompromissen, i mitten, mellan ytterligheterna. Stang gjorde gällande att skillnaden mellan teorierna "i den praktiske Anvendelse" var mycket liten, och att man på det teoretiska planet från respektive håll "i Virkeligheden" närmat sig skalans mitt. Min poäng skulle väl då vara, att denna översättning från teori till praktik, respektive denna genomlysning av de teoretiska språkformerna, förutsätter att man gör de inblandade perspektiven orätt, genom att anpassa dem efter det egna perspektivets premisser. Stangs eget perspektiv är, till yttermera visso, omisskännligen objektivistiskt.

[1458] Jfr Vahlén, Bör förutsättningsläran avskaffas? s 396. Det skulle kunna vara så att juristerna vid artonhundratalets slut helt enkelt hade andra preferenser. Vi får då tänka oss valet mellan subjektivism och objektivism som en smakfråga – men det gör det inkonsekvent att hävda att den subjektiva läran är förfelad.

[1459] Jfr den infernaliska ståndpunktens gamla problem: Om djävulen kallar sig ond, vad lägger han då i ondskans begrepp? Spinoza, Etiken s 193, gör gällande: "Kunskapen om gott och ont är ingenting annat än glädjens eller sorgens affekt försåvitt vi är medvetna om den. Vi kallar det gott eller ont som befrämjar eller är till hinders för upprätthållandet av vårt vara, det vill säga som ökar eller minskar, förstärker eller hämmar vår handlingskraft."

[1460] Allt detta är på ett annat sätt uppenbart i den särskilt i avsnitt 9.2 uppmärksammade parallella indelningen i "formalism" och "pragmatism" – där man direkt *ser* den normativa obalansen.

Ussing kunde för sin del – i sin egenskap av lärokonstruktör – förklara, att valet stod mellan subjektiv och objektiv teori.[1461] Men så som Ussing bestämmer sina alternativ blir valet en ren chimär. I sin beskrivning av de subjektiva lärorna ansluter han till den moderna, socialt orienterade kritik av pandektisterna, som initierats av Jhering. På förutsättningslärans område, således i opposition mot Windscheid, hade denna kritik drivits längst av Otto Lenel, och efter honom, mot Lassen, av Ernst Møller.[1462] I stort var de yngre kritikernas huvudinvändning, som bekant, att den äldre jurisprudensen var orealistisk. Såvitt gällde förutsättningsläran riktades invändningen i viss mening mot förutsättningsbegreppet som sådant.

9.3.2.2 Windscheids lära – förutsättningen som viljebegränsning

> Først den senere tyske romanisme (Savigny) udformede det abstrakte almenbegreb: viljeserklæring, hvorefter det er den konkrete *subjektive* vilje, som er det afgørende kriterium for erklæringens gyldighed og udstrækning. Sin yderste konsekvens fik denne subjektivistiske lære i *Windscheids* forudsættningslære, hvorefter enhver antagelse som ligger til grund for et løfte, er en begrænsning i løftets virksomhed.
>
> *Stig Jørgensen*

Windscheid betraktade förutsättningen som en form av viljebegränsning (Willensbeschränkung).[1463] Tanken är ungefär den följande. I förutsättningsfallen visar sig de förutsättningar angående sakernas tillstånd, under vilka en viljeförklaring avgivits, vara felaktiga, och följaktligen uppstår en diskrepans mellan förklaringen och avgivarens *egentliga*

[1461] Ussing, Bristende Forudsætninger s 36 ff.

[1462] En översikt över debatten mellan Windscheid och Lenel, som fördes i Archiv für die civilistische Praxis, ger Hagerup i TfR 1893 s 286 ff, liksom Munch-Petersen, Løftet og dets Causa s 70 ff. Møllers "Forudsætninger" publicerades 1894.

[1463] De primära källorna är i detta sammanhang: a) "Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetztung" (1850), i vilken skrift Windscheid första gången presenterar och lägger ut sin lära, b) "Die Voraussetzung", en uppsats i vilken den åldrade Windscheid försvarar sin lära mot dess talrika kritiker, och c) det avsnitt i Windscheids stora lärobok (Lehrbuch des Pandektenrechts s 507 ff) där läran förmedlas till den juridiska allmänheten. Den ofta citerade öppningsmeningen i "Die Lehre..." lyder: "Die Voraussetzung gehört zu den Selbstbeschränkungen des Willens."

vilja.[1464] I sådana fall kan förklaringens rättsverkningar rättfärdigas *formellt*, men knappast *materiellt*[1465] – inte så länge rättsverkningarnas grund skall vara viljeförklaringen som sådan. Med andra ord saknas det i dessa situationer *anledning* att hålla förklaringens avgivare bunden till förklaringens lydelse. Windscheids förutsättningslära är tänkt att lösa den resulterande konflikten mellan form och materia, och den gör det genom att hänvisa rättstillämparen till en tolkningsoperation. Genom tolkning skall det avgöras under vilka förutsättningar avgivaren uttryckt sin vilja, och därmed kommer viljeförklaringens *rättsliga* betydelse att fastställas genom *tolkning* (en negation av den moderna distinktionen mellan tolkning och utfyllning). Windscheid:

> Welches ist nun die rechtliche Bedeutung, welche einer so erklärten "Voraussetzung" zukommt? Oder besser gesagt: welche Bedeutung wird ihr zweckmässig die Rechtsordnung beilegen? Die Quelle der Entscheidung kann natürlich nur die Auslegung des Willens des Erklärenden sein.[1466]

Om således tolkningen i det enskilda fallet utvisar, att en viljeförklaring avgivits under en viss felaktig förutsättning, så är *därmed* avgjort att förklaringen inte skall ges rättslig verkan som om förutsättningen inte varit förhanden.[1467] Utgångspunkten för bedömningen blir, som vanligt vid tolkning, förklaringen som sådan, och som vanligt finns det ingen formell gräns för vilka tolkningsdata som kan beaktas.

[1464] Ett tillstånd som Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung s 2, beskriver genom att skilja "den verkliga viljan" från "den egentliga viljan". I förutsättningsfallen består det genom viljeförklaring grundlagda rättsförhållandet *i enlighet med* sin verkliga, men *mot* sin egentliga, vilja. Ryckt ur sin kontext är detta uttrycksätt naturligtvis obegripligt. Jfr Lehrberg, Förutsättningläran s 35.

[1465] Se Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts s 510.

[1466] Fritt översatt: "Vilken är nu den rättsliga betydelse som tillkommer en på så vis förklarad 'förutsättning'? Eller bättre uttryckt: Vilken betydelse är det ändamålsenligt att rättsordningen tillskriver denna? Avgörandet kan naturligtvis endast grunda sig i en tolkning av viljan hos förklaringens avgivare." Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran s 123, som, efter Holmbäck, tonar ned tolkningens roll i Windscheids lära (ett led i försöket att slutgiltigt hänföra förutsättningsläran till utfyllningen).

[1467] I Windscheids lära är distinktionen mellan felaktiga och bristande förutsättningar i princip irrelevant. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts s 511: "Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann, [...] ein tatsächlicher, oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger sein; eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung wird durch diese Gegensätze nicht bedingt."

Ett tidsanknutet typfall ger gåvor mellan förlovade.[1468] Det ligger i sakens natur att det normalt sett vore olämpligt att överlämna en sådan gåva med några uttryckliga förbehåll, och skulle givaren drista sig till att göra gåvan villkorad av att förlovningen håller, kommer den mer att likna utpressning än en kärleksförklaring. Inte desto mindre kan det framgå att givaren förutsätter att förlovningen inte spricker. Det kan – om man i syfte att rekonstruera Windscheids tankegång får spekulera en smula – vara någonting som sägs, en hänvisning till en gemensam framtid, gåvans värde och karaktär, en släktklenod, eller någonting som uppenbarligen är avsett för gemensamt bruk, men det kan också finnas seder, skick och bruk, inom en släkt eller mer allmänt, såsom seden att återlämna ringen när förlovningen bryts. Ingenting hindrar heller att man vid tolkningen beaktar framtida händelser och faktorer, såsom vem som bryter förlovningen och av vilken anledning. Ett exempel:

a) Gammelfarmors ring,
b) värd en smärre förmögenhet.
c) Den tilltänkta bruden bryter efter kort tid
d) för att kunna sälja ringen och fly med någon annan.

Vi kan tryggt utgå från att den försmådde fästmannen vid överlämnandet av gåvan förutsatte att detta inte skulle ske, och det vill säga att detta redan då stod klart, för mottagaren såväl som för varje förståndig person. Var och en kan se, att gåvan inte hade överlämnats om givaren hade förväntat sig händelseutvecklingen. Och omdömet grundar sig uteslutande på omständigheterna – dessa ger, rätt tolkade, slutsatsen att gåvan skall anses overksam. Detta, naturligtvis, så länge vi tänker *med* Windscheid.

Men det är naturligtvis så, att vi utifrån vår horisont har svårt att få Windscheids lära begriplig. Alltför mycket av det vi vet om avtalsrätten är annorlunda. Låt mig ge tre exempel:

1) För oss bär det emot att säga att en rättshandling *tolkas* när de omständigheter som läggs till grund för bedömningen inträffat efter det att rättshandlandet avslutats. När det gäller tolkning är principen, som vi vet, att rättshandlingen erhåller sitt definitiva innehåll i samma ögon-

[1468] Diskuterat i Windscheid, Die Voraussetzung s 184 ff. Vad gäller denna problematik är den självklara referenspunkten i modern svensk avtalsrätt NJA 1977 s 717 – se särskilt JustR Bengtssons tillägg.

blick som den fullbordas.[1469] Vid bristande förutsättningar är emellertid just det utmärkande för den rättsliga problematiken att förhållandena senare har förändrats. Och i våra ögon ter det sig ofrånkomligen konstlat, att i tolkningen dra in händelseförlopp som kanske inte ens var beräkneliga vid tillfället för rättshandlingens avgivande.[1470] Det känns som att det skulle vara att spekulera.[1471] Ställ häremot den säkerhet som präglar bedömningen, efter Windscheids lära (i min tolkning), av det strax ovan uppställda exemplet. Det är ett klart fall, och det som står klart är att fästmannen inte förutsatte *det* (det inträffade).

Paradoxalt ... kanske. Men även utifrån våra för-givet-tagna utgångspunkter kan vi, tror jag, närma oss Windscheids tanke på denna punkt. Rättshandlingens innehåll får förvisso tänkas föreligga redan i och med att rättshandlandet avslutats, men när det gäller att avgöra *vilket detta innehåll är*, är det oundvikligt att senare inträffade förhållanden beaktas. Tolkningen går ju alltid ut på att avgöra hur viljeförklaringen skall förstås relativt den händelse som givit upphov till tvisten. I förutsättningsfallen – förutsatt nu att hanteringen av dessa är en tolkningsfråga – ställs, till exempel, inte frågan "Vad förutsatte den rättshandlande?" in abstracto, utan alltid med det konkreta föreliggande fallet för ögonen.[1472] Frågan får formen: "Förutsatte den rättshandlande *detta* (att det som senare visade sig vara felaktigt var riktigt)?"[1473]

2) När tolkningsfrågorna behandlas i nordisk doktrin hör det till formen att man diskuterar *vilket perspektiv* tolkningen skall utgå ifrån. Man tän-

[1469] För att parafrasera Lehrberg, Avtalstolkning s 117.

[1470] En annan sak är att senare inträffade förhållanden kan tillmätas bevisverkan.

[1471] I grund och botten är problemet det samma när det gäller felaktiga förutsättningar (som ju ibland skiljs från bristande förutsättningar – jfr ovan n 1467). Vi är ö h t ovilliga att dra in något i tolkningen som den rättshandlande inte kan ha haft "uppe i medvetandet", vare sig det nu beror på att ifrågavarande omständighet ännu inte inträffat eller helt enkelt var okänd.

[1472] Exempel: När HD i NJA 1985 s 178 väl bestämt sig för att använda förutsättningsläran inleder man bedömningen genom att ange förutsättningen: "Det ligger i öppen dag att det för Järnsidas åtagande att återuppta leveranserna av fartygsplåt till varvet var avgörande att varvets ekonomi och därmed dess betalningsförmåga hade tryggats genom en finansiell rekonstruktion i vilken staten medverkade." Detta är naturligtvis helt enkelt negationen av det som senare faktiskt inträffade.

[1473] I sin diskussion beaktar Windscheid, Die Voraussetzung s 185, orsaken till att giftermålet uteblir och ger exemplen 1) brudgummen bryter förlovningen, och 2) någon av de förlovade råkar avlida (båda dessa fall var tydligen kända från den romerska rätten).

ker sig att tolkningen kan göras utifrån avgivarens, mottagarens, en förståndig betraktares, eller rentav en flugas perspektiv (så kallat "fly on the wall-test").[1474] I Windscheids förutsättningslära, och i hans tolkningslära överlag, saknar den frågan relevans, och det samma får väl sägas gälla för den i denna frågeställning inbakade frågan, huruvida det som i det enskilda fallet krävs är *faktisk* avsikt/insikt eller en insikt som endera parten *borde* ha haft. Windscheids lära är inte psykologistisk och det har den följden att han förefaller vara ambivalent i perspektivfrågan, såväl som oklar över när fastställandet av individuella fakta i fallet övergår i en tillämpning av generella normer – drag som jag sökt efterlikna i diskussionen av förlovningsexemplet ovan. Samtidigt som det talas om förutsättningen som en begränsning av avgivarens vilja, verkar det ibland som om han också kräver att motparten insett att avgivarens vilja varit begränsad.[1475] Och tolkningen, som skall leda fram till slutsatsen, sägs vara objektiv *och* subjektiv.[1476] Windscheids diskurs vägrar tillsynes inordna sig – vårt nutida avtalsrättsliga språk leder oss vilse i läsningen.[1477]

3) Med det realistiska arvet följer en vilja att i analysen skilja ut och lyfta fram *den rättsliga värderingen* – det som vi antar vara det egentligen avgörande momentet vid utbildandet av varje juridiskt omdöme. Nu skulle man, begåvad med denna instinkt, mot det ovan anförda tillämpningsexemplet – gammelfarmors ring och så vidare – kunna invända, att detta är tillrättalagt, och det på ett sätt som gör det omöjligt att utvärdera den tillämpade lärans förtjänster. Fallet är uppenbarligen konstruerat för att vår instinktiva värdering av situationen skall harmoniera med den lösning Windscheids förutsättningslära föreskriver. Det är klart att det är synd om den fästmannen. Såsom vi ser det är emellertid det stora

[1474] Tanken ges ett pregnant uttryck i den figur som återfinns hos Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 423. Se vidare nedan s 591.

[1475] Jfr t ex Windscheid, a a s 184 f: "Darf man sagen, daß dem Verlobten in dieser seiner Eigenschaft, also als künstigen Ehegatten, geschenkt sei, das der Schenker nicht geschenkt haben würde *(und daß der Beschenkte weiß, daß er nicht geschenkt haben würde)* [min kurs], wenn er nicht erwartet hätte, daß das Verlöbniß zur Ehe führen werde?"

[1476] Windscheid, a a s 197: "Es handlet sich um eine Voraussetzung, die nach den Regeln der Auslegung als gewollt *objektiv und subjektiv* [min kurs] erkannt werden kann." Se vidare nedan n 1665.

[1477] Jfr t ex Vahlén, Avtal och tolkning s 187 ff, om den "principiella inkonsekvensen" i Windscheids syn på tolkningsfrågorna. Jag misstänker att den analys som vi lärt in, efter Stang, överdriver motsättningarna i Windscheids tolkningslära – se härtill Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 422.

problemet i dessa sammanhang – och det förväntar vi oss att varje förutsättningslära på något sätt skall hantera – att skilja de fall, i vilka avgivarens förutsättningar skall tas i beaktande vid fastställandet av viljeförklaringens innehåll, från de fall i vilka, som vi uttrycker oss, han själv får stå risken för att hans förutsättningar brister, eller var felaktiga.[1478] Här infinner sig således frågan, hur Windscheid skulle hantera de fall i vilka det uppenbarligen är olämpligt att risken, så att säga, flyttas över på mottagaren. Kanske tänker vi i första hand på de i praktiskt hänseende synnerligen betydelsefulla situationer i vilka rättshandlandet är väsentligen spekulativt. Ta en sådan sak som börshandel – som ju är någonting utpräglat kliniskt och merkantilt (inte "smetigt" som gåvor utväxlade mellan förlovade). *Om* det kan sägas att fästmannen i exemplet ovan förutsatte, att förlovningen skulle hålla, kan det väl lika gärna sägas att den som spekulerar i aktier förutsätter att kurserna skall stiga.[1479] Måste inte Windscheid i så fall ge varje aktieköpare som marknaden sviker rätt att frånträda sitt köp? Eller hur förklarar han annars skillnaden mellan fallen?

Jag tror inte att en rättrogen Windscheidian måste finna denna invändning så avgörande som vi vill att den skall vara. Logiken bakom det dilemma som nu ställts upp är, nämligen, i och för sig inte tvingande. Resonemanget utgår från premissen, att endast vissa förutsättningar bör tillmätas rättslig betydelse, vilket vill säga att förutsättningen betraktas som ett i det enskilda fallet givet *faktum*, som sedan skall *värderas* – och det är denna värderingsprocess som vi tänker oss att förutsättningsläran skall strukturera. Hos Windscheid är emellertid förutsättningen närmast att betrakta som *tolkningens resultat.*[1480] I de fall förutsättningsläran är tillämplig utmynnar tolkningen i omdömet, att en förutsättning föreligger och rättshandlingens innehåll bestäms därefter. Som vi ser det betyder det att tillämpningen blir godtycklig,[1481] men det behöver nog inte vara så. När kan det rimligen hävdas att den verksamma avtalsviljan begränsats av en förutsättning? Knappast vid aktieköp enligt exemplet ovan. Visserligen låter det sig påstås att det typiska

[1478] Jfr Windscheid, Die Voraussetzung s 169.

[1479] Låt vara att det låter absurt.

[1480] Förutsättningen betraktar Windscheid, a a s 168, som en "stillschweigender Willenserklärung" i bemärkelsen "die in einer anderen Willenserklärung enthaltene, gleichsam in ihr eingehüllte und durch Auslegung aus ihr enthüllte Willenserklärung."

[1481] Windscheid, a a s 196, fann den huvudsakliga grunden för den kritik som riktats mot hans lära "in der Empfindung, daß man mit der Voraussetzung auf einen abschüssigen Boden gelange", en ståndpunkt som Windscheid naturligtvis i sin tur avskriver.

aktieköpet görs under förutsättningen att kurserna skall stiga, men det synes inte vara sådana förhoppningar som Windscheid vill åt med sitt förutsättningsbegrepp.[1482] *En dylik "förutsättning" kan ju inte meningsfullt tänkas som en del av avtalet, och bör inte tolkas in i detsamma.*[1483] I det kommersiella sammanhanget är ett avtal som ger ena parten alla fördelar ett oting, såvida inte, naturligtvis, tolkningen ger vid handen att det var ett sådant avtal parterna ville ha.[1484] Skillnaden mellan förlovningsfallet och aktieköpsfallet är, helt enkelt, att det i förra fallet, till skillnad från det senare, är *rimligt* att låta tolkningen mynna ut i slutsatsen att rättshandlingsviljan varit begränsad av en förutsättning.[1485]

[1482] Windscheid tänkte sig uppenbarligen inte att förutsättningsbegreppet skulle svara mot en väl avgränsad del av verkligheten, utan betraktade detsamma som ett domarens hjälpmedel (Windscheid, a a s 197) som erbjöd en möjlighet att undvika formalism i rättstillämpningen (se särskilt Windscheid, a a s 201). Hans utläggningar syftade inte till en "Begriffsbestimmung" utan "[d]amit [...] soll nur die Richtung bezeichnet sein, nach welcher sich die Voraussetzung bewegt." (Windscheid, a a s 195). Låter det lösligt? Jfr ovan 5.2.

[1483] Jfr tolkningslärans s k giltighetsregel.

[1484] Jfr Windscheid, a a s 195: "Die Voraussetzung ist eine Willensbeschränkung [...] Die Urheber der Willenserklärung sagt nicht: ich will wenn –, aber er sagt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht –." I förutsättningfallen skall det (efter tolkning) med andra ord kunna sägas att viljeförklaringens avgivare givit uttryck för sin förutsättning.

[1485] Rimligheten skall inte i sig förstås som ett kriterium (jfr Windscheid, a a s 179) – omdömet i det enskilda fallet bärs upp av omständigheterna. Här kan det vara belysande att jämföra med den engelska rättens s k "officious bystander test" (så gör J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 161) som hör till läran om "implied terms" – se Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 201 ff; Collins, The Law of Contract s 238 ff; Treitel, The Law of Contract s 201 ff. MacKinnon L J har (i Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd) givit testet ifråga följande ofta citerade formulering: "*Prima facie* that which in any contract is left to be implied and need not be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if, while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement, they would testily suppress him with a common 'Oh, of course!'" I ett senare fall – Gardner v Coutts & Co – gav säljaren av en fastighet – en Mr Jekyll, händelsevis – köparen förköpsrätt för det fall att han i ett senare skede beslutade sig för att sälja även den angränsande fastigheten. Det gjorde säljaren nu inte, men han skänkte fastigheten till sin syster. Köparen stämde och gjorde i domstolen gällande att avtalet innehöll en "implied term" av innebörd att förköpsrätten gällde även vid gåva. Domstolen biföll köparens talan efter en samvetsgrann tillämpning av "the officious bystander test". Jfr det omdiskuterade fallet i NJA 1949 s 134, där omständigheterna (som kan jämföras med de i Gardner v Coutts & Co) väl var av den karaktären, att man just omedelbart kan *se* att avtalets uttryckliga innehåll måste kompletteras. HD:s majoritet tillgrep ett förutsättningsresonemang.

Här närmar vi oss, tror jag, den grundläggande tanken bakom Windscheids lära.[1486] Det som motiverar att förutsättningen erkänns som en särskild rättslig kategori och som någonting som därigenom kan göras till föremål för tolkning, är ytterst att rättstillämparen den vägen ges en möjlighet att, i en viss typ av fall, låta sin rättskänsla slå igenom i tolkningen.[1487]

Förutsättningsläran är ett korrektiv, som springer ur iakttagelsen att en tolkningslära som låser sig vid tanken, att det är tolkningens uppgift att fastlägga *avtalsvillkorens* innehåll, i vissa fall – de fall som vi skulle kalla förutsättningsfallen – får ett materiellt sett otillfredsställande resultat. Rättsordningen borde, enligt Windscheids förmenande, inte endast se till de direkta uttrycken för partsviljan, utan även till de föreställningar som varit avgörande för utbildandet av densamma. Hålls den dörren stängd blir tolkningsläran alltför formalistisk.

I ljuset av denna syftning betraktar man förslagsvis det förhållandet att Windscheid alltid definierar förutsättningen (die Voraussetzung) genom att ställa den mot villkoret (die Bedingung).[1488] Genom att betona skillnaden mellan begreppen ville Windscheid skapa ett utrymme för förutsättningsläran, och få den att framstå som nödvändig. Villkoret – det äldre begreppet, en etablerad rättslig kategori – tar sikte, får man tänka sig, på en viss eventualitet. Det är formulerat som en regel för ett framtida fall – *om* någonting *så* någonting annat – och således i full medvetenhet om att detta någonting kanske inte kommer att inträffa. Den som emellertid vid sitt rättshandlande *förutsätter* att verkligheten är beskaffad på ett visst sätt, underlåter att villkora sin rättshandling just därför att han förutsätter – är övertygad om – att verkligheten är så beskaffad. Normalt, men inte nödvändigtvis, förblir förutsättningen outtalad (stillschweigend). Villkoret tillgriper man tvärtom, enligt denna

[1486] Jfr den vedertagna uppfattning som gör "begreppsjurisprudensen" till en mekanisk metod, enligt vilken slutsatserna i rättsfrågorna dras ur begreppen. Det är uppenbart att karakteristiken inte träffar Windscheid, men jag gissar att det ö h t är svårt att med goda exempel belägga denna historieskrivning. Jfr Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 28 f.

[1487] Se t ex Windscheid, Die Voraussetzung s 197.

[1488] Windscheid, Die Voraussetzung s 162 f; dens, Lehrbuch des Pandektenrechts s 507 ff; dens, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetztung s 1 f. Uppdelningen återfinns, som vi ovan kunnat konstatera, i modern form hos Lehrberg, Förutsättningsläran s 125 f, som tagit över den från Ussing.

tankegång, när man är osäker på saksläget.[1489] Således kan Windscheid kalla förutsättningen ett *outvecklat villkor* – den skulle ha utvecklat sig till ett villkor om det hade föresvävat den rättshandlande att den skulle kunna vara felaktig. Men den förblir outvecklad, och när den visar sig vara felaktig får man konstatera att man har förklarat sig vara bunden till någonting som man *egentligen* inte velat.

9.3.2.3 Kritikerna – objektivt framför subjektivt

För de realistiskt inriktade kritikerna framstod Windscheids lära som ett luftslott.[1490] Hur skulle man nämligen i praktiken kunna fastställa vilka förutsättningar förklaringens avgivare utgått från? Förstår man förutsättningen som en viljebegränsning blir, menade man, frågan om dess förhandenvaro rent faktisk.[1491] Tillämparen har alltså att uttala sig om förekomsten av ett psykologiskt faktum i det förflutna, och skall genom detta uttalande avgöra hur parternas inbördes rättsförhållande är beskaffat. Enligt kritikernas förmenande är det uppenbart, inte bara att förfarandet bygger på en fiktion – man får göra ett antagande om någonting man strängt taget inte kan veta någonting om[1492] – utan dessutom, att

[1489] Mellan förutsättningen och villkoret består således en semantisk skillnad. Windscheid, Die Voraussetzung s 163: "Wer etwas voraussetzt nimmt dessen Wirklichkeit an. Er 'setzt' es eben. Auf Grund des Gesetzten baut er sein ferneres Thun, hier die Abgabe einer Willenserklärung, auf, er setzt es 'voraus'. Den Willensentschluß selbst, welchen er erklärt, faßt er schlechthin; er macht nicht das Eintreten der als gewollt bezeichneten rechtlichen Folge von der Wirklichkeit des vorausgesetzten Umstandes abhängig, eben weil er seine Wirklichkeit voraussetzt. Umgekehrt, wer eine Willenserklärung unter einer Bedingung abgibt, geht von der Ungewißheit des in der Bedingung bezeichneten Umstandes aus und will eben deßwegen, daß die als gewollt bezeichnete rechtliche Folge nur für den Fall der Wirklichkeit des Umstandes eintreten solle; nur dann, wenn –." Här utvecklas en tankegång som kommer till uttryck redan i Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetztung s 1 f. Jfr Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi s 20 ff, särskilt s 27.

[1490] Jag tillåter mig förenklingen att i sammanhanget dra kritikerna, i denna framställning representerade av Lenel, Møller och Ussing, över en kam. Jfr Ussings kritik av Møller i Ussing, Bristende Forudsætninger s 52 ff.

[1491] Møller, Forudsætninger s 5: "Hvis Forudsætningen er en Viljesbegrænsning eller et stiltiende Forbehold, er det udelukkende en quaestio facti, hvilket Indhold man i hvert enkelt Tilfælde kan indlægge i Retshandeln." Se också Ussing, Bristende Forudsætninger s 80 och 116.

[1492] Se t ex Møller, Forudsætninger s 35 ff och 231 ff; Ussing, Bristende Forudsætninger s 53 ff och 77. Jfr Arnholms berömda uttalande (i Arnholm, Privatrett I s 249): "Forutsetningerne er i virkeligheten bakutsetninger; de er noe man setter til efterpå."

läran i denna utformning under fakticitetens täckmantel döljer de rättsliga värderingar som reellt sett måste fälla avgörandet. I praktiken kan domaren, under åberopande av att det vid rättshandlingens avgivande förelegat en förutsättning av ett eller annat slag, ge effekt åt vilka överväganden som helst. Det hotar naturligtvis förutsebarheten, och är dessutom motsägelsefullt, för att inte säga farligt.[1493] Fakta avgör inte själva rättsliga konflikter, och den domare som gör sig illusionen att sådant är möjligt, kan komma att döma i strid med rättvisans krav, efter en mekanisk tillämpning av den subjektiva förutsättningsläran.[1494] Vida bättre då, att öppet deklarera förutsättningsresonemangens normativa karaktär. På så sätt görs rättstillämparen uppmärksam på bedömningens skälighetsaspekter, och det blir möjligt att typisera densamma, det vill säga bryta ned den i objektiva standarder och regler, vilket gagnar förutsebarheten.[1495]

När förutsättningsproblematiken rekonstrueras efter dessa linjer blir förutsättningsläran i första hand *en rättsregel*, och rättsvetenskapens uppgift blir att ange *rekvisiten* för densamma.[1496] Med denna vändning får med andra ord läran den form som vi är bekanta med.[1497] Skall det röra sig om en *förutsättnings*lära måste således, det följer av de nu angivna utgångspunkterna, förutsättningens faktiska förhandenvaro först kunna konstateras. Utmaningen är här att finna ett objektivt test som inte är sårbart för den typ av kritik som objektivisterna själva riktat mot den

[1493] Ussing, Bristende Forudsætninger s 52 och 61.

[1494] Objektivisterna gör denna poäng genom att skilja "relevansfrågan" från den faktiska frågan huruvida en förutsättning förelegat eller inte. Se t ex Møller, Forudsætninger s 42 och 234 f.

[1495] Møller, Om Objektivisme i Formueretten s 1052: "Opgaven er at komme Livet saa nær som muligt, at drage flere og flere Særtilfælde ind under videnskabelig Belysning. Man skal *egenlig have et stadigt voksende Musæum af Forudsætninger*, som saa beskrives og inordnes under objektive Synspunkter. Objektivismen fremstiller *Typer, Paradigmer*."

[1496] Ussing, Bristende Forudsætninger s 77, förklarar entydigt att varje förutsättningslära som förlitar sig på en tolkningsoperation ("i snæver Forstand") måste vara självmotsägande i det att den förkastar förutsättningsläran *som självständig rättsregel* – de subjektiva förutsättningslärorna är således inga förutsättningsläror alls (utan inbillning, emedan de bygger på antaganden om fakta som man inte kan veta någonting om).

[1497] När J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 164, "[m]ed hänsyn till möjligheten att vid avtalstolkningen beakta samtliga tolkningsdata som kan härröra från parterna själva" hävdar, att förutsättningsproblematiken ryms i avtalstolkningen och att det av den anledningen inte är nödvändigt att använda förutsättningsläran, innebär det, åtminstone ytligt sett, en återgång till Windscheids ståndpunkt.

subjektiva förutsättningsläran.[1498] Huvuduppgiften blir dock att artikulera de värderingar som i det enskilda fallet avgör om läran skall anses tillämplig eller ej, det vill säga att utforma en hanterbar modell för den så kallade relevansprövningen – genom vilken de rättsligt relevanta förutsättningarna skall skiljas från de icke rättsligt relevanta.[1499] Det är, som bekant, väsentligen om detta som de moderna diskussionerna om förutsättningsläran har handlat.[1500] Märk, för övrigt, att det förrättsligande av förutsättningsläran som objektivismen kräver, också ger upphov till frågan vilka *rättsföljder* som är tänkbara vid lärans tillämpning.[1501]

Objektiv betyder tydligen, i detta sammanhang, först och främst rättslig, och mer specifikt, som prefix till termen "förutsättningsläran", juridisk, normativ, generell, extern, explicit och förutsebar. *Subjektiv* betyder, omvänt, först och främst psykiskt-faktisk, och därmed psykologisk, deskriptiv, individuell, intern, implicit och godtycklig. Naturligtvis väljer ingen subjektivismen utifrån dessa premisser. Ussing ansåg också, efter Møller, att den subjektiva teorins tankegång överhuvudtaget var *omöjlig*,[1502] och Lenel skall ha anmärkt att han inte kunde förstå hur en lärd man som Windscheid kunde försvara en lära som så uppenbarligen var ohållbar.[1503]

Vill vi inte frånkänna "subjektivisterna" allt omdöme, men ändock hålla fast vid dikotomin "subjektiv lära"/"objektiv lära", bestämd på nu angivet sätt, är en möjlighet att *genomlysa* den subjektivistiska terminologin i syfte att synliggöra de värderingar och regler som vi vet måste dölja

[1498] Arnholm, Privatrett I s 247 ff, synes mena att detta inte låter sig göras.

[1499] När det påstås att också de subjektiva förutsättningslärorna anvisade en form av relevansprövning så är det en sanning med modifikation, åtminstone såvitt Windscheids lära anbelangar. De som påstår detta, hävdar regelmässigt i nästa andetag att den subjektiva relevansprövningen uppenbarligen är dysfunktionell. Se t ex Adlercreutz, Avtalsrätt I s 282; Arnholm, a a s 247; Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp s 178.

[1500] Se t ex hur Lehrberg har disponerat sin framställning i "Förutsättningsläran".

[1501] Denna fråga är förhållandevis styvmoderligt behandlad i litteraturen – se översikten hos Lehrberg, Förutsättningsläran s 561 ff, samt härtill NJA 1989 s 614.

[1502] Ussing, Bristende Forudsætninger s 77. Jfr Møller, Forudsætninger s 35, 170 ff, 229 ff och 289. Ståndpunkten att den subjektiva förutsättningsläran på något sätt är omöjlig, i psykologiskt hänseende, förenar Lenel, Møller och Ussing. Föreställningen om viljeteorins allmänna omöjlighet synes ha varit väl spridd. Hos t ex Stang, Innledning til formueretten s 244, heter det: "Ingen rettsforfatning i verden kan imidlertid opretholde de konsekvenser viljesdogmet fører til."

[1503] Windscheid, Die Voraussetzung s 199 n 74. En direkt modern parallell: Grönfors, Ussings fullmaktslära s 292.

sig bakom denna – och att således reducera valet mellan objektivism och subjektivism till en terminologisk fråga.[1504] Det får då antas att det här finns någon form av realitet som kan beskrivas rättvisande, alltså i objektiva termer, eller missvisande, det vill säga i subjektiva termer. Ja, det skulle kunna sägas att vi är hänvisade till en sådan historieskrivning såvitt vi tar ifrågavarande dikotomi på allvar – allt av *substans* i "de subjektiva lärorna" måste då strängt taget vara objektivt. Subjektivisternas spekulationer kunde te sig övertygande, får vi säga, emedan de ändock i någon utsträckning byggde på objektiva realiteter. Den formen av historieskrivning bedriver till exempel Ulf Holmbäck i sina "Studier i förutsättningslärans terminologi" – när han letar efter det riskrekvisit som han menar finns "insmuget" eller "inlindat" i Windscheids förutsättningslära, och när han postulerar rättsliga distinktioner som Windscheid efter hans uppfattning "undermedvetet arbetat med".[1505]

I vilket fall innebär ifrågavarande bestämning av det subjektivas förhållande till det objektiva ett kategoriskt avfärdande av den äldre uppfattningen. Den objektivistiska diskurs som grundlägger den moderna

[1504] Jfr t ex Adlercreutz, Avtalsrätt I s 282, enligt vilken de subjektiva förutsättningslärorna anvisar ett *hypotetiskt prov* för relevansbedömningen, ett prov som ofta, antar Adlercreutz, är svårt att genomföra: "Det säger sig självt att det kan vara svårt att få ett utslag med denna metod [...] I brist på subjektivt material torde i själva verket rättsliga (objektiva) överväganden bli avgörande." Motsvarande retorik hos t ex Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 203 f.

[1505] Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi s 116, 117 och 118 (jfr Ussing, Bristende Forudsætninger s 76 f). Holmbäcks problem är, enligt egen utsago, att han inte får utformningen av Windscheids lära att gå ihop med det sätt på vilket Windscheid tillämpar och värderar sin lära – se Holmbäck, a a s 114 f. Läran innehåller inga explicita regler, och är alltså enligt objektivisternas sätt att se på saken inte rättslig. Ändock kräver den enligt Windscheids egen uppfattning omdöme, hotar inte förutsebarheten och ger rättskänslan utrymme. För Holmbäck kan detta endast förklaras genom antagandet att läran ändå hade en väsentlig objektiv del. Holmbäck, a a s 114 f, skriver: "Det är [...] sannolikt att man just i tolkningen har att söka förklaringen till det paradoxala draget i [Windscheids] lära", och tolkning är för Windscheid förvisso någonting annat än det kom att bli för realisterna. Notera att samtliga de rekvisit som den objektiva förutsättningsläran uppställer i och för sig ryms i Windscheids tolkningsoperation. Jfr Høgberg, Kontraktstolkning s 249: "Det kan stilles spørgsmålstegn ved om innføringen av en objektiv forutsetningslære medførte særlig andre resultater enn hva som fulgte av den subjektive lære. *Fra en realistisk synsvinkel* [min kurs] var nok mange av de vurderinger som eksplisitt tematiseres etter relevanskriteriet allerede innbakt i kravet til kausalitet, slik at det etter begge lærer blir avgjørende hva som fremtrer som det beste resultat i relasjon til en rimelighetsvurdering hvor alle momenter tas i betraktning."

förutsättningsläran förseglar effektivt dörren in till den litteratur den förkastar, genom att göra det omöjligt att förstå denna på dess egna villkor.[1506] Inom gränserna för vårt spel behöver vi inte bry oss om vad en figur som Windscheid egentligen menade. I den mån vi alls har med "subjektivisternas" texter att göra, är det i princip för att återigen citera de mest kända passagerna, och förundras över hur märkliga de ter sig, eller för att i dem placera startpunkten på en utvecklingslinje som leder fram till vår egen ståndpunkt, och att således reducera dem till någonting primitivt, ofullgånget.[1507] Så långt objektivisten. Och egentligen finns det väl ingenting att invända mot denna hållning. I förhållande till sina egna perspektiv är alla patrioter ... men det hindrar inte att det har ett värde att underkasta formerna för sitt tänkande – det vill säga: sitt språk – *kritik*.

9.3.3 En alternativ framställning – subjektivism och objektivism utifrån sett

Den motsättning mellan "realism" och "hermeneutik" som konstrueras i förevarande kapitel kan betraktas som ett kritiskt instrument, låt vara ett klumpigt sådant. Samtidigt är det tillräckligt smidigt. Vad jag här är ute efter är ju att vänja läsaren vid ett tankesätt. Ovanstående redogörelse för förutsättningslärans historia bygger på detta tankesätt. Låt mig förtydliga.

De argumentationsformer som Lenel, Møller och Ussing använder, i sin kritik av förutsättningsläran i dess ursprungliga form, kan utan motstånd klassificeras som realistiska (och genom att påstå det bidrar jag

[1506] Jfr Lassen, Anm av Møller, Forudsætninger s 299, som finner Møllers oförmåga att sätta sig in i andras tankegångar och bristande lyhördhet för språkets nyanser iögonenfallande. Lassen, a a s 300, anmärker resignerat: "Forf.s Tilbøjelighed til at søge Modsigelsesobjekter og til at behandle afvigende Anskuelser som en Modparts Procesindlæg sinker Udviklingen og virker trættende paa Læseren." Møller, Om Objektivisme i Formuretten s 1042, tillstod att hans stil varit "advokatorisk" och förklarar detta med att han velat angripa subjektivismen psykologiskt. Han betraktar subjektivismen som en slöja för verkligheten, som det gäller att se igenom. Såtillvida kan Møllers projekt liknas vid mitt, men i min framställning är det objektivismen som påstås förvrida synen på juristerna.

[1507] Så skriver t ex Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp s 178: "Det viktigaste framsteget var att Windscheid påvisade det principiella sambandet mellan de olika förutsättningsfallen och gick utöver villfarelselärans kasuistiska regler. Hans lära vilade emellertid ytterst på vissa verklighetsfrämmande resonemang rörande partsviljans konstruktion och betydelse vilka förtogo mycket av dess värde."

naturligtvis till definitionen av den kategorin). Är de objektivistiska kritikerna realister blir vidare och följaktligen de kritiserade subjektivisterna hermeneutiker, enligt den enkla logik som modellen realism/hermeneutik bygger på (men inte nödvädigtvis i något annat avseende). Märk nu, att denna *tillämpning* innebär någonting mer än en ren substitution av termer. Och detta ytterligare någonting är en *perspektivförskjutning*. Således föreligger en avgörande skillnad mellan den etablerade berättelse, i vilken de subjektiva förutsättningslärorna får lämna plats för de objektiva, och den alternativa berättelse som här föreslås, och som beskriver en övergång från hermeneutik till realism. Och skillnaden är väsentligen den, att den förra är *normativ* på ett sätt som den senare vill undvika. Här ägnar vi oss åt deskriptiv kritik.

Låt mig precisera innebörden i termen "normativ". Som ovanstående redogörelse för förutsättningslärans tidiga historia syftar till att tydliggöra, bestäms innebörderna hos den etablerade historieskrivningens nyckelbegrepp – det subjektiva och det objektiva – *inifrån* objektivismen, det vill säga på det segrande paradigmets villkor. Det rör sig om en självrefererande berättelse. Den har formen: "De var sådana. Vi är deras motsatser." Historieskrivningen är själva motivet till brytningen med det gamla, det som definierar den nya riktningen, den sanning som den moderna förutsättningsläran bygger på. Följaktligen kan och måste, från denna ståndpunkt, det historiska förloppet framställas som resultatet av en förändring i vetenskapens inställning till en och samma *materiella* fråga, nämligen denna: Skall förutsättningsläran grundas i viljebegreppet? Och det är bara ett annat sätt att presentera valet mellan subjektiv och objektiv teori.

Omvänt är den alternativa historieskrivning som förlitar sig på dikotomin realism/hermeneutik alltså *deskriptiv* till sin syftning, vilket i detta specifika sammanhang vill säga, att den strävar efter att beskriva förhållandet mellan de äldre och de yngre varianterna av förutsättningsläran *utifrån* – i bemärkelsen så neutralt som möjligt.[1508] "Utifrån" betyder då

[1508] Den skillnad mellan inifrånperspektiv och utifrånperspektiv jag laborerar med här skall inte förväxlas med den social-psykologiskt färgade distinktion mellan "internal point of view" och "external point of view" som ibland figurerar i rättsteoretiska sammanhang och som (i anglosaxisk debatt) ofta förs tillbaka på Hart, The Concept of Law s 89 ff – se härtill Bix, HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. Min inställning till den distinktionen överensstämmer i stort med den som redovisas i Patterson, Explicating the Internal Point of View. Patterson, a a s 73, skriver: "I think Hart was right when he said that the task of jurisprudence is the description of our legal practices.

att historieskrivningen inte utgår från, eller antar giltigheten av, några som helst kriterier enligt vilka det skulle kunna avgöras vilken förutsättningslära som är att föredra, och att den materiella frågan således hålls på armlängds avstånd.[1509] Egentligen säger jag väl här bara, att min tolkning strävar efter att vara så objektiv som möjligt,[1510] men för att uttrycka det mer dramatiskt (och på så sätt ge en känsla för tankegångens riktning): Den berättelse som produceras blir rent *formell*.[1511] Det som intresserar är inte hur någon viss materiell fråga skall avgöras, inte vad som i det hänseendet är sant, utan snarare hur de historiskt givna kriterier, som gjort det möjligt att bilda sig uppfattningar i sådana frågor, är beskaffade. Det som intresserar är formerna, spelsättet.[1512] Med det perspektivet kan några materiella frågor överhuvudtaget inte formuleras, ty

---

He made the hermeneutic point that the key to this understanding is explicating how participants in legal systems coordinate their rule-following behavior. In short, when Hart describes his 'practice theory of rules,' he is identifying what holds the practice together. He thought it was attitude. I think it is forms of argument." Se också Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law s 187 ff. Jfr Bergo, Tekst og virkelighet i rettskildelæren s 741 ff; Kinander, The view from within s 338 ff.

[1509] Detta "utifrån" är nära besläktat med det som Dalberg-Larsen, Retsvidenskaben som samfundsvidenskab s 35 ff, kallar "den interne synsvinkel". Hur kan det komma sig? För att medla mellan terminologierna (i bakgrunden spökar i båda fallen Wittgenstein): Vill man *se* språkspelet, och beskriva dess grammatik, måste man söka betrakta det, vilket är någonting annat än att delta i det.

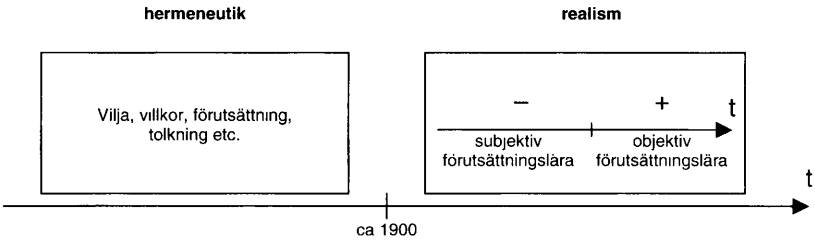
[1510] Jfr Dworkin, Law's Empire s 81: "We use the language of objectivity, not to give our ordinary [...] interpretive claims a bizarre metaphysical base, but to *repeat* them, perhaps in a more precise way, to emphasize or qualify their *content*."

[1511] Mot tänkare i den Kantianska traditionen invänds ofta att ingen kritik är förutsättningslös. I förevarande sammanhang kan det vara nog att understryka att jag naturligtvis inte vill göra gällande att det är möjligt att ställa sig utanför sitt språk, att inta ett gudsperspektiv el dyl. Men kritikern är likafullt ute efter att lägga ut sitt objekt, dvs texten, som sådant, "or, at least, with as much 'as-suchness' as is possible given the cultural/traditional embededness of the discourse and the prejudices of the interpreter. This apprehension of the law-text calls for interpretive rigor, for an elucidation of the constitutive discursive constellations (understood not as 'noise' impeding the aim to secure knowledge, but as enhancing intelligibility), which fashion that which shows itself"; Legrand, On the Singularity of Law s 526. Se även t ex Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 494.

[1512] Jfr Wittgenstein, Om visshet § 559: "Du måste tänka på att språkspelet så att säga är något oförutsägbart. Jag menar: Det bygger inte på grunder. Är inte förnuftigt (eller oförnuftigt). Det står där – liksom vårt liv."

varje sådan formulering förutsätter bruket av termer som är meningsfulla endast inom ramen för något visst etablerat spel.[1513]

Ta frågan: "Skall förutsättningsläran grundas i viljebegreppet?" Det innebär ett misstag att hävda att Windscheid och Lassen hade en annan uppfattning i denna fråga än Lenel, Møller och Ussing, såtillvida som dessa grupperingar skiljer sig åt just därigenom att de i sammanhanget förstår ordet "vilja" på olika sätt.[1514] De svarar inte på samma fråga. Övergången från "subjektivism" till "objektivism" är en övergång från ett spel till ett annat. Den markerar en förändring av spelreglerna och därmed av de inblandade begreppens valörer och innebörder. "Tolkning", "förutsättning" och "vilja" – ja, men som vi har sett också "subjektiv" och "objektiv". För objektivisterna är objektivism och subjektivism olika svar på en och samma *fråga*. Abstraherar vi från deras specifika spel kan vi emellertid betrakta dessa termer som två oskiljaktiga uttryck för ett och samma *svar*, en och samma sanning – den realistiska. Det är bland annat i historieskrivningen som denna sanning cementeras. Genom att anlita konstruktionen realism/hermeneutik kan vi göra detta synligt:



Istället för att använda de termer som det härskande paradigmet anvisar – det vill säga, istället för att beskriva historien i termer av subjektivism och objektivism – noterar vi att detta språkbruk har en bestämd plats i historien och att det således hör samman med en specifik rättsuppfattning. Historieskrivningen är en integrerad del av det realistiska paradigmet, en väsentlig sådan. Vad gäller "det hermeneutiska paradigmet" –

[1513] Det är detta som gör frågan materiell.

[1514] Helt enkelt – Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 23: "Man kann [...] die Bedeutung eines Wortes innerhalb *eines* Sprachspiels nicht dadurch erfassen, dass man sie auf seine Bedeutung in einem *anderen* Sprachspiel zurückführt."

just här representerat av det som vi har tagit för vana att kalla "den subjektiva förutsättningsläran" – förblir detta i allt väsentligt okänt för oss. Det förlorar sig vid horisonten. Vi kan ana och gissa, men det är allt.[1515] När vi alltså på detta vis gör avkall på anspråken att inordna historien i våra egna välkända kategorier, vilket är ett sätt att göra den omedelbart begriplig, blir vi så att säga stående vid de historiska källorna. Nu kan vi försöka att *läsa* Windscheid, istället för att blott använda namnet och de begrepp som associeras med detsamma i enlighet med de av den rådande ideologin givna instruktionerna. Istället för en förklaring får vi frågor, och en öppning mot det förflutna.[1516]

Vad skall vara vunnet med denna abstrakta manöver? Perspektivförskjutningen och den resulterande distanseringen – från oss själva, såvitt vi är objektivister. Vi manas att ställa frågan, vad förutsättningsläran ursprungligen kan ha inneburit, eller åtminstone att inför oss själva erkänna, att vi ingenting vet om den saken. "Subjektivisterna" kan inte längre reflexmässigt avfärdas, och det blir osäkert i vilken mening de överhuvudtaget kan skyllas för att vara subjektivister. Detta är, vidare, inte uteslutande av historiskt intresse – eller faktiskt inte alls av "historiskt intresse", i den nedsättande bemärkelse som det uttrycket ofta ges, i juridiken och i många andra sammanhang.[1517]

"Vad bryr vi oss om vad Windscheid egentligen menade?" Det är inte poängen. Poängen är, att om vi kan göra det vi tror oss veta om våra föregångare osäkert, sätter vi samtidigt vår egen identitet ifråga, för vår historieskrivning är ett uttryck – kanske det tydligaste – för vår självuppfattning. Om det inte är säkert att Windscheid var "subjektivist", är det inte heller säkert att vi är "objektivister". Vi förmår plötsligt se den distinktionen *som ett stycke retorik*, som vi håller oss med, snarare än som en korrekt verklighetsbeskrivning, och vi står därmed fria att uppfinna oss

[1515] Jag är medveten om att detta riskerar att låta överdrivet ödmjukt alternativt pessimistiskt, men det skall inte förstås som ett försök att anpassa framställningen efter den vetenskapliga etikettens krav, utan som ett rent konstaterande av fakta. Ingen svensk jurist som nu läser t ex Windscheids texter kan undgås att slås av det oerhörda kulturella avståndet.

[1516] En ansats i denna riktning finner man hos Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 421 f.

[1517] Jfr uttrycket "historiens skräphög" (i engelskan "the dustbin of history").

själva på nytt ... eller någonting i den stilen, och naturligtvis endast i den utsträckning som tekniken har tillämpats framgångsrikt.[1518]

Detta om det här anlagda perspektivets verkan. Den uppmärksamme läsaren anar säkert också vad det är tänkt att perspektivet skall användas till. Det låter sig sägas att vi redan i och med det som nu har sagts har en fungerande historisk förklaring av det fenomen som uttryckligen studeras i denna avhandling. Striden om förutsättningsläran måste nämligen förstås som ett uttryck för den bredare motsättning mellan subjektivism och objektivism som präglade den förmögenhetsrättsliga debatten vid förrförra sekelskiftet.[1519] Och objektivismens princip skulle rent generellt kunna sägas vara, att viljan endast får åberopas som grund för ett institut, eller ett argument, i den utsträckning det finns täckning i fakta. Härav tycks följa att utfyllningen utkristalliseras som en separat kategori på tolkningslärans område. Ty är det givet, som det var vid denna tid, att tolkning skall förstås som viljerekonstruktion,[1520] begränsas möjligheterna att i tolkandet använda typiserade lösningar och rimlighetsargument avsevärt, *om* viljan bestäms som någonting rent faktiskt. Allting som kan misstänkas för att vara av normativ karaktär får öppet förklaras vara någonting annat än tolkning, någonting rättsligt, nämligen "utfyllning". Såtillvida kan det sägas att distinktionen mellan tolkning och utfyllning följer av "realismen". Vi kan betrakta denna distinktion som ett resultat av övergången från hermeneutik till realism vid artonhundra-

[1518] I detta sammanhang kan anmärkas att den språkkritiska uppgiften är oändlig, i den bemärkelsen att den omöjligen kan lyckas på något slutgiltigt sätt. Det går inte att en gång för alla ställa sig utanför varje materiellt perspektiv. Här rör det sig om något som måste förbli en strävan – efter objektivitet. Språkkritikern, som försöker se sitt eget språk, kan såtillvida liknas vid hunden som jagar sin egen svans. Men liknelsen blir missvisande i de fall kritiken leder *någonstans*, till exempel till en omvärdering av den vedertagna historieskrivningen.

[1519] Inte bara i Norden och på kontinenten, utan också i Nordamerika, där den objektivistiska tendensen i avtals- och kontraktsrätten brukar spåras tillbaka till O W Holmes. Se t ex Dalton, An Essay in the Deconstruction of Contract Law Doctrine s 1042 ff; Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law; Gilmore, The Death of Contract s 5 ff; Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960 s 35 ff och 110 ff – för en avvikande uppfattning se Perillo, The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation, som tonar ned Holmes betydelse. Enligt Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract s 660 ff, var situationen till viss del annorlunda i England – en skälighetsinriktad metod skall under förra seklets första decennier ha fått vika för en stelbent formalism.

[1520] Se vidare nedan vid n 1662.

talets slut. Påståendet blir emellertid högst skissartat och måste kvalificeras avsevärt för att bli någotsånär rättvisande.[1521] Den uppgiften tar jag mig an i nästa kapitel.

[1521] Ta t ex det förhållandet att Stang, som förvisso var objektivist, motsatte sig uppdelningen och terminologin (se särskilt Stang, Handelskoutumer s 303 ff), och betänk att dagens "objektivister" tenderar att vara motståndare till distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Jfr Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960 s 35 ff. som gör poängen att den objektivistiska argumentation som mot artonhundratalets slut utvecklades *till stöd* för viljeteorin när tiden var mogen kom att förstöra densamma – inifrån.

10 Viljan som sak – den processuella kopplingen

> Hur sällsamt det än låter: Evangeliernas historiska berättelser kunde i historisk mening bevisligen vara osanna, och tron skulle ändå ingenting förlora därigenom: [...] därför att det historiska beviset (det historiska bevisspelet) inte alls angår tron. Människan griper tag i denna underrättelse (evangelierna) med tro (dvs med kärlek). *Detta* är säkerheten i detta försanthållande, inte något *annat*.
>
> *Ludwig Wittgenstein*

10.1 Inledning

Vid tiden för den realistiska revolutionen var viljebegreppet absolut centralt för juridiken – i allmänhet, men i synnerhet i privaträtten. Den tyska civilrätten under artonhundratalet, från Savigny till Windscheid, vilade som bekant i stor utsträckning på viljeförklaringskonstruktionen.[1522] Vare sig vi talar om den objektiva eller den subjektiva rätten ("objektives" respektive "subjektives Recht") var rätten att betrakta som ett viljeuttryck – som ett uttryck för det offentliga eller det privata rättssubjektets vilja.[1523] Tydningen av rättskälletexterna och av rättshandlingarna – genom tydning, eller tolkning, fastställdes rättens innehåll – för-

[1522] Man kan snabbt skapa sig en blick för detta t ex genom att studera de pandekträttsliga läroböckernas innehållsförteckningar.

[1523] Den subjektiva rätten är den rätt (de rättigheter) som man har. Objektiv rätt är den rätt som är föreskriven. Ungefär. Distinktionen mellan objektiv och subjektiv rätt har väl alldeles fallit ur språkbruket och den är svår att förstå utifrån den moderna juridikens premisser. I rättighetsdebattens avståndstagande från det äldre "substantiella" rättighetsbegreppet ligger en av förklaringarna till detta. Se Platou, Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del (1914) s 1 ff och 6 ff, för en redogörelse för begreppens innebörder som samtidigt ger intrycket att dessa innebörder vid tillfället var på väg att lösas upp.

stod man således som ett efterforskande av den bakomliggande viljan. Det var naturligt att den realistiska kritiken kom att riktas mot viljebegreppet. Hela vår avtalsrätt kan betraktas som ett resultat av den reaktionen. Men, för att generalisera beskrivningen av förutsättningslärans historia i föregående kapitel: Även om det i det realistiska pespektivet verkar, som om den moderna civilrätten föddes i det ögonblick rättsvetenskapen kom till insikt om, att viljebegreppet, så som det användes i den av tysk professorsrätt inspirerade juridiken, väsentligen var fiktivt, kan vi nu konstatera att detta begrepp inte utan att göra våld på den äldre traditionens texter kan förstås på realistiskt vis. (Objektivisterna *förstod* inte Windscheid, och de erkände det öppet.)

År 1931 skriver den finske rättsvetaren af Hällström, i sin avhandling "Om villfarelse":

> *Den klassiska viljeteorien* [...] har blott det felet, att den i våra dagar är orimlig. Den förutsätter att även de dispositiva rättsföljderna, för att inte tala om sedvänja och kutym, omfattas i varje särskilt fall av den förklarandes vilja. Så länge jurisprudensen betjänade sig av fiktionen, kunde denna teori hålla sig uppe; numera torde den icke räkna en enda anhängare.[1524]

Och läsaren skall bibringas intrycket att viljeteorin har *kommit att bli* orimlig. Så länge man "betjänade sig av fiktionen" var den alltså rimlig? Men det är blott formellt som af Hällström här erbjuder oss en förklaring. Reellt sett rättfärdigar han helt enkelt sin egen och sin samtids ståndpunkt. Förr for man med osanning, numera har man insett att man skall hålla sig till sanningen. Visst.[1525]

Jag föreslår att vi betraktar förloppet något mera kyligt, något mindre frälst. Låt oss i vårt tänkande över avtalsrättens utveckling här och för stunden ersätta föreställningen, att ämnet nådde fram till insikten att viljeteorin byggde på en otillåten fiktion (som genom "vetenskaplig utveckling"), med *misstanken* att själva viljebegreppet någonstans på vägen genomgått en transformation. Någonting hände med viljebegreppet – någonting som gjorde det dubiöst, på ett uppenbart sätt. För att beskriva

[1524] af Hällström, Om villfarelse s 124. När af Hällström skriver detta var striden redan vunnen. Nu återstod bara att också i Finland formellt bekräfta detta faktum; se härtill Björne, Den konstruktiva riktningen s 353 ff. Till de besegrade försvararna av viljeteorin, denna orimlighet, räknar af Hällström, a st, Savigny, Puchta, Wächter, Zitelmann, Windscheid, Enneccerus och Karlowa.

[1525] Här kommer den ovan i n 646 uppmärksammade omtolkningen av fiktionsbegreppet i spel.

denna förändring – som vi nu tänker, inte som en form av utveckling, utan som ett *skifte* – kan vi använda den i förra kapitlet introducerade konstruktionen hermeneutik/realism. På så sätt får vi förvisso en högst ungefärlig beskrivning, men låt oss alltså tänka oss "viljeteorins kollaps" som en övergång från hermeneutik till realism. Och nu kan vi fråga oss: *Vad* händer med viljan vid en sådan övergång?

Viljan blir en sak, ett faktum, det vill säga någonting som placeras utanför texten, i en tänkt "yttre" verklighet. Det är vad som händer, och det har intressanta följdverkningar.

i) För det första blir påståendet, att *rätten i allmänhet* är att förstå som ett uttryck för en vilja, en orimlighet. Vilket faktiskt subjekt skulle vara bäraren av en sådan vilja? "Lagstiftaren"? Denna framstår nu som en ren sagofigur. Och lagstiftarviljan blir ett oting.

ii) För det andra blir påståendet, att *avtal och andra rättshandlingar* skall betraktas som uttryck för partsviljan, att förstå faktiskt, i den del det kan upprätthållas. Med denna omtolkning får viljebegreppet fortsatt giltighet på just privaträttens område – åtminstone för stunden.

iii) För det tredje blir *avtalstolkningen*, såvitt den alltjämt skall betraktas som ett utrönande av partsviljan, att förstå som ett utforskande av den faktiska verklighetens beskaffenhet. Avtalstolkningen blir bevisvärdering. "Avtalstolkning" och "lagtolkning" kommer inte längre att kunna förstås efter samma principer.

iv) Vi får följaktligen, för det fjärde, en *splittring* av tolkningsläran. Medan avtalstolkningen kan kopplas till parternas faktiska, psykiska vilja, blir det i grunden oklart hur lagtolkningen skall förstås. Den äldre (viljeteoretiska) terminologin är under alla omständigheter obrukbar.[1526]

Detta på det ungefärliga och schematiska planet. I det följande skall vi studera den faktiska historiska process varigenom viljan kom att reifieras i den svenska rättsliga diskursen. Istället för att ge en bred översikt vill

[1526] Och det realistiska antagandet, att det finns en från texten åtskiljbar verklighet som mer eller mindre korrekt blott beskrivs i texten, lägger hinder i vägen för varje rättsuppfattning som tillmäter lagtolkningen avgörande betydelse för rättstillämpningen. Texten som sådan avslöjar ju inte, enligt realisten, huruvida den skall tillämpas eller inte. Resultatet blir en distinktion mellan tolkning och tillämpning. Se härtill Høgberg, Kontraktstolkning s 61 f.

jag göra min poäng genom att rikta uppmärksamheten mot ett specifikt och tämligen snävt avgränsat tema – närmare bestämt förhållandet mellan *sakfrågor* och *rättsfrågor* i den svenska, realistiska processrätten, särskilt den Ekelöfska, och det sätt på vilket avtalstolkningen ter sig om man har denna processrättsliga distinktion för ögonen.

Greppet är riskabelt och kräver viss omgång – över avtalsrättens gräns till processrätten rör man sig inte obehindrat – men valet av tema är i och för sig inte svårt att motivera. Åtskillnaden mellan sakfrågor och rättsfrågor framstår, i den utformning den får hos Ekelöf och Olivecrona, som ett konsekvent och direkt uttryck för den, i den realistiska jurisprudensen grundläggande, åtskillnaden mellan verklighet och rätt. Man kan vidare utan omsvep konstatera, att denna distinktion hos Ekelöf vid behandlingen av avtalstolkningsfrågorna får generera en åtskillnad mellan tolkning och utfyllning, samt att den senare återspeglar Ekelöfs syn på tolkning i stort. Gränsen mellan tolkning och utfyllning av avtal motsvarar omedelbart den distinktion mellan tolkning och tillämpning som är grundläggande för Ekelöfs teleologi. Emedan Ekelöfs teleologi har varit den mest framgångsrika formuleringen av det realistiska metodprogrammet i svensk juridik, är det naturligtvis tacksamt att i sammanhanget rikta särskild uppmärksamhet mot denna. Lägg härtill att Lehrberg, som ju är den som framför andra uppträtt till försvar för "den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning" likaledes är den som i nutida svensk juridik tydligast tagit ställning för Ekelöfs metodlära. Det är inte en slump. Som framställningen i detta kapitel skall visa, kan åtskillnaderna mellan tolkning och utfyllning i avtalsrätten, sakfrågor och rättsfrågor i processrätten respektive tolkning och tillämpning i metodläran alla betraktas som uttryck för en och samma tanke: nämligen den realistiska grundtanken, att det är *viktigt* att skilja rätten från verkligheten.

Framställningssättet är vidare tänkt att ha en störande effekt. Genom att utgå från processrätten – en parallell, men i princip främmande, diskurs – motverkas risken för att läsaren på de dåtida meningssammanhangen projicerar de innebörder han av vana associerar med uttrycket "tolkning och utfyllning". Jag gissar att de flesta förmögenhetsrättare inte ser några direkta kopplingar mellan detta avtalsrättsliga uttryck och den processrättsliga åtskillnaden mellan sakfrågor och rättsfrågor, åtminstone inte omedelbart. Det har också rimligen ett egenvärde, att i detta avtalsrättsliga sammanhang beakta det processrättsliga perspekti-

vet. Den processuella sidan av avtalstolkningen behandlas endast antydningsvis i de svenska civilrättsliga framställningarna, och inställningen är kluven, som vi strax skall se.

10.2 Tolkning och bevisfrågor i svensk avtalsrättslig doktrin – förberedande anmärkningar

> [I] praktiken är [det] omöjligt att fastställa partsviljan vid tiden då avtalet slöts. Det går inte att genom t ex en analys av hjärnverksamheten få ett svar på hur partsavsikten gestaltade sig.
>
> *Jan Ramberg Christina Ramberg*

Innan vi ger oss i kast med det processrättsliga materialet, vill jag kort beröra bevisfrågornas behandling i den sentida svenska avtalsrättsliga debatten. Det bör noteras att bevisproblematikens relation till tolkningsfrågorna, ur avtalsrättslig synvinkel sett, är behäftad med en grundläggande osäkerhet.[1527] Till viss del finner denna osäkerhet säkert sin förklaring i det avstånd som består mellan den avtalsrättsliga och den processrättsliga diskursen, men den torde också kunna förstås som en följd av de teoretiska svårigheter som det klassiska avtalsrättsliga paradigmets uppluckring har givit upphov till, för den svenska avtalsrättens del[1528] ... och det är ju dessa svårigheter som denna avhandling på sitt sätt söker hantera.[1529]

[1527] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt II s 26: "Bevisfrågor, tolknings- och utfyllningsfrågor är ofta sammanvävda med varandra på ett sätt som gör det svårt att särskilja dem."

[1528] Jfr Vahlén, Avtal och tolkning s 215 f, som finner att "de största svårigheterna vid utformingen av en modern tolkningsmetod, som kan användas på förmögenhetsrättens område, ha[r] vållats av den dualism som består däri att man måste beakta dels sådana individuella faktorer såsom mottagarens tillit respektive avgivarens vilja och dels mer allmänna 'objektiva' överväganden. Tolkningen måste på något sätt vara en kombination av ensidiga och allsidiga bedömningar. Det är den snabba utvecklingen under 1900-talet mot nya avtalstyper och nya former av avtalsslut – bl a utvecklingen på den s k formulärrättens område – som har medfört att de tolkningsläror som voro aktuella vid sekelskiftet nu med sina individuella utgångspunkter delvis blivit obsoleta."

[1529] I Tyskland hör det till traditionen att tolkningsläran relateras till förhållandet mellan sakfrågor och rättsfrågor. Tex bär Danz epokgörande arbete "Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" undertiteln "Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage" och i moderna läroböcker och kommentarer finner man regelmässigt en diskussion kring sakfrågornas

Följande noteringar är knapphändiga. Jag gör inte anspråk på att här ge en heltäckande bild av respektive författares inställning till bevisfrågorna i tolkningsläran. Det är också utmärkande för dessa frågor att de behandlas fragmentariskt. I vissa bestämda sammanhang för man vidare vissa traditionella åsikter, eller reagerar på sådana – vilket gör att ett och samma arbete kan innehålla ett flertal sinsemellan oförenliga påståenden.

I ett visst sammanhang utgår Lehrberg, som det kan vara lämpligt att börja med, för sin del från uppfattningen att tolkningen syftar till att fastställa rättshandlingens *betydelse*, och drar slutsatsen:

> Här rör det sig primärt om bevisfrågor: Vad har sagts eller skrivits? Vad har parterna avsett eller uppfattat?[1530]

Det rör sig emellertid inte om en nödvändig konklusion, så mycket som om ett sätt att stipulativt bestämma innebörden i uttrycket "betydelse". För emedan det i sammanhanget kan sägas ligga i själva tolkningsbegreppet, att tolkningen inriktas på att avtäcka det tolkade uttryckets betydelse – vilket gör påpekandet, att tolkningsverksamheten har den inriktningen, närmast tautologt – är därmed inte sagt att tolkningen är inriktad mot någonting faktiskt, i den bemärkelsen att den huvudsakligen handlar om bevisfrågor.[1531] Den begreppsliga relation Lehrberg här upp-

---

relation till rättsfrågorna som bihang till redogörelsen för tolkningsreglerna; se t ex Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 28 Rn 124 ff; Palandt § 133 Rn 29 ff; jfr Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 128 ff. I common law-traditionen kopplas avtalstolkningen till en distinktion mellan "questions of law" och "questions of fact" i processrätten främst med anledning av frågan huruvida avtalstolkandet skall lämnas åt juryn eller förbehållas domaren (juryn har endast att bedöma faktafrågor och *därför* anses traditionellt avtalstolkning vara en "question of law"); se ovan n 702.

[1530] Lehrberg, Avtalstolkning s 16; jfr Lehrberg, a a s 150 f, där tolkningsförfarandets rättsliga aspekt betonas (men själva fastställandet av partsviljan antas även här vara en bevisfråga). Den grundläggande texten i sammanhanget är det avsnitt i "Föutsättningsläran" där Lehrberg skiljer förutsättningarna från avtalsvillkoren; se Lehrberg, Förutsättningsläran s 120 ff. På testamentsrättens område har Boström gått långt i motsvarande (Ekelöfska) riktning; se Boström, Tolkning av testamente s 25 ff, särskilt s 26 n 26.

[1531] Rakt motsatt begreppsbestämning hos t ex Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte s 32: "Die Auslegung geht nicht darauf aus, eine Überzeugung darüber zu gewinnen, daß irgend etwas sich einmal wirklich *ereignet* hat, daß irgend etwas wirklich einmal *geschehen* ist, sondern darauf, den *Sinn, die Bedeutung von Worten* zu gewinnen."; se även dens, a a s 37. För ett annat exempel på motsatt begreppsbestämning, från en annan tradition, se Farnsworth, "Meaning" in the Law of Contracts s 942.

rättar (tolkning – betydelse – bevisfrågor) utgör i realiteten en tydlig markering. Han positionerar sig i debatten genom att förklara sig vara lojal med den tradition som, via Vahlén och Karlgren, går tillbaka på Ussing.[1532] Diskursen ger emellertid stort utrymme åt andra uppfattningar. När Lehrberg hävdar, att han definierar tolkningsbegreppet så som det "brukar" definieras, är det följaktligen en sanning med modifikation.[1533]

Adlercreutz – vars avtalsrättsliga mentor var Karlgren,[1534] och som själv följt traditionen från Ussing vad gäller tolkningens förhållande till utfyllningen[1535] – menar synbarligen att, även om det är svårt att skilja bevisfrågorna från tolkningsfrågorna, så är själva fastställandet av rättshandlingens innebörd principiellt sett inte att betrakta som en bevisfråga.[1536] Adlercreutz tar inte explicit ställning i frågan, men passager som de följande synes indikera att han ser på bevisningen som ett förled till tolkningen, i bemärkelsen utrönandet av innebörden.

> [I det konkreta fallet] erbjudes visst material, och fråga blir om fastställande av de handlingsregler som framgår av detta, om *tolkning* av avtalet.
>
> Ofta uppkommer här i första hand bevisfrågor om vad som yttrats och när detta skett, ty det kan vara av betydelse att fastställa om dylika yttranden förekommit redan vid avtalsslutet eller först efter det att avtalet ingåtts. Vidare kan det bli fråga om innebörden och räckvidden av sådana yttranden och framför allt deras relation till den konkreta händelse som [t ex] påstås ha utgjort avtalsbrott.[1537]

[1532] Se Lehrberg, a a s 16 n 9; jfr t ex Vahlén, Avtal och tolkning s 194; samt se Ussings ovan vid n 572 återgivna definition. Naturligtvis konstruerar Lehrberg sin tradition, under det att han åberopar den – Ussings uppfattning är inte identisk med Lehrbergs, och det vore enastående märkligt om så vore fallet, med tanke på det tidsmässiga och kulturella avstånd som skiljer författarna åt. Ställningstagandet, för Ussing, är av central betydelse för den specifika systematik som Lehrberg konsekvent upprätthållit i sitt skrivande, från avhandlingen och framåt.

[1533] Se Lehrberg, a a s 16.

[1534] I förordet till andra upplagan av Avtalsrätt II skriver Adlercreutz med anledning av Karlgrens död: "Det var han som mer än någon annan genom sin inspirerande undervisning, genom sina skrifter och småningom genom sin verksamhet i HD väckt och utvecklat mitt intresse för den allmänna avtalsrätten." Anmärkas kan att Karlgren, enligt Hellner, Biografi över Hjalmar Karlgren s 403, satte Ussing framför alla andra författare.

[1535] Adlercreutz sätt att bestämma förhållandet mellan tolkning och utfyllning har dock inte varit tillräckligt traditionellt för att vinna Lehrbergs gillande; se Lehrberg, Avtalstolkning s 19 f; dens, Förutsättningsläran s 122 f; Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 329.

[1536] Se Adlercreutz, Avtalsrätt II s 10, 12 och 26 ff.

[1537] Adlercreutz, a a s 10.

> Med tolknings- och utfyllningsverksamheten är i praktiken ofta *bevisfrågor* intimt sammanvävda. Det gäller t ex att styrka de fakta som åberopas för att göra gällande viss innebörd i avtalet eller tillämpningen av viss bestämmelse.[1538]

Tydligare på denna punkt är Jan och Christina Ramberg, som har uttalat:

> Innan man kan lägga ett tolkningsdatum till grund för avtalstolkningen måste det först *bevisas*. Det är viktigt att skilja mellan bevisning och tolkning och att inte sammanblanda den processrättsliga frågan om bevisning med civilrättslig tolkning.[1539]

Denna inställning – av allt att döma oförenlig med Lehrbergs – följer även den en tradition. Ja, den som ville skulle kunna framställa saken så, att Ramberg och Ramberg (tillsammans, möjligen, med Adlercreutz) gentemot Lehrberg försvarar *den* traditionella uppfattningen, genom att hänvisa till den gamla uppdelningen i *textkritik* (Vilket underlag har tolkningen att utgå från?) och *hermeneutik* (Hur skall texten förstås?) som juristerna tog över från filologin, och som återfinns hos exempelvis Savigny.[1540] Mindre konstruerat blir det att hänvisa till Folke Schmidts försök att mot Karlgren, Vahlén och Holmbäck göra gällande att tolkningen väsentligen är av normativ karaktär.[1541] Schmidt bestämde i detta sammanhang tolkningsbegreppet så:

> [T]olkning antages vara den rättsliga verksamheten att fastställa avtalets innehåll med utgångspunkt från de ord eller andra symboler som utgör avtalet.[1542]

[1538] Adlercreutz, a a s 12.

[1539] J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 180. Se också t ex Vahlén, Avtal och tolkning s 217.

[1540] Se Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie s 143 och 216 f. Schleiermacher, Hermeneutik und Kritik s 71, bestämde förhållandet mellan dessa båda verksamheter så: "Hermeneutik und Kritik, beide philologische Disziplinen, beide Kunstlehren, gehören zusammen, weil die Ausübung einer jeden die andere voraussetzt. Jene ist im allgemeinen die Kunst, die Rede eines andern, vornehmlich die schriftliche, richtig zu verstehen, diese die Kunst, die Echtheit der Schriften und Schriftstellen richtig zu beurteilen und das genügenden Zeugnissen und Datis zu konstatieren." Noteras kan att denna distinktion återfinns hos Stang, Innledning til formueretten s 452 f.

[1541] Se Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa; dens, En culparegel vid avtalstolkning; jfr Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal; dens, Avtalstolkning. En replik till professor Folke Schmidt; Karlgren, Kutym och rättsregel s 32 n 4; dens, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 214 n 5; se även ovan n 499.

[1542] Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 508 n 31. Jfr Schmidt, Model, Intention, Fault s 179 (öppningsmeningen): "By interpretation of contracts I mean the process of ascertaining, in a legal context, the meaning to be assigned to the words and other symbols forming the contract."

Och Schmidt markerade också uttryckligen mot förfarandet att inordna tolkningsspörsmålen under bevisvärderingen.[1543]

Rambergs och Rambergs närmaste föregångare, i svensk doktrin, torde dock vara Grönfors, vars inställning till tolkningsproblematiken ju innebär ett radikalt avståndstagande från föreställningen att det är tolkningens uppgift att fastställa partsviljan i det individuella fallet. Mot den klassiska uppfattningen ställer Grönfors – först och främst i "Tolkning av fraktavtal" (1989) – en teleologisk tolkningslära, och upphäver därigenom i viss mån motsättningen mellan avtalstolkning och lagtolkning. Rättstillämparen har, efter denna lära, att tolka avtalstexten "på så sätt att den får en *ändamålsenlig innebörd i förhållande till dess uppgift inom rättsordningens ram som instrument för parterna* att själva utforma sina inbördes rättsförhållanden – liksom vid lagtolkning är uppgiften att tolka texten på ett från samhällelig synpunkt ändamålsenligt sätt."[1544] Grönfors tillägger: "Bara om inga betydande rättspolitiska skäl utpekar en bestämd innebörd utan tolkningsresultatet betraktas som likgiltigt, finns det skäl att låta parternas gemensamma mening vara avgörande, där den låter sig fastställas."[1545] I denna lära är avtalstolkning uppenbarligen inte väsentligen en fråga om bevisvärdering.

I synnerhet hos Jan Ramberg ges detta resonemang – vars springande punkt är uppfattningen att den klassiska lärans starka koppling mellan avtalsinnehåll och partsvilja har kommit att bli *orealistisk*[1546] – en vinkling som inte utan fog kan kallas kunskapsteoretisk.[1547] Tolkningsförfarandet måste, menar Ramberg, i praktiken utgå från objektivt konstaterbara fakta emedan det i praktiken är svårt, eller rentav omöjligt, att bilda sig någon riktig uppfattning om förhandenvaron av de subjektiva moment – "vilja" och "tillit" – som ofta åberopas i praxis och som de tra-

[1543] Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet s 486 f.

[1544] Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 37. Se också dens, Avtalsgrundande rättsfakta s 30.

[1545] Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 37.

[1546] Den samhällsanalytiska sidan av Grönfors lära. Se härtill ovan avsnitt 2.2.4.

[1547] J Ramberg själv skulle antagligen inte acceptera denna etikettering. Jfr J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 504 f. Sin ståndpunkt uppfattar han, efter Grönfors, som ateoretisk, fri från överbyggnader och ideologier. Avgörande är istället "de praktiska värderingarna som sådana". Jfr terminologin hos Høgberg, Kontraktstolkning s 103 f, som talar om "dubbel epistemologisk 'objektivitet'" för att beskriva situationen vid avtalstolkning – rättstillämparen bildar sig en uppfattning om den uppfattning parterna bildat sig om det föreliggande tolkningsobjektets innebörd.

ditionella doktrinära framställningarna fäster sådan vikt vid.[1548] Tanken är väl här, helt enkelt, att vi inte kan veta vad parterna tänkt, men väl vad de sagt och gjort. Subjektiva fakta är inre och oåtkomliga. Objektiva fakta är yttre och konstaterbara. Tolkningen börjar med de senare, med det som i praktiken kan bevisas. Såtillvida kan det sägas att Ramberg och Lehrberg är *eniga* om att utrönandet av partsviljan i princip är en bevisfråga.[1549] *Oenigheten* gäller frågan huruvida tolkning faktiskt handlar om att fastställa vilken partsviljan varit.[1550] För Lehrberg är tolkningsverksamheten primärt subjektivt inriktad och tolkningen följaktligen primärt en bevisfråga.[1551] För Ramberg är tolkningsverksamheten objektivt inriktad, och följaktligen inte en bevisfråga.[1552]

Bevisfrågornas ställning i tolkningsläran diskuteras synbarligen för närvarande, i svensk doktrin, inom ramen för den gamla motsättningen mellan subjektivism och objektivism i förmögenhetsrätten.[1553] Jag vill påstå, att detta sakernas tillstånd måste förstås mot bakgrund av den

[1548] Se J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder; dens, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 505 f; J Ramberg-C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl s 32 f och 180. Jfr Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler s 318 och 321; dens, Avtalslagen s 180; dens, Löftesprincipen, tillitsteorin och avtalslagen s 269.

[1549] Jfr J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 503: "[M]an [kan] fortfarande fästa avseende vid den fria partsviljan men inte nödvändigtvis som ett rättsskapande moment utan som en omständighet som i samverkan med andra faktorer tillerkänns betydande vikt vid avgörande av frågan om avtal kommit till stånd och vid tolkning och tillämpning av avtal."

[1550] Eller vad endera parten insett, eller måste ha insett, om motpartens avsikter.

[1551] Vi kan konstatera att följande försök av Lehrberg (Förutsättningsläran s 122 n 65) att förklara undan divergenserna i doktrinen inte håller streck såvitt gäller Grönfors, C Ramberg, J Ramberg eller Schmidt: "Fastän tolkningen primärt är ojuridisk, måste ofta rättsliga överväganden till när tolkningsdata pekar i olika riktningar. En sådan prioritetsregel är regeln att en gemensam partsavsikt går före det uttryckliga avtalsinnehållet, en annan 32 § 1 st avtalslagen [...] Det torde vara detta förhållande, att rättsliga överväganden måste göras *vid valet mellan olika tolkningsmöjligheter*, som föranlett vissa författare att ta avstånd från beskrivningen av tolkningen som ojuridisk och framhålla de rättsliga inslagen."

[1552] "Objektivt" betyder här normativt, såtillvida som bedömningen tar sikte på vad en utomstående betraktare med fog skulle ha lagt i den förklaring som tolkas; se särskilt Ramberg, Avtalstolkningsmetoder s 502. Jfr t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 33 f; Huser, Avtaletolking s 67; Stang, Viljesdogmet s 300.

[1553] Diskursen är ordnad på ett sätt som får Lehrberg att framträda som subjektivismens siste försvarare. Det gäller verklighetsbeskrivningen – för Lehrberg är subjektivismen realistisk. Se ovan n 612.

svenska avtalsrättens särpräglade förhållande till distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Hos oss har denna distinktions betydelse framhävts på ett sätt som saknar direkt motsvarighet i övriga nordiska länder, med den följden att frågan hur avtalet och tolkningen skall relateras till dikotomin faktiskt/rättsligt kommit att bli ovanligt infekterad.[1554] I ett bredare perspektiv framstår detta i sin tur som ett uttryck för det förhållandet, att den svenska rättsvetenskapen i sitt arbete alltjämt utgår från det rättsrealistiska paradigmets premisser. Tänker vi oss nämligen, på realisternas vis, partsviljan som någonting nödvändigtvis faktiskt – såsom både Lehrberg och Ramberg tycks göra – ställs frågan, huruvida tolkningen till sin karaktär är deskriptiv eller normativ, på sin spets. Folke Schmidt:

> En vanlig uppfattning är ju, att tolkning i första hand avser att domaren skall forska efter den verkliga viljan. Problemet ter sig från denna utgångspunkt enbart som uppgiften att utreda en bakomvarande psykologisk verklighet och icke som en tillämpning av vissa rättsliga normer.[1555]

Premissen – att partsviljan i någon mening är en psykologisk realitet – tycks tvinga fram ett avgörande. Frågan får formen: Antingen/eller! Partsvilja eller inte? Subjektivism eller objektivism? Jag säger inte att spänningen mellan det objektiva och det subjektiva i avtalsrätten skulle vara obefintlig i andra rättskulturer – det rör sig ju om en dualism som det är frestande att betrakta som tidlös och allmängiltig. Men jag vill göra gällande att motsättningen här på ett säreget vis accentueras.[1556] Ser man till exempelvis BGB, Code Civil, CISG, Principles of European Contract Law, UNIDROIT Principles eller Restatement (Second) of Contracts finner man att avtalstolkningens objektiva och subjektiva ele-

[1554] Jfr t ex situationen i Norge, där teoretiserandet över tolkningsfrågorna i modern tid börjar med Stang. Dennes inställning till distinktionen mellan tolkning och utfyllning, och till förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga i avtalsrätten, ter sig efter svenska förhållanden påfallande nyanserad och avslappnad – mycket tack vare det faktum att partsviljans ställning, som psykologisk realitet betraktad, är en icke-fråga i Stangs tolkningslära. I norsk doktrin tenderar, kanske i Stangs anda, de begreppsliga tolkningsproblemen att brytas upp i ett antal distinktioner och indelningar, och att på så sätt avväpnas. Det gäller även förhållandet mellan fakta och rätt i tolkningen. Se t ex Huser, Avtaletolking s 73 ff, 81 ff och 460 ff; Høgberg, Kontraktstolkning s 34, 78 ff och 110 f.

[1555] Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 508.

[1556] Jfr Høgberg, Kontraktstolkning s 79, som noterar att "[d]et tradisjonelle synet på avtalen er at den utgjør et faktum", men som också anmärker att enskilda teoretiker under senare tid börjat ifrågasätta den traditionella klassificeringen.

ment där *samsas* på ett sätt som ter sig en smula märkligt från svensk horisont.[1557]

När uppmärksamheten i det närmast följande riktas mot förhållandet mellan sakfrågor och rättsfrågor i den processrättliga traditionen, är det primära syftet att skapa en känsla för den svenska rättskulturens särart, i här antytt hänseende. Det finns, vill jag säga, någonting som hindrar oss från att vara explicita när det gäller de faktiska momentens roll i tolkningsprocessen, någonting som vi tar för givet när vi tänker över tolkningsproblemen, och som vi därför har svårt att se – någonting som är historiskt bestämt, och det på ett sätt som förbinder den avtalsrättsliga traditionen med den processrättsliga.

10.3 Sakfrågor och rättsfrågor – distinktionens ställning

> The importance of the law-fact distinction is surpassed only by its mysteriousness.
>
> *Ronald J Allen Michael S Pardo*

I processrättslig litteratur figurerar en distinktion mellan *sakfrågor* och *rättsfrågor*. Hur denna skall förstås är omstritt, men jag vill utgå från en specifik förståelse – jag gör ett nedslag i den processrättsliga idéhistorien: Per Olof Ekelöf har en gång beskrivit skillnaden mellan sakfrågor och rättsfrågor så:

> Med *sakfrågan* menar man spörsmålet om vilka juridiskt omedelbart relevanta omständigheter (*rättsfakta*) som föreligga i det ifrågavarande fallet. Och *rättsfrågan* hänför sig till de *rättsföljder*, som enligt gällande rätt är anknutna till [...] nämnda omständigheter.[1558]

[1557] Se BGB §§ 133 och 157; Code Civil art 1156–1164; CISG art 8 (1) och (2); PECL art 5:101; UNIDROIT art 4.1; Restatement (2nd) §§ 201–203. Jfr det förhållandet att J Ramberg, Avtalstolkningmetoder s 502, anser det framgå av CISG art 8 (2) – enligt vilken man i tolkningen skall ta fasta på hur en förnuftig person skulle ha uppfattat rättshandlingen – att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är verklighetsfrämmande. Art 8 (2) är emellertid subsidiär i förhållande till art 8 (1), där man hänvisas till partsavsikten. För egen del håller jag nog med DiMatteo, Contract Theory s 127, om att "[t]he full range of the dialectic [between subjective and objective elements] is openly embraced by the convention." Se också Adlercreutz, Avtalsrätt II s 35; Håstad, Om underlåtenhet av Yngve Skarin... s 243; samt ovan s 46 f.

[1558] Ekelöf, Kompendium över civilprocessen. Del I s 6. Av skäl som berörs strax nedan är förbehållslösa definitioner av dessa termer sällsynta.

Här ges tydligtvis ett sätt att dra gränsen för det rättsliga – å ena sidan sakfrågor och å andra sidan rättsfrågor – men också en anvisning om hur rätten förhåller sig till, eller får bäring på, den icke-rättsliga verkligheten. Rätten anger själv vilka faktiska omständigheter som är rättsligt relevanta, och den anger detta genom att föreskriva att förhandenvaron av vissa omständigheter får vissa rättsliga konsekvenser.[1559]

Ekelöf knyter således distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor till det rättsliga regelbegreppet, utlagt på det sätt vi kommit att ta för givet.[1560] Med denna utformning accentueras det förhållandet att det vi här har att göra med är en rättslig konstruktion (rättens gräns dragen inifrån) med ett bestämt, och alltså begränsat, användningsområde. Det rör sig tillsynes om någonting företrädesvis tekniskt. Siktet är inställt på rättstillämparens situation – och detta är ju processrättens specifika, faktiska kontext.

Sakfråga och rättsfråga anhängiggörs i det enskilda, konkreta fallet. Huruvida ett visst faktiskt förhållande varit förhanden borde, med ifrågavarande begreppsbestämning, vara en sakfråga under förutsättning att det aktuella förhållandet tas upp som rättsfaktum i en rättsregel vars tillämplighet i ett visst fall aktualiseras i en viss process. Man kan nu fråga sig vilken bäring denna terminologiska teknikalitet rimligen kan ha på den avtalsrättsliga problematiken kring tolkning och utfyllning – och efter dominerande rättsuppfattning ter sig den frågan antagligen naturlig. Låt oss emellertid *se efter*.[1561]

[1559] Se dock Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s 26 ff, som mot detta regelorienterade, av rättsdogmatiska hänsyn motiverade, sätt att förstå distinktionen ställer en processuell läsning som knyter an till RB:s rättstillämpningsbegrepp. Avgörande för klassificeringen blir då inte *utgången* av domstolens tolknings- och tillämpningsoperation – dvs huruvida ifrågavarande fakta kunnat kopplas till en rättsföljd – utan det förhållandet att omständigheten gjorts till föremål för en sådan operation. Lindell, a a s 31, sammanfattar: "Ett rättsfaktum blir därmed ett sådant faktum som domstolen jämför med rekvisitet i en regel, vare sig rättsföljden sedan inträder eller ej."

[1560] "*Om* rättsfakta *så* rättsföljd." På Ekelöf själv vilar en stor del av ansvaret för att vi ser saken så. Se nedan s 568 f och härtill Zahle, Om det juridiske bevis s 218 ff.

[1561] Även terminologiska finesser har historia, och det är i en viss mening i kraft av denna som de har innebörd. Låt vara: Under vilka villkor vår terminologi satt sig vet vi typiskt sett mycket litet om, och den saken intresserar oss heller, normalt, inte – som om termerna fallit från skyarna (se härtill Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s 136 ff). Jfr Foucault, The Order of Things s 324: "Expressing their thoughts in words of which they are not the masters, enclosing them in verbal forms whose historical

Genom att i det följande rikta uppmärksamheten mot ursprunget, vill jag för stunden ta ifrån termerna "sakfråga" och "rättsfråga" deras – annars omedelbart givna – tekniska karaktär. Är distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor blott ett processrättsligt verktyg är användningsområdet givet, och de tillämpningarna är mindre intressanta i förevarande sammanhang. Genealogiska studier har förvisso ingen omedelbar inverkan på språkbruket – det ligger fast, och med det också betydelserna.[1562] Men insikter i ursprunget kan distansera oss från de rådande språkliga konventionerna, och förmå oss att ana alternativa betydelsemöjligheter.

Genealogin har en suggestiv kraft. Vad jag försöker mana fram i detta kapitel, är känslan av att detta med sakfrågor och rättsfrågor en gång gällde någonting stort och viktigt – som vi tappat bort – nämligen *frågan om rättens förhållande till verkligheten.* Jag vill föreslå att vi för tillfället i distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor ser, eller åtminstone anar, denna större fråga. Och vad som i sammanhanget gör denna innebörd möjlig att föreställa sig är, att den inte är alldeles främmande. Såvitt det här gäller vår traditions historia gäller det också oss – vår identitet. Och vi kan säga att det gäller "vår" traditions historia redan av det skälet att händelserna ifråga ligger så nära i tiden – inte mer än någon generation bort.[1563] Men känner vi att denna vår moderna historia angår oss, är det antagligen först och främst emedan det tycks bli uppenbart, när vi konfronteras med den, att den i så hög grad bestämt *vårt* juridiska tänkande. Vi får intrycket: Vår rättsvetenskap är ännu ung, och den har utbildats *plötsligt* – den är resultatet av ett uppbrott. I Ekelöfs och Olivecronas texter, som i det följande kommer att tjäna som exempel, kan vi tillsynes iaktta hur principerna för vårt eget tänkande tar form. Termerna, sådana som "rättsfaktum" och "rättsföljd". Tänkandets gång. Den rättsvetenskapliga verksamhetens själva inriktning, till exempel detta att vi skall vara konstruktiva – avge rekommendationer. De många axiomatiska dikotomierna – vi vill resonera genom att skilja det ena från det andra. Och så, som ett vagt eko av det ursprungliga realistiska raseriet, det för-

---

dimensions they are unaware of, men believe that their speech is their servant and do not realize that they are submitting themselves to its demands."

[1562] Språket är seglivat. Rättsdogmatikens språkbruk består, t ex, trots alla anklagelser det fått utstå.

[1563] I den svenska rättsvetenskapens lilla värld har det uttrycket en mycket konkret innebörd.

akt vi hyser för abstraktionen, fiktionen, det krångliga, det vaga, och det mystiska. Allt detta som är så naturligt för oss, att tanken att det kunde vara annorlunda måste verka oroande.[1564] Men det är just denna distanserande verkan som förlänar genealogiska studier värde. Ju mer ingående ursprunget granskas, istället för att blott antydas eller åberopas, desto svårare att i det se en förnuftets seger över fördomarna.[1565]

Sakfrågor och rättsfrågor. Vad angår denna distinktions ställning och anseende kan följande noteras. För det första synes själva terminologin vara satt på undantag i nutida svensk processrätt.[1566] För det andra nämns distinktionen typiskt sett blott i förbigående, och, för det tredje, gärna med anmärkningen att det rör sig om "ett invecklat spörsmål".[1567] När detta spörsmål ändå tas upp till behandling är det, för det fjärde, för att problematisera gränsdragningen och för att understryka att de skilda processrättsliga frågor – som i någon mening kan sägas bero av att "sakfrågan" skiljs från "rättsfrågan" – inte finner sin lösning i en enhetlig, skarp och generellt giltig distinktion.[1568] Härmed sammanhänger att begreppsbestämningen som sådan, för det femte, på närmast logiska grunder anses ostyrig.[1569]

[1564] *Logiken* skall inte vara någonting tillfälligt; jfr H Andersson, Barthesianska meditationer s 85 f.

[1565] Varje dynasti håller sig med en ärorik historia.

[1566] Lindell, som borde vara den som ägnat mest tid åt problematiken (se Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor) föredrar själv att tala om en skillnad mellan "bevisfrågor" och "rättstillämpningsfrågor" – se Lindell, Civilprocessen s 32. I Ekelöf-Edelstam, Rättegång I s 44 konstateras kort (och i formuleringen ligger väl ett avståndstagande): "*Bevisfrågorna* i ett mål sammanfattas ibland under beteckningen *'sakfrågan'*. Motsatsen härtill är *'rättsfrågan'*".

[1567] Citatet från Ekelöf, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper s 66. Se också Ekelöf, Anm av Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s 37; Lindell, Civilprocessen s 32; Nordback, "Bevisbörda" i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet s 434.

[1568] Se t ex Bolding, Bevisbördan och den juridiska tekniken s 33 ff; dens, Skiljeförfarande och rättegång s 156 ff; Lindblom, Processens arkitektur s 174 f och 254 f; Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor. Det sistnämnda arbetets disposition är kanhända symptomatisk. Jfr Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s 16: "Då sakfrågan och rättsfrågan har anknytning till både juridiska och filosofiska frågor, berör såväl enskilda regler som övergripande rättsprinciper och dessutom har många förgreningar in i rättssystemet, är det [...] långt ifrån självklart från vilken ände och på vilket sätt ämnet bör angripas resp behandlas."

[1569] Antydningsvis: Världen är inte given som en uppsättning färdiga fakta. En ren *beskrivning* antas vara en uppräkning av fakta, men varje beskrivning tillkommer av vissa

En utomstående betraktare får intrycket, att man inom processrätten håller förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga, åtminstone så som detta kommer till uttryck i relationen mellan sakfråga och rättsfråga – mellan bevisning och rättstillämpning – för att vara ett viktigt men *underliggande* tema. Nog för att åtskilliga processrättsliga regler, principer och distinktioner i någon mening beror av, eller uttrycker, gränsen mellan sakfrågor och rättsfrågor. Här kan nämnas till exempel distinktionerna mellan yrkanden och grunder, rättsfakta och rättsföljd, förhållandet mellan bevisvärdering och bevisbördeproblematik, mellan rättstillämpning och bevisfrågor vid prövning av resningsansökningar, åberopsbördans omfattning – det vill säga i relationen mellan dispositionsprincipen och grundsatsen iura novit curia – samt vad som kan göras till föremål för fastställelsetalan.[1570] Emedan det är processrättens uppgift att omsätta den materiella rätten i praktiken kan den, så att säga, inte fly från problemet. Men tillsynes håller man numera den teoretiska, abstrakta, frågan om distinktionens beskaffenhet på armlängds avstånd – dekonstruerar gränslinjen hellre än att befästa densamma.[1571] På så sätt kommer skillnaden mellan sakfrågor och rättsfrågor att framträda just som någonting underliggande, någonting i "djupstrukturen", som inte kan stavas ut explicit, i sådant som definitioner och regler, utan att i någon mån gå förlorat (jämför avtalsrättens förhållande till avtalsfri-

---

skäl och på något visst sätt – i rättsliga sammanhang upprättas och diskuteras beskrivningar av faktiska händelseförlopp, i enlighet med föreskrivna procedurer, ytterst i syfte att nå ett avgörande i frågan vilka rättsliga konsekvenser det inträffade skall få. Såtillvida inrättas uppenbarligen fakta efter de kategorier rätten fastställer. Zahle, Om det juridiske bevis s 29 f: "Den judicielle erkendelse af virkeligheden er forbundet med anvendelsen af de materielle regler." Se vidare t ex H Andersson, Barthesianska meditationer s 77 ff; dens, dens, Rätt och fel ... och "fel" på "rätt" sätt, del II.2; Jørgensen, Erkendelse, tolkning og beskrivelse s 262; dens, On Justice and Law s 29 ff; Larenz-Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s 99 ff, särskilt s 128 ff; Lehrberg, Förutsättningsläran s 128 ff; Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s 24 och 371 ff; Zahle, Omsorg for retfærdighed s 167 ff.

[1570] Larenz-Canaris, a a s 128: "Die Unterscheidung der Tat- und der Rechtsfrage durchzieht das gesamte Prozeßrecht;" Jfr Lindell, Civilprocessen s 32: "I svensk rätt finns ingen bestämmelse där gränsdragningen har gjorts till rekvisit, men tudelningen har likväl betydelse som en grundläggande förutsättning för tillämpningen av vissa regler och principer." Se härtill Bryde Andersen, Ret og metode s 64; Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s 49 ff; Nordback, "Bevisbörda" i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet s 434.

[1571] Se inte minst Lindblom, Processens arkitektur.

heten). Om detta intryck är riktigt, har rimligen endast erfarna processualister den överblick som krävs för att bilda sig en uppfattning om sakfrågornas relation till rättsfrågorna. I förevarande sammanhang betyder detta emellertid inte nödvändigtvis, att frågan är fredad. Jag får visserligen avstå från alla anspråk på att lämna en uttömmande redogörelse för nu gällande processrätt i det aktuella hänseendet, men det finns andra ingångsvinklar.

Den definition av distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor som citeras i inledningen till detta avsnitt är tämligen ålderstigen – från tidigt femtiotal. Då var det tydligtvis möjligt att utan förbehåll skilja dessa företeelser åt, låt vara att gränsen dras i ett grundläggande läromedel – närmare bestämt Ekelöfs "Kompendium över civilprocessen" – vilket gör manövern tämligen oförbindande.[1572] Men man anar att det vid den aktuella tiden på något sätt var enklare att hävda att sakfrågor och rättsfrågor måste hållas åtskilda. Det påståendet förefaller, annorlunda uttryckt, då ha legat närmare sanningen än vad det nu gör.[1573]

Också detta: Jag är kanske inbilsk, men är det inte någonting främmande över den ifrågavarande Ekelöfska definitionens själva formulering? I så fall kanske någonting som har att göra med den självklarhet, eller säkerhet, med vilken påståendet presenteras. De två begreppsparen – sakfråga/rättsfråga och rättsfakta/rättsföljd – konstateras vara sammanlänkade, som om de hade bestämda platser i ett stabilt och redan färdigt system. För egen del finner jag tekniken störande, åtminstone i någon mån. Här finns, tycks det mig, en avvikelse, om än subtil, från nu rådande normer för den rättsvetenskapliga argumentationens bedrivande. Det är som om vi, konfronterade med definitionen, faktiskt kunde uppleva avståndet till Ekelöfs femtiotal.

Texten i detta kapitel närmar sig nu problematiken kring sakfrågornas förhållande till rättsfrågorna från ett bestämt håll. Frågan blir vad som gjorde det möjligt att vid den aktuella tiden, under det att den moderna svenska processrätten tog form, skilja sakfrågor från rättsfrågor på just detta sätt. Hur skall alltså distinktionen förstås?

Låt mig först bara anmärka, att om processrätten nu intar en försiktig, eller milt ointresserad, hållning till den teoretiska frågan om sakfrågornas

[1572] Å andra sidan: Var annars än i läroböckerna kan rättsvetenskapen tillåta sig att sätta ned foten och ge klara besked om rättens beskaffenhet?

[1573] Vilket helt enkelt vill säga att spelreglerna har förändrats.

förhållande till rättsfrågorna, är det inte oansvarigt och försumligt, utan snarare klokt och rimligt, bedömt efter modernare kriterier på (rätts)vetenskaplig rationalitet.[1574] Det förhållandet att det här är enkelt att dra en parallell till avtalsrättens attityd till distinktionen mellan tolkning och utfyllning är antagligen ingen slump.[1575] Det ligger inte längre i tiden – inte så som det en gång gjorde – att urskillningslöst insistera på att fakta strängt skall skiljas från värderingar.[1576] Tillåter man sig förenklingen kan detta sakläge, för vår juridiks del, framställas som *följden* av en konsekvent rättsvetenskaplig rörelse under nittonhundratalets senare hälft, en rörelse som då skulle svara mot en rörelse inom vetenskapsteorin och filosofin. Hurså?

Ofta skrev man, i syfte att avslöja den mångfacetterade, normativa realiteten bakom någon förment neutralt beskrivande begreppskonstruktion. Beträffande bevisfrågorna är antagligen det tydligaste exemplet Henrik Zahles normativa bevisvärderingsteori – uttryckligen formulerad mot den skarpa åtskillnad mellan fakta och normer som äldre nittonhundratalsfilosofi fäste sådan vikt vid[1577] – men här bör också Bengt Lindells analys av förhållandet mellan sakfrågor och rättsfrågor

[1574] Jfr t ex Allen-Pardo, The Myth of the Law-Fact Distinction, som når slutsatsen att distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor inte kan *grundas*, utan måste bestämmas utifrån vad det specifika rättsliga sammanhanget i varje fall kräver.

[1575] Jfr Zahle, Bevisteori og retsteori s 69, som drar paralleller mellan utvecklingen på bevisrättens och den materiella rättens områden.

[1576] Se t ex hur H Jacobson, Preskriptionens funktioner (avhandling utgiven år 2005) s 43 f, försiktigtvis ansluter sig till kritiken av de logiska empiristernas distinktion mellan vara och böra. Författaren betonar "sambandet"/"förbindelsen"/"kopplingen" mellan fakta och värderingar på ett sätt som tycks signalera att den modernistiska andens grepp om den svenska juridiken förvisso blivit svagare. Se angående denna utvecklingstendens t ex Dalberg-Larsen, Virkelighed og værdier i retsvidenskaben; Peczenik, Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv?

[1577] Se Zahle, Om det juridiske bevis, särskilt s 138 ff, 402 ff och 767 ff. Fäste "äldre nittonhundratalsfilosofi" särskild vikt vid åtskillnaden mellan fakta och normer, vara och böra? Jag tänker här (vad det verkar i likhet med Jareborg, Värderingar s 234) framförallt på den empiristiska linjen, fram till och med Quine. En upplysande framställning på temat är Putnam, The Collapse of the Fact/Value Dichotomy. Uppsalaskolan torde, med sin s k värdenihilism, även i detta avseende kunna betraktas som en provinsiell motsvarighet till utvecklingen i Wien och Cambridge; jfr t ex Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 261; Hedenius, Om rätt och moral s 10 f; Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 5 f; Ross, Om ret og retfærdighed s 82. Likheterna skall naturligtvis inte överdrivas; se t ex Cassirer, Axel Hägerström s 25 f; Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 27.

nämnas.[1578] Exempel från andra fält ger Torstein Eckhoffs rättskällelära,[1579] Nils Jareborgs straffrättsliga undersökningar,[1580] och Håkan Anderssons skyddsändamålslära.[1581] Vad gäller den svenska avtalsrätten tänker man i detta sammanhang kanske först och främst på Kurt Grönfors upprepade angrepp på viljedogmen, samt på Bert Lehrbergs differentierade variant av den objektiva förutsättningsläran.[1582] Den gamla juridikens begrepp – äganderätt, tolkning, vilja, culpa, förutsättningar, adekvans, uppsåt och så vidare – har vi kunnat avfärda med hänvisning till att de gjorde realiteterna orättvisa och dolde värderingarna.[1583] Håkan Andersson har beskrivit tendensen så:

[1578] Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor. Lindell splittrar sin frågeställning, och med den de dikotomier som ligger till grund för densamma, inklusive åtskillnaden mellan fakta och värderingar; jfr Lindblom, Processens arkitektur s 204 f, för en påminnelse om att dekonstruktionen även på detta område måste tänkas som ett ständigt pågående projekt.

[1579] Den primära källan är Eckhoffs "Rettskildelære".

[1580] Redan framställningen i Jareborg, Handling och uppsåt, byggde på uppfattningen att språkbruket, generellt och med nödvändighet, ger uttryck för värderingar – se t ex den explicita deklarationen Jareborg, a a s 10. Långt senare kunde Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 9, summera: "Jag har använt en stor del av mitt liv för att försöka demonstrera, direkt och framförallt indirekt, att värdeutsagor inte på något avgörande sätt skiljer sig från andra utsagor ifråga om sanningsvärde och rationalitet." För det direkta demonstrerandet se framförallt Jareborg, Begrepp och brottsbeskrivning s 144 ff; dens, Värderingar.

[1581] Se H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 114 f, 162 ff och 198 ff.

[1582] Jfr återigen Thomas Wilhelmssons visionära civilrätt, som är mindre scientistiskt realistisk än politiskt realistisk, på amerikanskt vis. Accentueras rättsvetenskapens politiska karaktär, måste det rent deskriptiva och "vetenskapliga" tonas ned. Jfr Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 12 f: "I en vision är fakticiteten och normativiteten oundgängligen sammanblandade."

[1583] Med Graver, Keiserens garderobe s 435 ff, kan vi tala om en *avmaterialisering* av de juridiska begreppen; jfr Rodhe, Beskrivning – prognos – rekommendation s 2. Jfr viljebegreppet hos Grönfors, den gällande rättens begrepp hos Eckhoff (se härtill Graver, Keiserens garderobe s 435 ff) eller tolkningsbegreppet hos Ekelöf (se nedan avsnitt 10.6). Se vidare t ex H Andersson, Strikt ansvar – olika problemformuleringar och argumentationssätt s 67 f; Andreasson, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants" s 523 n 7: Collins, Regulating Contracts s 53 ff och 196 ff; DiMatteo, Reason and Context s 486; Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine s 230; Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 131 f; Hov, Trenger vi nye begreper og "nye modeller" i avtaleretten? s 573; Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication s 1731 ff; Kinander, The View from Within s 71 ff; Lehrberg, Förutsättningsläran s 74; Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 33 ff.

> Vi kan rent allmänt inom juridiken se en utveckling bort från okomplicerade modeller, med några få individualistiskt-psykologiska variabler, mot en mer nyanserad illustration där en lång räcka specificerade variabler med objektivt innehåll tas i bruk.[1584]

Processen kan på ett visst sätt tänkas som en form av erosion.[1585] När den moderna juridiken i sitt initiala skede stod upp till hakan i de gamla begreppen måste det ha varit kritiskt, det vill säga av yttersta vikt, att strängt skilja den faktiska basen för de juridiska omdömena från de värderingar som kommer till tals i desamma. Den distinktionen är den grundläggande mekanism som driver den realistiska analysen framåt. Allteftersom de äldre tankekonstruktionerna slås i spillror kommer emellertid incitamentet att insistera på åtskillnaden mellan fakta och värderingar att försvinna. Till slut är det inte längre möjligt att göra uppror med hjälp av denna distinktion. Maskineriet börjar gå på tomgång.[1586] Och den skarpa åtskillnaden mellan fakta och värderingar har i sig blivit den dogm som nästa generation måste ifrågasätta.

10.4 Avtalsrätt möter processrätt

Det är inte *termerna* "sakfrågor" och "rättsfrågor" som nu intresserar, utan de motsvarande *begreppen*. Eller rättare sagt: Emedan orden svårligen kan skiljas från sina historiskt bestämda innebörder, kan inte åtskillnaden mellan sakfrågor och rättsfrågor med ett enkelt ryck frigöras från det processrättsliga språkets ordning. Ifrågavarande termer är inte lediga. De kan inte användas hursomhelst – och det är detta förhållande, alltså de sjok av mening och konnotationer som följer med orden, som gör dem användbara i förevarande sammanhang.

[1584] H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s 115. När man läser detta får man intrycket att de objektivistiska program som formulerades i slutet av artonhundratalet, t ex av de danska "realisterna", sedan också kom att implementeras. Se t ex Møller, Om Objektivisme i Formueretten, och det ovan i n 1526 återgivna citatet från denna uppsats.

[1585] Jag vänder här på ett argument hos Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960 s 15 och 19.

[1586] Jfr Grönfors, Ändamål och funktion s 532, som om den vidareutveckling av Ekelöfs teleologi som skedde i Kleinemans och H Anderssons avhandlingar anmärker "att den hela tiden håller sig inom ändamålets ram. Detta kan inte fortgå hur länge som helst utan att själva tekniken nödvändigtvis kväver sig själv."

För att först relatera distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor till ämnet tolkning och utfyllning behövs inga konstgrepp. Så som diskursen är ordnad föreligger redan en förbindelse mellan dessa begreppspar. Allt man behöver göra är att peka.

avtalsrätt

tolkning	utfyllning
fakta	rätt
vara	*böra*
fakta	rätt
sakfråga	rättsfråga

processrätt

Dikotomierna tolkning/utfyllning respektive sakfrågor/rättsfrågor är instanser av en och samma abstrakta relation – den som råder mellan det som är och det som bör vara.[1587] Så mycket, eller snarare lite, låter sig påstås, åtminstone så länge det påståendet inte ges en filosofisk betoning.[1588] Det rör sig om ett grammatiskt förhållande. Såväl det avtalsrättsliga som det processrättsliga språket innehåller vissa uppdelningar som organiseras efter mönstret vara/böra, och bland dessa återfinns

[1587] Detta skall inte tas på *teoretiskt* allvar. Jag menar t ex inte att rätten bör vara, utan bara att rätten till skillnad från verkligheten är normativ. Den hör till Börats värld, så som vårt språk är konstruerat, eller beskaffat. Detta *grammatiska* förhållande är t ex en förutsättning för den rättspositivistiska teoribildningen – endast under denna förutsättning kan det kännas viktigt att göra en poäng av att det är skillnad på rätt och moral, eller att rätten har en "faktisk" grund.

[1588] Jurister har ofta god anledning att markera mot filosofiska läsningar av sina texter; jfr Wittgenstein, Om visshet § 482, och se t ex Benson, The Unity of Contract Law s 125; Fridman, On the Nature of Contract s 627; Hult, Juridisk debatt s 11 ff; Karlgren, Kutym och rättsregel s 29 n 1; Lehrberg, Förutsättningsläran s 91; dens, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 326; Rodhe, Obligationsrätt s 299; Ussing, Retstridighed s 8 f och 12; Vahlén, Avtal och tolkning s 190 och se härtill Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 122 f; Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 82 f; Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 311; Tuori, Critical Legal Positivism s 186 f; Undén, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken, särskilt s 173; dens, Några reflexioner om termen gällande rätt; Ussing, a a s 40 f. Eller se, för den delen, redan Hegel, Elements of the Philosophy of Right s 26, som gör den poängen, att emedan rättsvetenskapen frågar sig vad som är (gällande) rätt, inte vad (gällande) rätt är, behöver den inte bry sig stort om hur rättsbegreppet skall definieras.

distinktionen mellan tolkning och utfyllning och distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor.[1589] Just dessa begreppspar är emellertid förbundna av mer än denna rent formella likhet.

I regel består ett avsevärt avstånd mellan avtalsrätten och processrätten, betraktade som diskurser. Skillnaderna i stil, terminologi, historieskrivning, intresseriktning, kanon, gemensamma exempel och anekdoter etc, är påtagliga. Det finns dock klara beröringspunkter, där disciplinerna tillsynes kan mötas. Först och främst gäller det vad man kunde kalla strukturella likheter. Processrätten får en särskilt tydlig avtalsrättslig karaktär när den framställer den så kallade dispositionsprincipen, vilket är naturligt – även processrättens "parter" tillskrivs autonomi, de avger rättshandlingar som måste tolkas, och så vidare. I någon liten utsträckning har man också på respektive sida sökt förankra den egna terminologin i den andra disciplinens begreppsbildning. Det sätt på vilket dikotomierna tolkning/utfyllning och sakfrågor/rättsfrågor relateras till varandra i litteraturen, ger ett tydligt exempel. Kopplingen får anses vara ovanligt stark, och detta förhållande finner nog till stor del sin förklaring i de inblandade disciplinernas gemensamma realistiska förflutna. Ett av den ursprungliga – modernistiska – realismens främsta kännetecken, var ju just att den med emfas krävde, att varat och börat skall hållas isär.[1590] Vi kan se distinktionerna mellan tolkning och utfyllning respektive sakfrågor och rättsfrågor som uttryck för detta krav – med den realistiska utgångspunkten är det givet att dessa båda dikotomier kommer att överlappa varandra. I den diskursiva praktiken kan det ge upphov till svårigheter, att låta dessa distinktioner smälta samman – ett gott exempel på detta är HD:s ovan i avsnitt 5.3.4 uppmärksammade avgörande i NJA 1999 s 629 – men ideologiskt sett är de närmast identiska. Det är inte en slump att man i den avtalsrättsliga doktrinen finner identifikationen fullt genomförd hos just Bert Lehrberg, som angående svårigheterna att hålla isär tolkningen och utfyllningen i rättstillämpningen skriver:

> Den grundläggande problematiken sammanhänger med svårigheterna att klart särhålla *sakfrågan* om visst avtalsinnehåll föreligger från *rättsfrågan*, vilken lösning som följer av dispositiv rätt eller eljest är den lämpliga och rimliga.[1591]

[1589] Jag vill inte ha sagt att "mönstret" vara/böra föregår avtalsrättens och processrättens språkformer. Bättre, i så fall: Språkformerna konstituerar mönstret.

[1590] Se t ex Graver, Keiserens garderobe s 430; Kennedy, The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality s 1070; Kinander, The view from within s 230.

[1591] Lehrberg, Förutsättningsläran s 129.

Vill man förstå den ideologiska mekanism som gör identifikationen möjlig, kan det vara idé att jämföra med det moderna rättighetsbegreppets genealogi.[1592] Som läsaren kan påminna sig hade den skandinaviska rättighetsdebatten sin upprinnelse i Uppsalaskolans radikala kritik av den äldre juridikens rättighetsidé. Rättigheten är en fantasiföreställning, menade Lundstedt, och krävde att ordet "rättighet" skulle utmönstras åtminstone ur det *vetenskapliga* juridiska språket. Grunden för denna kritik var egentligen Uppsalaskolans stränga – rentav smått brutala – vetenskapsideologi, enligt vilken vetenskapen endast har att ägna sig åt de i erfarenheten påträffbara fenomenen. Men den slutsats som rättighetsdebatten småningom mynnade ut i blev, att det var vetenskapligt acceptabelt att låta rättighetsbegreppet ingå i den juridiska terminologin trots att termen "rättighet" saknade "semantisk referens", det vill säga trots att man var ense om att rättigheter inte existerar.[1593]

Anledningen till att man fokuserade så på rättighetsbegreppet var naturligtvis, att detta var centralt för det härskande, tyska, paradigmet. Av samma anledning ägnade man emellertid också *viljebegreppet* särskild uppmärksamhet.[1594] Rättigheter ("Recht" i subjektiv mening) och vilja ("Wille" alternativt "Willkür"[1595]) är rätt besett två oskiljaktiga element i den idealistiska rättsuppfattningen.[1596] I princip är tanken att rätten på den mest abstrakta nivån kan förstås som en relation mellan fria individer, som närmare bestäms av viljan – genom rättsstiftande handlingar

[1592] Det stora temat i kap 7 i denna framställning.

[1593] Och denna vid första påseende (eller: "för det sunda förnuftet") paradoxala ståndpunkt kunde man inta endast emedan Uppsalaskolan fått stryka på foten för den nya och internationella "vetenskapliga" filosofin.

[1594] Jfr Hägerström, Är gällande rätt uttryck av vilja? s 59: "Måhända den vanligaste uppfattningen i modärn rättsvetenskap och rättsfilosofi är den, som behandlar rätten som en faktisk verklighet på det sättet, att den är det på visst sätt yttrade innehållet i en viss i samhället verksam maktfull vilja." Se också t ex Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 128; Olivecrona i inledningen till "Rätten och viljan" s 9; dens, Rättsordningen (vars tes ställs mot "voluntarismens"); dens, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt s 134. Se härtill Lyles, A Call for Scientific Purity s 375 ff.

[1595] Skillnaden mellan dessa båda begrepp är i utgångsläget avhängig Kantexegetiska överväganden som det knappast är försvarligt att ge sig in på i förevarande sammanhang.

[1596] Jfr Hägerström, Om begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 154, som spårar släktskapet tillbaka till naturrätten: "Men viljeteorien själv hör väsentligt tillsammans med den förvända från naturrättsläran stammande uppfattningen av löftet som ett meddelande *om* en viss vilja, liksom denna uppfattning själv står i sammanhang med den moderna från naturrättsläran nedärvda bestämningen av begreppet rättighet."

eller genom privaträttsliga rättshandlingar.[1597] Realisterna körde hela denna konstruktion genom sin monistiska ontologi: Det finns bara en verklighet, och det är den som är given i erfarenheten. Man ville kollapsa diskursen kring det fria rättsliga subjektet, samman med alla andra akademiska samtal, till någonting strikt vetenskapligt. I realiteten ryckte man alla begrepp ur sina historiskt givna kontexter för att om möjligt relokalisera dem inom en och samma, förment universellt giltiga, referensram. Denna utjämnande, tillplattande, funktion hos realismen kommer tydligt till uttryck i följande uttalande av Ross, som i egenskap av att vara den siste i raden av de stora "skandinaviska realisterna", kunde inta en historiserande hållning till sin egen tradition.[1598]

> Det bærende tankemotiv i den retsfilosofiske *realisme* er ønsket om at forstå retsvidenskaben i overensstemmelse med det begreb om videnskabens natur, opgave og metode der er udarbejdet af den moderne videnskabelige filosofi. Forskellige filosofiske retninger – den logiske empirisme, Uppsalafilosofien, Cambridgeskolen m fl – mødes i affvisning af al spekulativ erkendelse grundet i apriorisk forn-uftsindsigt, den såkaldte metafysik. Der er kun een verden og een erkendelse. Al videnskab angår til syvende og sidst den samme sammenhæng af kendsgerninger, og alle videnskabelige realudsagn [...] er underkastet efterprøvelse i erfaringen.[1599]

Det faktiska är det verkliga.[1600] Märk nu, att denna tautologi ger upphov till skilda effekter när den tillämpas på rättighetsbegreppet respektive vil-

[1597] Den filosofiska förlagan finner man hos Kant, Die Metaphysik der Sitten s 65 ff; se det ovan i n 227 återgivna citatet; jfr Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 331 ff. Hos Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts s 156, heter det: "Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft."

[1598] Lägg märke till att han framställer densamma som en naturlig följd av etablerade vetenskapliga landvinningar.

[1599] Ross, Om ret og retfærdighed s 82. Jfr t ex Lundstedt, Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? s 107. Se härtill Graver, Keiserens garderobe s 430 f; Peczenik, The Passion for Reason s 174 f. Angående Ross universaliserande tolkning av "realismen": "Totaliteten av sanna satser är den totala naturvetenskapen (eller naturvetenskapens totalitet)" skriver den unge Wittgenstein (Tractatus 4.11). Detta blir realism när det tas *som paroll* (vilket kräver att man gör våld på texten; se härtill t ex McGuiness, The So-called Realism of Wittgenstein's *Tractatus*) – och det var den funktionen Tractatus fick. Jfr t ex Schlick, The Future of Philosophy s 51: "[A]ll real problems are scientific questions, there are no others." Schlick, Wienkretsens ordförande, som skriver (a a s 52): "The view which I am advocating has at the present time been most clearly expressed by Ludwig Wittgenstein"; se vidare ovan n 844 och 1047.

[1600] Olivecrona, Några synpunkter på de juridiska begreppen s 221, summerar: "Kritikens kärna är, att de gängse juridiska begreppen icke ha underlag i fakta."

jebegreppet. Att *rättigheter* inte kan tänkas som empiriska fenomen tycks vara uppenbart. Med *viljan* är det annorlunda. Viljan är en företeelse som vi principiellt sett utan vidare kan hänföra till det verkliga. Människor vill saker. Frågan huruvida rättsvetenskapens bruk av viljebegreppet kan försvaras vetenskapligt blir nu någonting som kan prövas. Vi får fråga oss: Har det juridiska språkbruket på denna punkt täckning i realiteterna? Här är det den för det modernistiska tänkandet referentiella meningsteorin som styr resonemanget. Betraktas viljeteorin som allmän rättsteori står svaret klart. Rätten som sådan kan inte rimligen förklaras som en följd av en i verkligheten existerande vilja. Olivecrona lägger ut texten:

> Viljeteoriens oförenlighet med fakta är uppenbar. Det går icke att finna någon enhetlig reell vilja, som skulle uppbära vare sig nutidens rättssystem eller äldre tiders rättsordningar. Att likväl viljeteorin kunnat fasthållas med sådan seghet är ägnat att förvåna. Den sista utvägen har blivit att förklara, att den rättsbestämmande viljan icke är någon vilja i psykologisk mening. Likväl säges rätten vara uttryck för en vilja. Men vad betyder detta? Vad är en vilja som icke är en psykologisk vilja? Här finns två möjligheter. Antingen har ordet vilja tappat all betydelse och blivit ett tomt ord som ingenting säger; då är teorien innehållslös. Eller också menar man med "vilja" någonting helt annat än vilja i vanlig mening; då kommer teoriens innehåll att bli beroende av vad det är som avses med den vilseledande beteckningen vilja.[1601]

Uppsalaskolans syn på viljan kan synbarligen reduceras till den enkla satsen: "All vilja som finns är faktisk (psykologisk)."[1602] Nå, det må vara svårt att konstatera förekomsten av en psykologisk vilja (ännu en tautologi) bakom rättsordningen som helhet, men saken kommer i ett annat läge när uppmärksamheten riktas mot viljebegreppets användning i privat-

[1601] Olivecrona, Rättsordningen s 105. Hägerström gjorde samma poäng i uppsatsen "Är gällande rätt uttryck av vilja?"

[1602] Detta av det skälet att skolans budskap var utpräglat *negativt*. Det var det dittillsvarande tänkandets mångfacetterade bruk av viljebegreppet som irriterade realisterna. Deras uppgift blev att kritisera detta bruk ("viljeteorierna"), inte att själva framställa en viljeteori. Den senare uppgiften åligger psykologin. Jfr t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 69. I sammanhanget kan anmärkas att Lundstedt ofta beklagar sig över att hans kritiker lämnar hans konsekventa negativa budskap, dvs "kritiken av rättsideologin", ur räkningen, och att de av den anledningen, enligt Lundtstedts uppfattning, omöjligen kan förstå hans positiva budskap. Se t ex Lundstedt, Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? s 537 f.

rätten.[1603] Kan vi utan vidare slå fast, att det inte finns någonting sådant som *partsvilja*? Just här verkar det finnas förutsättningar för att i någon utsträckning behålla det traditionella juridiska språkbruket...

Hägerström kunde visserligen inte acceptera viljeförklaringsterminologin – ty i den såg han en teori av innebörd, att viljeförklaringen förmår förläna sig själv giltighet (det berömda cirkelargumentet).[1604] Men det måste väl inte desto mindre antas att det underlag man arbetar med vid till exempel avtalstolkning är faktiskt – och det är inte orimligt att man i sådana sammanhang tar hänsyn till en reell, psykologisk partsvilja hos parterna, i den mån en sådan kan konstateras.

Det som i detta sammanhang var viktigt för Uppsalaskolans anhängare var, att man inte utifrån det faktiska underlaget kunde dra några rättsliga, eller på annat sätt normativa, slutsatser.[1605] Skall det bara finnas en verklighet, och är kriteriet på realitet dessutom, att ifrågavarande fenomen omedelbart och utan motsägelse kan inordnas i tid och rum, är partsviljan i synnerhet – men också språkbruk, semantiska förhållanden, parternas insikter och förutsättningar, ja, allt det som avtalstolkningen sysselsätter sig med – att betrakta som någonting *faktiskt*, såvitt det alls är verkligt. Verksamhetens objekt är faktiskt, *det vill säga icke-rättsligt*. Olivecrona inskärper betydelsen av att hålla rågången klar:

> Fakta är vad som verkligen kan konstateras beträffande vad som talats eller skrivits och vad som verkligen avsetts av parterna eller endera av dem. En annan fråga är hur detta material skall rättsligen bedömas och hur avtalet skall utfyllas genom föreskrifter på punkter där det företer oklarheter eller luckor.[1606]

Låt oss stanna upp ett ögonblick vid detta uttalande. Avtalsrättaren frågar sig möjligen var *tolkningen* här tog vägen. Olivecrona synes räkna med tre kategorier: dels a) fakta, dels det som inte är fakta, nämligen b) den rättsliga bedömningen av fakta, och c) utfyllningen. Vi förstår, i den realistiska kontexten, att kategorierna b) och c) är värderande. Mot fakta står värderingar. Då tolkningen är utfyllningens motsats, vill vi anta att

[1603] Den viktigaste (någorlunda lättillgängliga) källskriften är här Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område. Hägerströms slutgiltiga analys återfinns i "Der römische Obligationsbegriff".

[1604] Se särskilt Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s 101.

[1605] Se t ex Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 227; Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 128 ff. Jfr Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 377; Ussing, Aftaler, 1 udg s 53.

[1606] Olivecrona, Rätt och dom s 220.

denna är att hänföra till kategorierna a) och (eller möjligen: eller) b). Om detta låter sig göras är emellertid osäkert. En tolkning är, till att börja med, alltid någonting annat och mer än ett trivialt konstaterande. Givna fakta är blott tolkningens utgångspunkt, det som tolkas, och att det är sådana *tolkningsdata* Olivecrona avser med termen "fakta" antyds av, att de i den citerade passagens andra mening antas utgöra *ett material som skall bedömas*, det vill säga någonting som i sig är stumt, men som kan tillskrivas betydelse. Tolkningsmomentet skulle då vara att lokalisera i kategori b), i bedömningen av fakta – men den bedömning Olivecrona talar om är "rättslig" och kan av den anledningen inte utan vidare likställas med tolkningen av rättshandlingar. Det är parterna som ger avtalet innehåll, inte rättsordningen – i vilket fall bygger distinktionen mellan tolkning och utfyllning på den uppfattningen (en distinktion som Olivecrona hänvisar till genom att använda termen "utfyllning"). Tolkningen är i så måtto faktisk. Genom den skall partsviljan fastställas. Olivecrona nämner också explicit parternas avsikter i sin exemplifierande uppräkning av fakta, men den typ av fakta som avses är som vi har sett råa, obearbetade fakta; partsavsikten likställs genom uppräkningen med "vad som verkligen kan konstateras beträffande vad som talats eller skrivits", det vill säga med sådant som det typiskt sett inte finns utrymme att diskutera.[1607] En sådan "partsavsikt" är uppenbarligen någonting annat än det hägrande målet för varje avtalstolkning. Här föreligger med andra ord en tydlig diskrepans gentemot det avtalsrättsliga språkbruket.[1608] Och vi kan återigen konstatera att de analyser som insisterar på att vid-

[1607] Det finns skäl att misstänka att det är den *tyska* systematiken som skiner igenom i Olivecronas analys (till vilken han i en not fogar en hänvisning till ett tyskt arbete). Se t ex Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts s 545 ff. Tilläggas kan att detta bruk av uttrycket "partsavsikt" ligger nära det som förekommer i samband med diskussioner kring den tolkningsregel som vanligen åsyftas med frasen "falsa demonstratio non nocet". Har parterna explicit angivit hur avtalet skall förstås, är den avsikt som på så sätt givits till känna naturligtvis lika omedelbart konstaterbar som avtalstexten som sådan – förutsatt att alla bevissvårigheter kunnat undanröjas. Jag vill här göra poängen att uttrycket "partsavsikt" inom tolkningsläran används *på många olika sätt*. Går man till praxis finner man t ex att rättstillämparen behandlar partsavsikten ömsom som ett tolkningsdatum (se t ex NJA 2000 s 685), ömsom som tolkningsverksamhetens resultat (se t ex NJA 1998 s 448). Jfr Eng, U/enighetsanalyse s 450 ff.

[1608] Se t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 34: "[T]olkningen går ytterst ut på att fastställa *vad parterna gemensamt avsett* med avtalet". Mycket tydlig på denna punkt är Bernitz, Standardavtalsrätt s 43. Jfr Corbin, The Interpretation of Words and the Parol Evidence

makthålla de distinktioner som går tillbaka på dikotomin rätt/verklighet har svårt att hantera tolkningen, som praktisk verksamhet betraktad.[1609]

10.5 Fakta och värderingar hos Ekelöf

Vad gäller avtalstolkningen och förhållandet mellan fakta och värderingar uttrycker sig Ekelöf måhända tydligare än Olivecrona. I "Rättegång V" heter det:

> Av vikt är också att det framgår i vilken utsträckning *det är fråga om bevisvärdering och om rättstillämpning.* Då tvisten rör sig om ett avtals "innehåll" eller om "tolkningen" härav, måste rätten ange huruvida den grundat sin uppfattning på *bevisningen* om vad parterna tänkt och velat, då de slöt avtalet, eller om det strängt taget är fråga om en *utfyllnad* av detta.[1610]

Här ges tolkningen och utfyllningen direkta processuella motsvarigheter. Tolkning och utfyllning är ur Ekelöfs processrättsliga perspektiv bevisvärdering och rättstillämpning. Uppdelningen är strängt dikotomisk på ett sätt som är karakteristiskt – inte bara för Ekelöf,[1611] utan för alla de rättsvetenskapare som uppfylldes av den realistiska andan, sådan den var. Och de begreppsliga relationer som upprättas i denna korta passage kan sägas uttrycka, eller återspegla, åtskilligt av det som är avgörande och viktigt i Ekelöfs syn på vetenskapen och juridiken, men det påståendet kräver naturligtvis en förklaring.

Ekelöf kallade Hägerström mästare och lärofader[1612] – låt vara med en viss distans i tonfallet[1613] – och ansåg sig vara renlärig.[1614] Finns det

---

Rule s 162: "There are general rules that are universally accepted [...] The cardinal rule with which all interpretation begins is that its purpose is to ascertain the intention of the parties." Så länge det har skrivits om avtalstolkning har detta mål tagits för givet – se t ex Grotius, De iure belli ac pacis libri tres s 409 – även om det finns dissidenter (sådana som Grönfors). Se vidare om den gemensamma partsavsikten som tolkningsverksamhetens mål, Barak, Purposive Interpretation in Law s 318 ff; Høgberg, Kontraktstolkning s 96 ff.

[1609] Jfr ovan avsnitt 9.2.2.

[1610] Ekelöf, Rättegång V s 206 ff. Se också dens, En essay om tolkning och mening s 48; Ekelöf-Boman, Rättegång IV s 212 f.

[1611] Jfr Arnholm, Noen metodologiske betraktninger s 520 f.

[1612] Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 277; dens, Från en forskares verkstad s 12.

[1613] En nyans som blir påtaglig vid en jämförelse med Lundstedts vördnadsbetygelser. Tex inleds Lundstedts "Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft" med följande koncisa trohetsförklaring: "Axel Hägerström. Mein Meister."

[1614] Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 277.

anledning att sätta tillit till Ekelöfs självbiografiska anteckningar kan, bland andra, följande två element i den Ekelöfska tankebyggnaden återföras på Hägerströms tänkande:

i) Distinktionen mellan *kunskapsteoretisk objektivism* och *värdeteoretisk subjektivism* – det vill säga tanken att det föreligger en avgörande skillnad mellan utsagor om verklighetens beskaffenhet, å ena sidan, och värdeomdömen, å den andra, som närmare bestämt består i att de förras giltighet är oberoende av varje subjektiv uppfattning,[1615] medan de senare är att se som direkta uttryck för det värderande subjektets känsloläge.[1616] Objektiv kunskap är möjlig, medan moral är subjektivt tyckande.[1617]

ii) Den *begreppsanalytiska metoden*. Ekelöf bedrev till stor del sitt vetenskapliga arbete genom att identifiera – eller kanske postulera – semantiska nyanser: Varje problem får sin lösning i ett påpekande, av innebörd att en eller annan begreppslig distinktion hittintills försummats. Inom ramen för förevarande framställning får vi ett första exempel genom att återanknyta till avsnitt 7.5.3, där Ekelöfs analys av rättighetsbegreppet behandlades. Ekelöf gjorde ju gällande att två realiteter, nämligen ett "komplext rättsfaktum" och ett "komplex av rättsföljder", sammanblandas i den ursprungliga betydelsen av termen "rättighet", och han betonade att rättighetsproblematiken har sin grund i "[a]tt man ej klart inser, att man därvid begagnar termen i olika betydelser".[1618] Men det finns många andra exempel. Den traditionella lagtolkningsläran missar

[1615] Giltigheten villkoras endast av att utsagan är a) motsägelsefri, logiskt sett, och b) äger en "motsvarighet i yttervärlden". Se härtill Bjarup, Axel Hägerströms filosofi, värdenihilism och rättspositivism s 27; dens, Epistemology and Law according to Hägerström s 16 ff; Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 262. Jfr ovan n 1580.

[1616] Sitt mest berömda uttryck får den tanken i Hägerström, Om moraliska föreställningars sanning – installationsföreläsningen från 1911. Se härtill Bjarup, Reality and Ought. Hägerström's Inaugural Lecture Re-examined, som genom sin läsning understryker den dåtida politiska och filosofiska kontextens betydelse för förståelsen. Se också Hedenius, Om rätt och moral s 14 ff.

[1617] Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 261 f: "Det var främst två idéer hos mina lärare i filosofi, som jag fäste mig vid: deras kunskapsteoretiska objektivism och deras värdeteoretiska subjektivism – värdenihilismen som den senare också kallats. [Dessa idéer] har jag betraktat som de mest grundläggande förutsättningarna för mitt vetenskapliga arbete." Jfr Ekelöf, Om interventionsgrunden s 47 ff.

[1618] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 249.

skillnaden mellan lagstadgandens "mening" och deras "tillämpningsområden".[1619] Vad gäller frågan om straffprocessens föremål har man "trott det gällde begreppet processföremål men i verkligheten var det dettas identitetskriterier, som man stred om. Och att man funnit det självklart att dessa måste vara desamma i alla olika sammanhang, berodde på att man förväxlade dem med kännetecknen på processföremålet".[1620] Det faktum att man i litteraturen möter "påståenden om att bevisbördan skulle vara fördelad även i brottmål [...] kan bero på *en förväxling av den falska och äkta bevisbördan.*"[1621] Och så vidare.[1622]

Dessa båda element kan strängt taget inte skiljas åt – emedan de begreppsliga dualiteter, som Ekelöfs analys skall påvisa förekomsten av, ofta nog är ordnade efter just den mall som åtskillnaden mellan objektiv kunskapsteori och subjektiv värdeteori tillhandahåller.[1623] Denna likformighet ger Ekelöfs tänkande en bestämd struktur. Ta till exempel den typiskt Ekelöfska tanken att *rättsfaktum* och *rättsföljd* inte får sammanblandas.[1624] Denna riktpunkt för den rättsvetenskapliga verksamheten låter sig enkelt inordnas i det nu antydda större mönstret.

[1619] Se särskilt Ekelöf-Edelstam, Rättegång I s 79 ff.

[1620] Ekelöf, Från en forskares verkstad s 18 f.

[1621] Ekelöf-Boman, Rättegång IV s 115.

[1622] Tekniken kan beskrivas som en "semantisk" variant av Hägerströms karakteristiska argumentationsform, även om Ekelöfs semantik bär tydliga psykologistiska drag, som vittnar om inflytandet från lärofadern; se t ex Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 249 ff. Se Ekelöf, a a s 243; dens, Ett stycke vetenskapshistoria s 265 och särskilt dens, Från en forskares verkstad s 11 f. Skillnaden mellan Ekelöfs teknik och Hägerströms, kan beskrivas så, att där Ekelöf ser semantiska distinktioner ser Hägerström tomma ord och skenbegrepp. Ekelöf spjälkar upp problematiska begrepp, Hägerström avskriver dem.

[1623] Hos Hägerström själv är dessa moment alldeles oskiljaktiga. De begreppsliga analyserna syftar till att genomdriva, och är ett uttryck för, hans inställning till "die Realität", de syftar m a o till att dra vetenskapens gränser (parallellen till den logiska positivismen och Wittgensteins tidiga tänkande – jfr Wittgenstein, Tractatus 4.11, 4.113 och 4.114).

[1624] Se Ekelöf, Från en forskares verkstad s 12; dens, Juridisk slutledning och terminologi s 242 ff; dens, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s 165 ff. Tanken att rättsfakta och rättsföljd inte får sammanblandas – som kan te sig nog så naturlig – finner man uttryckt även hos andra, t ex hos Lehrberg i dennes diskussion om utfästelseansvaret – se Lehrberg, Förutsättningsläran s 141; dens, Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp s 553; dens, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 341. Se också t ex Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 132; Rodhe, Om begreppet hävning av avtal

Till exempel anknyter den Ekelöfska definition av förhållandet mellan sakfrågor och rättsfrågor, som i denna framställning fått tjäna som utgångspunkt för diskussionen i ämnet, just till distinktionen mellan rättsfaktum och rättsföljd.[1625] Definitionen bekräftar Ekelöfs egen analys av det rättsliga regelbegreppet – inte bara den terminologi som den analysen mynnar ut i ("rättsregel" = "rättsfaktum" + "rättsföljd"),[1626] utan också de grunder som denna bygger på. I korthet: Då, det vill säga på fyrtiotalet, förekom det enligt Ekelöf fortfarande att den juridiska slutledningen betraktades som en logisk operation – en syllogism, en subsumtion, enligt någon variant av följande mönster.

A Om P så Q
B P
C Alltså Q

För Ekelöf var detta synsätt oacceptabelt. Hägerström hade lärt att "praktiska" satser, såsom de juridiska, är meningslösa i den bemärkelsen att de inte kan vara sanna eller falska, emedan de inte motsvaras av någonting som kan inordnas i tid och rum. Sådan mening har endast

s 461. Hur idén förmedlats vill jag lämna osagt. Noteras kan dock att Rodhe möjligen har inspirerats av Ekelöf – se Rodhe, a a s 466 n 6. Och Ekelöfs inställning minner (i likhet med Lehrbergs) om Lundstedts kritik av garantifiktionerna; se Lundstedt, Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig? s 337 ff; dens, Fiktion eller sanning i juridiken? s 247 ff; dens, Speciell obligationsrätt. Förra delen s 29. För Lundstedt innebär garantikonstruktionen en "ren fiktion" så snart den inte motsvaras av en uttrycklig garantiförklaring, och i fiktionens ställe vill han se en hänvisning till samhällsnyttans krav – endast så kan, enligt Lundstedt, "realitetsspörsmålet" ärligt besvaras. Att man inte får förväxla orsak och verkan, följden av en rättsverkan och rättsverkans grund, var ju också Lundstedts huvudinvändning mot tillitsteorin – se t ex Lundstedt, Obligationsbegreppet. Förra delen s 137 ff.

[1625] Se ovan s 549.

[1626] Den av Ekelöf föreslagna terminologin har väl nu stelnat till ett fast bruk, just som avsikten var – se Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 221. Se härtill Zahle, Om det juridiske bevis s 219 ff.

påståenden – "teoretiska" satser.[1627] Det kan uppenbarligen inte komma ifråga, att logiskt härleda någonting från en sats som vare sig kan vara sann eller falsk – såsom denna (Ekelöfs exempel): "Om det föreligger en försträckning med bestämd förfallotid, skall det försträckta beloppet återbetalas på förfallodagen." – alltså följer slutsatsen i juridiska tillämpningsfrågor inte logiskt.[1628] Ändock hanterar juristerna på något sätt verkligheten.[1629] Ekelöf spjälkar upp problemet genom att anta att juridiska satser (rättsregler) på ett visst sätt *motsvaras* av teoretiska satser. Rätten ligger så att säga an mot verkligheten, och gränsen dras med hjälp av begreppen rättsfaktum och rättsföljd. *Rättsfaktum* bestäms som det sakförhållande som beskrivs i rättsregelns försats. Ett rättsfaktum är, med ett annat av Ekelöfs uttryckssätt, en teoretisk sats som korresponderar med ett moment i en praktisk sats, det vill säga i rättsregeln. Rättsfakta är i världen. *Rättsföljden*, däremot, hör till rättsregeln som sådan – termen "rättsföljd" betecknar, direkt, regelns eftersats. Ty den är till sitt väsen normativ: Den utsäger att någonting *skall* vara fallet, och äger enligt värdenihilismen ingen realitet.

Detta vill säga att Ekelöfs definition av förhållandet mellan sakfrågor och rättsfrågor ingalunda är rent teknisk, utan tvärtom omedelbart ett uttryck för Uppsalaskolans specifika verklighetsuppfattning, i Ekelöfs tolkning, och således lika mycket teoretisk och filosofisk som juridisk-

[1627] Se särskilt Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 213 f, men även t ex dens, Ett stycke vetenskapshistoria s 268; dens, Teleological Construction of Statutes s 88 f; dens, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 6. Jfr t ex Hägerström, Om primitiva rudimenter i modernt föreställningssätt s 115, 121 och 128. Språkbruket är tidstypiskt. Jfr Hedenius, Om rätt och moral s 16: "Ytterligare är att märka ett förhållande, som är en hörnsten i logiken och icke betvivlas av någon ansedd filosof. Det finns en viss klass av företeelser, vilka äro, i en viss mening, teoretiska. Varje sådan företeelse är nödvändigtvis antingen sann eller falsk, och endast företeelser av denna klass kunna vara sanna eller falska." I vida kretsar av ansedda filosofer förkastas denna tankegång numera rutinmässigt. Se härtill ovan n 1577.

[1628] Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 213: "Detta [att betrakta den juridiska slutledningen som en logisk operation] står emellertid ej i överensstämmelse med den värdefilosofi, varpå denna framställning bygger. Enligt den s k värdenihilismen måste man strängt skilja mellan teoretiska och praktiska slutledningar." Se också Ekelöf-Boman, Rättegång IV s 11 n 2.

[1629] Vid tillfället fann Ekelöf inget sätt att förklara detta förhållande – se Ekelöf, a a s 216 f och 241 f – men hans senare lanserade teleologiska metod torde kunna betraktas som en sådan förklaring. I somliga rättsteoretiska kretsar har problemet, i olika varianter, diskuterats in i modern tid – i Sverige inte minst av Peczenik.

teknisk.[1630] Man skulle kunna säga: De begreppsliga förbindelser definitionen upprättar är inte tillfälliga, eller godtyckliga, utan *rationella* – så länge vi rör oss inom gränserna för Ekelöfs begreppsvärld.

Samma rationalitet bestämmer Ekelöfs ståndpunkt i frågan om juridikens vetenskaplighet. De juridiska satserna skall ju inte vara teoretiska, utan praktiska. Juridiken syftar inte till att utreda verklighetens beskaffenhet och kan därför, som Ekelöf ser det, inte anses vara en vetenskap i egentlig mening.[1631] Teleologin, i Ekelöfs tappning, kan följdenligt betraktas som ett sätt att göra värderingarnas roll i juridiken tydlig.[1632] Den blir därmed också ett sätt att skilja juridiken från vetenskapen och att förklara denna åtskillnad. I teleologin är valet av rättsföljd, ytterst, oavhängigt (semantiska) fakta.[1633] Bevisfrågorna, däremot, kommer hos Ekelöf med nödvändighet att vara alldeles faktuella,[1634] vilket förklarar att han i det sammanhanget visade sannolikhetsläran så stort intresse.

[1630] Jfr Lindells ovan i n 1568 citerade uttalande. Budskapet här tål att upprepas bara emedan vi i vår syn på juridiken är så effektivt låsta i instrumentalismen. Och i konsekvens med den uppfattningen tenderar vi att betrakta rätten som ett sakförhållande (de rättsliga kategorierna som givna) – jfr Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? s 51: "[K]eine Fachwissenschaft fordert so sehr das eigene Denken und die Kritik heraus als die Jurisprudenz, und doch gibt es keine deren Jünger so leicht in Gefahr kommen, sich desselben zu entschlagen. ‚Lex ita scripta est' damit ist für sie die Thatsache des Rechts gesetzt, was kümmert es sie viel das Woher und das Warum?"

[1631] Slutsatsen i den omskrivna "Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?". För motsatt uppfattning i samma fråga, se t ex Ahlander, Är juridiken en vetenskap?, särskilt s 160 ff. Se vidare Hedenius, Om rätt och moral; Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget; Wedberg, Some problems in the logical analysis of legal science s 259 ff – och härtill Strömholm, Till frågan om den juridiska argumentationstekniken s 314 f.

[1632] Se särskilt Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 37. Ekelöfs teleologi är inte bara ett metodprogram, utan också deskriptiv, en teori. Jfr t ex Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 269; dens, Från en forskares verkstad s 15; dens, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 20 f. Anmärkas kan att Schmidt, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen s 573, mot Ekelöfs teleologi invände att den *döljer* värderingarna i den juridiska argumentationen.

[1633] Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 279 n 44, säger angående sin uppfattning om värderingarnas roll i den teleologiska metoden, att den "säkerligen influerades av Hägerströms värdeteoretiska subjektivism." Inflytandet visar sig bl a däri att det enligt Ekelöf inte primärt är domarens egna värderingar som skall läggas till grund för rättstillämpningen – se särskilt Ekelöf-Edelstam, Rättegång I s 84 f. Se härtill Hellner, Värderingar i skadeståndsrätten s 299 f.

[1634] Undantaget sådant som frågor om bevisbördans placering och nivån på beviskravet.

Bevisvärderingen skall vara en rent (kunskaps)teoretisk verksamhet – "subsumtion av konkreta fakta under generella erfarenhetssatser".[1635]

Notera att det förhållandet att denna begreppsapparat utvecklats från, eller vilar på, den Hägerströmska dikotomin objektiv kunskapsteori/subjektiv värdeteori, bland annat får till följd att rätten och rättsfrågorna hänförs till *det subjektiva*. För en nutida svensk jurist torde detta kännas avigt[1636] – av flera skäl. Visserligen har vi effektivt internaliserat föreställningen att rättstillämpningen förutsätter värderingar. Vi "vet" att rättsfrågor inte kan avgöras deduktivt, utifrån begreppen – och kan knappast föreställa oss juridiken som någonting objektivt, i det hänseendet. Men samtidigt tänker vi oss rättsreglerna, i deras egenskap av generella standarder, som någonting som är objektivt, kanske i synnerhet när dessa kontrasteras med individuella *psykiska* omständigheter. I till exempel den ovan behandlade historiska kontroversen om förutsättningslärans grundläggning betydde "objektiv" framförallt rättslig, i motsättning till psykiskt-faktisk.[1637] Konfronteras detta språkbruk med Ekelöfs terminologi, infinner sig en regelrätt kontradiktion. Tolkningen hamnar hos Ekelöf på den objektiva sidan, emedan den bakomliggande avsikten fattas som någonting faktiskt och således vetbart, samtidigt som civilrättaren instinktivt vill klassificera utrönandet av partsviljan som någonting subjektivt, som står i motsats till fastställandet av rättsverkningarna efter rättsliga standarder.[1638] Det är väl utfyllningen som är objektiv, vill vi

[1635] Se Ekelöf, Sanning och sannolikhet i bevisvärderingen; Ekelöf-Boman, Rättegång IV s 11 ff – och härtill Zahle, Om det juridiske bevis, vars stora tema ju är sannolikhetsteorin i juridiken, särskilt i bevisrätten.

[1636] Som påpekas av Høgberg, Kontraktstolkning s 99 f, förskjuts innebörderna i termerna "subjektivt" och "objektivt" över tid, även inom juridiken.

[1637] Se avsnitt 9.3.

[1638] Och det är klart, säger vi att rättsverkningarna skall fastställas i enlighet med partsviljan så är ju det ofrånkomligen i sig en rättslig standard. Här skulle man istället kunna skilja på rättsliga normer som tar sikte på subjektiva och objektiva fakta. Således Eisenberg, The Responsive Model of Contract Law s 1107: "The principles of contract law can be ranged along various spectra, according to the kinds of variables on which the application of any given principle depends. One such spectrum runs from objectivity to subjectivity. A principle of contract law lies at the objective end of this spectrum if its application depends on a directly observable state of the world, and at the subjective end if its application depends on a mental state." Problemet med denna indelning är väl att "mental states" endast kan bedömas genom att utgå från "the directly observable state of the world".

säga, inte tolkningen.[1639] Kontradiktionen är emellertid skenbar. Det innebär ingen motsägelse att behandla det individuellt-psykologiska, och således subjektiva, som någonting principiellt sett vetbart och konstaterbart, och i den bemärkelsen objektivt.

10.6 Ekelöf och hermeneutiken

> Wenn ich Gadamer richtig verstanden habe, wäre fast alles falsch was ich [über Sinn und Auslegung] gesagt habe.
>
> *Per Olof Ekelöf*

10.6.1 Avtalstolkning som bevisvärdering

Ovan gjordes det gällande att Olivecrona – i en anmärkning om förhållandet mellan det faktiska och det rättsliga i avtalstolkningen – möjligen tappade bort själva *tolkningen,* eller lät den falla mellan stolarna.[1640] Man skulle kunna säga att Ekelöf för sin del helt enkelt eliminerar tolkningen – alternativt att han radikalt förändrar tolkningsbegreppets innebörd.

Låt oss återvända till den passage i "Rättegång" där Ekelöf inpräntar att *"bevisvärdering"* måste skiljas från *"rättstillämpning"* i avtalstolkningssammanhang. Det konstateras: "Då tvisten rör sig om ett avtals 'innehåll' eller om 'tolkningen' härav, måste rätten ange huruvida den grundat sin uppfattning på *bevisningen* om vad parterna tänkt och velat, då de slöt avtalet, eller om det strängt taget är fråga om en *utfyllnad* av detta." Nu kan vi i denna sats känna igen den för Ekelöf kännetecknande analystekniken. Notera citationstecknen. Ett problematiskt begrepp utpekas – här avtalets "innehåll", "tolkningen" – och spjälkas efter linjen objektivt (kunskapsteori)/subjektivt (värdeteori). "Tolkning" blir dels bevis-

[1639] Någon enhetlighet i språkbruket föreligger emellertid knappast. När t ex krav på s k ond tro uppställts i en regel, sägs det att rekvisitet är subjektivt, samtidigt som det råder enighet om att ondtros-bedömningen som sådan måste vara objektiv. Ofta indelas denna bedöming i sin tur i subjektiva och objektiva moment. Vad som *egentligen* menas med "subjektivt" resp "objektivt" i den materiella rätten kan knappast anges i enhetliga definitioner. Sökte man sammanställa alla användningar av dikotomin objektivt/subjektivt i en enhetlig struktur skulle man snart få ge upp. Avtalsrätten befinner sig i detta avseende i samma läge som t ex straffrätten – se Jareborg, Handling och uppsåt s 350 f. Jfr Huser, Avtaletolking s 66: "Begrepene [subjektiv och objektiv] brukes imidlertid i juridisk teori i tildels svært forskjellige betydninger, og forvirringen økes ytterligere ved at få forfattere definierer dem før de benyttes." Se också Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s 78 ff.

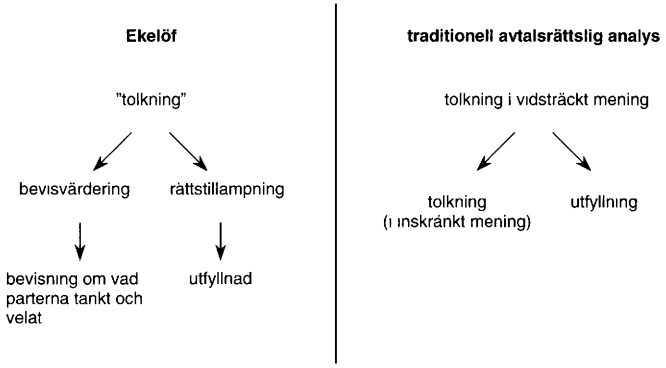
[1640] Ovan s 563 ff.

värdering, dels rättstillämpning, det vill säga utfyllning. Det som blir kvar, när rättstillämpningen isolerats och skiljts ut ur tolkningens begrepp, visar sig egentligen vara bevisvärdering. Manövern motsvaras av, och anknyter väl också till, den avtalsrättsliga analys av tolkningsbegreppet som givit upphov till distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

Lehrberg beskriver grundstrukturen i den traditionella avtalsrättsliga analysen så:

> Hela den verksamhet, genom vilken en rättshandlings innehåll och rättsverkningar fastställs, betecknas enligt vedertagen terminologi *avtalstolkning*. Denna verksamhet innefattar emellertid [...] olika moment. [...] Man brukar därför, inom ramen för vad som kan kallas tolkning i vidsträckt bemärkelse, skilja mellan tolkning (eller tolkning i inskränkt mening) och utfyllning.[1641]

Förhållandet mellan den Ekelöfska och den traditionella, avtalsrättsliga analysen kan således åskådliggöras på följande vis:



Ekelöf bekräftar för sin del här en slutsats som han kommit till i andra sammanhang. Tolkning är bevisvärdering. Det gäller avtalstolkning såväl som tolkning rent generellt.[1642] I egenskap av att vara en form av bevisvärdering går tolkningen ut på att fastställa "existensen av sakförhållanden", närmare bestämt de "psykiska fakta" som "kausalt" givit upphov

[1641] Lehrberg, Avtalstolkning s 15.

[1642] Detta är poängen med samtliga fem exempel i Ekelöf, En essay om tolkning och mening – notera distinktionen s 18 in fine. Se också dens, Teleological Construction of Statutes s 100; Ekelöf-Edelstam, Rättegång I s 84 n 259 och s 95.

till tolkningsobjektet – vad man tänkt och velat med texten.[1643] Tolkningen är en rent teoretisk – vilket ju betyder fullkomligt värderingsfri – verksamhet, som kan liknas vid naturvetenskap.[1644]

Dessa påståenden om Ekelöfs inställning till tolkningsproblematiken kan verka uppseendeväckande. Ekelöf är allmänt sett mest känd för sin teleologiska *lag*tolkningslära ... och den syftade ju till att lyfta fram just värderingarnas betydelse för rättstillämpningen. Ändock skall Ekelöf alltså ha betraktat tolkning som en värderingsfri verksamhet? Det rimmar illa, men motsättningen kan upplösas med några preciseringar.

10.6.2 Teleologi och lagtolkning

Visserligen presenterade Ekelöf ursprungligen sin teleologi som en "lagtolkningsmetod", men termen får i det sammanhanget tas i en mycket vid bemärkelse: Den signalerar helt enkelt att Ekelöf ansåg sig lägga fram ett alternativt juridiskt metodprogram, en lagtolkningsmetod att ställa mot andra lagtolkningsmetoder.[1645] I vad Ekelöf själv synes ha betraktat som den slutgiltiga framställningen av läran, nämligen § 1.X i "Rättegång I",[1646] talas istället konsekvent om en teori, eller metod, för *rättstill-*

[1643] Se t ex Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 7, 9 f, 29 och 47; dens, Ett stycke vetenskapshistoria s 262; dens, Teleological Construction of Statutes s 90 f. Jfr Peterson, Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen s 579: "[F]ör Hägerström var vetenskapen ytterst en bevisfråga." Se dock Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 6 n 5, där Ekelöf instämmer i (en omtolkning av) Schleiermachers dictum, att uttolkaren bör sträva efter att förstå författaren bättre än författaren förstått sig själv.

[1644] Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 29. Denna uppfattning om subjektiviteten, som man kunde kalla "mekanistisk", var vitt spridd i det sena artonhundratalets och tidiga nittonhundratalets avtalsrättsliga litteratur. I synnerhet finner man den hos författare som tagit intryck av Zitelmann. Jfr således t ex af Hällström, Om villfarelse s 250: "[B]eteendet som sådant, alla föreliggande omständigheter, vilka tillåta ett logiskt-empiriskt slutande till viljan, är förklaring."; Stang, Om Vildfarelse s 24: "Viljeserklæringen har både en Årsag og en Virkning. Viljeteorien tager sit Udgangspunkt i Årsagen – i den sjælelige Akt hos den Handlende, der *har fremkaldt Viljeserklæringen* – medens Tillidsteorien tager sit Udgangspunkt i Virkningen – i den sjælelige Akt hos Modtageren, der *er fremkaldt ved Viljeserklæringen.*"; se Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft s 238 ff, som beskriver viljeförklaringen som en "logisch-psychologisch Mechanismus".

[1645] Vilket vill säga att han tar del i en pågående debatt. T ex heter det hos Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 21: "Först i våra dagar har emellertid den [teleologiska metoden] uppställts som en specifik lagtolkningsmetod i motsättning till andra sådana." På motsvarande sätt räknade Lundstedt beaktandet av samhällsnyttan till tolkningen, terminologiskt sett – se t ex Lundstedt, Speciell obligationsrätt. Förra delen s 5.

[1646] Se Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s 269.

lämpning.[1647] Det borde emellertid stå klart, att beteckningen "lagtolkningsmetod" redan från början var missvisande – i ett bestämt avseende.

Som framgår av titeln "Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?", var det *den dogmatiska rättsvetenskapens vetenskaplighet* som stod på spel, när Ekelöf först formulerade sin metodlära. Teleologin kan, som historiskt fenomen, endast förstås mot bakgrund av realisternas angrepp på juridiken som vetenskaplig disciplin. Bland förutsättningarna finns här en föreställning om vetenskaplighet, som går ut på, att det är verkligheten som är vetenskapens föremål. Följaktligen skall endast de slutsatser vara vetenskapliga, som har underlag i fakta. Närmar vi oss det typiska juridiska omdömet med denna enkla vetenskapsbild för ögonen är slutsatsen mer eller mindre given. Skadevållaren är skadeståndsskyldig emedan han culpöst orsakat skadan, säger juristen, till exempel. I det realistiska perspektivet blir detta en lögn. Ty för realisten är det uppenbart att det *inte finns* någonting sådant som "culpa".[1648] Bakom den deskriptiva utsagan – "skadevållaren har varit culpös" – döljer sig en värdering, en värdering som maskerats till beskrivning, av verkligheten, och som alltså falskeligen gör anspråk på vetenskaplighet (kom ihåg: "vetenskap" är "att beskriva verkligheten").[1649] De scientistiska premisserna driver realisten att fråga efter faktaunderlaget, och med ens framstår det juridiska omdömet i sin traditionella form som tomt, formalistiskt och i absolut mening irrelevant. "Vad för slags argumentation är det [...] fråga om? [...] [O]m något i den tidsligt-rumsligt givna erfarenheten synes det icke kunna vara fråga. [...] Hela resonemanget skulle sålunda avse något som försiggår i en från den vanliga verkligheten skild 'rättens värld'. Men

[1647] Jfr Ekelöf-Edelstam, Rättegång I s 84 n 259: "Enligt min terminologi är tolkning ett på det hela taget rent teoretiskt konstaterande av vad stadgandet har för mening."

[1648] "Realism" inbegriper kanske framförallt detta: En extrem, monistisk, tolkning av varabegreppet. Det innebär att realisten måste förneka relevansen av, t ex, Heideggers varahistoriska undersökningar. Jfr Heidegger, Metafysiken som varats historia s 74 f: "Den moderna metafysiken ger varahistoriskt sett i sin fulla begynnelse varats väsen som verklighet en sådan väsentlig mertydighet att det hädanefter aldrig kan uttryckas på ett enhetligt sätt, och därför också genom efterföljande benämningar förvrängs på olika sätt." För Heidegger inträder "[d]en fulla begynnelsen av varats historia i den moderna metafysikens gestalt" i och med Leibniz – se Heidegger, a a s 52.

[1649] Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 6: "Med att en framställning är vetenskaplig avser jag att densamma åsyftar att utreda verklighetens beskaffenhet." Jfr Høgberg, Kontraktstolkning s 46 f, om realismens förhållande till den s k korrespondensteorin.

då kan detsamma varken ha något teoretiskt eller något praktiskt intresse."[1650] Åtskilligt av det som inryms i den klassiska juridikens tolkningsbegrepp lämnas här ur räkningen. Framförallt underkänns tanken att de besvärliga rättsfrågorna skulle kunna hanteras genom utläggning av de rättsliga källtexterna.[1651] Därmed negeras själva sinnebilden för den specifikt juridiska argumentationen, i den förmodernistiska kulturen: Det lärda och subtila tolkningsresonemanget.[1652] Kvar blir det rena konstaterandet av triviala fakta (objektiv kunskapsteori) – Vad innehåller lagar och prejudikat? Hur är reglerna formulerade? – samt det värderande moment som är nödvändigt för att vi skall nå fram till en slutsats i rättsfrågan (subjektiv värdeteori), såvitt rättsvetenskapen anbelangar i form av *en rekommendation* till rättstillämparen. Någon *tolknings*rekommendation är det i dessa fall egentligen inte fråga om. Språket är vagt och medger allehanda tolkningar. Ett doktrinärt uttalande om hur lagen bör tolkas får "fattas som en ren gissning om domstolarnas beteenden i ifrågavarande avseende."[1653]

Ekelöf inordnar stringent tolkningen under det faktiska, det teoretiska, det vetenskapliga, det deskriptiva och det objektiva – och på den vägen finner rättsfrågorna ingen lösning. På säker mark befinner vi oss, enligt Ekelöf, först när vi förmår att öppet hantera och deklarera de egentliga skäl som styr rättstillämpningen, det som vi konstruerar våra normer efter – ergo den teleologiska metoden. Juristen drar inte sina slutsatser strikt utifrån fakta ("Culparegeln. Här föreligger culpa. Alltså skadestånd.") – det ser bara ut så, och det kan skyllas på dåliga argumentationsvanor. För Ekelöf är rättsliga fakta ett oting. Hans metod skall rätt

[1650] Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 12 f.

[1651] Jfr Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 20 n 6: "Med en viss överdrift kan man säga att det inte finns några oklara lagar, bara oklara fall varpå de skall tillämpas."

[1652] Det som Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz s 262 f, gjorde sig lustig över genom att låta sin huvudperson stöta på en dialektisk-hydralisk tolkningspress under sin vandring i den juridiska begreppshimlen: "Mittelst ihrer bringt man aus jeder Stelle das heraus, was man nöthig hat. Von den zwei Pumpen, die sich neben dem Hauptcylinder befinden, enthält die eine den dialektischen *Infiltrationsapparat*, den *Injektor*, wodurch Gedanken, Voraussetzungen, Beschränkungen, die dem Schreiber der Stelle gänzlich fremd waren, in sie hineingetrieben werden. Es ist eine Erfindung der Theologen [...] Die andere Pumpe ist der *Eliminationsapparat*, der *Eliminator*, wodurch unbequeme positive Äußerungen der Stellen beseitigt werden. Bei richtiger Handhabung der Maschine lassen sich die widersprechendsten Stellen vereinigen."

[1653] Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 14.

besedd göra det möjligt, inte att tala om hur det är, utan hur det bör vara. *Tolkningen* är aldrig mer än en förberedande manöver.

> [D]en här skildrade teleologiska metoden [skiljer sig] från de flesta andra lagtolkningsmetoder genom den mera underordnade roll som enligt densamma tillkommer analysen av lagtextens innebörd. Man söker ej genom studium av motiven och annat material fastställa någon speciell betydelse hos de ord, varav lagen består, utan nöjer sig med den vaga innebörd denna har enligt vanligt språkbruk. Det är ju en vanligt förekommande uppfattning att en väsentlig uppgift för den juridiska doktrinen är att närmare fixera vad lagen egentligen "betyder". Och man tänker sig väl i allmänhet att rättsvetenskapsmannen härvid konstaterar den betydelse som de begagnade orden nu en gång har men som folk i gemen ha svårt att göra klart för sig. Men det är en illusion.[1654]

Denna begränsning av tolkningens betydelse på den allmänna metodlärans område går igen i Ekelöfs ovan beskrivna analys av förfarandet vid avtalstolkning. Tolkning är strängt taget blott en fråga om bevisvärdering. Mellan avtalstolkning och lagtolkning består dock, i Ekelöfs utläggning av tolkningsbegreppet, en intressant skillnad, hänförlig till bestämningen av *bevistemat*. Gäller det avtalstolkning ligger det nära till hands för den som, i likhet med Ekelöf, betraktar tolkning som en form av bevisvärdering att anta, att det är *partsviljan* som utgör bevistema. Den avtalsrättsliga diskursen tillhandahåller här ett begrepp som tillsynes utan motstånd kan konstrueras som ett "psykiskt faktum" som "orsakat" att texten fått den avfattning den faktiskt fått, och som texten därmed kan sägas vara ett bevis för. Värre blir det med lagtolkningen, inte bara

[1654] Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 31; se även dens, Definitions and Concept Formation in the Law s 62. Notera den *politiska* dimensionen i Ekelöfs analys. Denna har ett anti-auktoritärt drag, som inte nödvändigtvis är förbundet med, men typiskt för, realismen, i synnerhet i den form denna tog efter kriget (jfr Peczenik, Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken s 466 ff) – tydligast kanske i motsättningen mellan Ross och Fr Vinding Kruse. Den förre ville ju göra gällande att den senares metodlära var *nazistisk* (se härtill Dalberg-Larsen, Dansk retsfilosofi s 62 f; Evald, Frederik Vinding Kruse (1880–1963) s 309 f, 351 ff och 411 ff). Den tidstypiska inställningen, ungefär: Idealism är för mörkermän, realism för de progressiva. Jfr Poppers berömda, och ur exegetisk synvinkel sett diskutabla, försök att härleda det tidiga nittonhundratalets totalitära rörelser från den tyska idealismen – se Popper, The Open Society and its Enemies (Popper, a a s 59: "Hegel's hysterical historicism is still the fertilizer to which modern totalitarianism owes its rapid growth"); jfr Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 185. I modern nordisk debatt har Thomas Wilhelmssons "små goda berättelser" ett motsvarande anti-elitistiskt drag – se t ex Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 120 ff, 208 och 224.

därför att omständigheterna kring textens tillkomst är mer komplicerade, utan också därför att *lagstiftarviljan* var ett av de primära målen för Uppsalaskolans kritik. I Uppsala vid denna tid var lagstiftarviljan, till skillnad från partsviljan, en demaskerad myt och den kunde följaktligen inte göra tjänst som lagtolkningens bevistema. De fakta Ekelöf talar om i samband med lagtolkning är i konsekvens härmed semantiska, snarare än psykiska – den innebörd som skall bevisas blir den som orden ges i allmänt språkbruk, lexikalt och med hänsyn tagen till kontexten.[1655]

Denna nyans i Ekelöfs behandling av tolkningsproblemen illustrerar att ett realistiskt betraktelsesätt *kan* ha en splittrande verkan på den juridiska tolkningsläran. Fäster man i analysen avgörande betydelse vid det faktiska sammanhang i vilket den text som tolkas hör hemma, blir det naturligt att betona skillnaderna mellan till exempel avtalstolkning och lagtolkning. På den grunden kan differentieringen i princip drivas hur långt som helst. Ser man bara till det rättshandlande subjektets art får man göra skillnad på texter avgivna av avtalande parter, testatorer, parlament, stater, organisationer och så vidare.[1656] Men det finns ingen *reell* anledning att göra halt vid just denna formella indelningsgrund. Verkligheten låter sig uppdelas i det oändliga. Varje avtalstyp får, kan man hävda, tolkas på sitt sätt, och varje bransch arbetar på sina egna villkor.[1657] Har man inte sysslat med sjöfart kan man inte tolka befraktningsavtal.[1658] I förlängningen får vi lika många tolkningsläror som det finns texter att tolka, vilket betyder att vi överhuvudtaget inte kan uppställa någon tolkningslära. Splittringen är emellertid inte en nödvändig konsekvens av den realistiska utgångspunkten. I alla tolkningsfall är det

[1655] Se härtill Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 19 f; dens, Teleological Construction of Statutes s 79 ff och 95 ff; Ekelöf-Edelstam, Rättegång I s 82.

[1656] Jfr Huser, Avtaletolking s 25 f.

[1657] Jfr Lynge Andersen-Madsen, Aftaler og mellemmænd s 375 f: "Ret beset hører aftalefortolkningen til noget af det sværeste og mest uhåndgribelige inden for juraen. Den fordrer udover en social og psykologisk forståelse et juridisk overblik og derigennem evnen til at se det enkelte aftaleforhold i lyset af de særlige principper, der behersker den specialdisciplin, det retsområde eller den kontraktstype, som aftalen konkret falder in under."

[1658] För att ta Grönfors favoritexempel. Grönfors har ofta framhållit, att tolkningen måste avpassas efter kontraktstypen, och att man bör akta sig för abstrakta formuleringar av tolkningens problematik och principer; se t ex Grönfors, Anm av Huser, Avtaletolking s 467; dens, Fraktavtalet och den allmänna avtalsrätten s 199 f; dens, Tolkning av fraktavtal s 36, 54 f och 88; jfr dock Adlercreutz, Något om tolkning av bankgarantier s 2.

texter – eller uttryck som kan likställas med texter – som tolkas.[1659] För realister som riktar sin uppmärksamhet mot *detta* faktum, är det inte lika lockande att plocka isär det juridiska tolkningsbegreppet. Rör man sig med en objektivistisk, realistisk språksyn av det slag Oliver Wendell Holmes eller Fredrik Stang förfäktade, finns det snarare anledning att markera mot en överdriven individualisering av tolkningsreglerna.[1660]

10.6.3 Förhållandet till traditionen

> [A]ll ideas and systems that, by offering clear-cut definitions of truth and guiding principles, tend to dominate the cultural scene for a while [...] charge all evils to doctrines antithetic to their own.
>
> *Max Horkheimer*

Historiskt sett är Ekelöfs analys av tolkningsbegreppet i en mening uppenbarligen *reducerande*.[1661] Viljan har reifierats och därigenom reducerats – till fakta. Mycket litet återstår av *konstformen* tolkning, den fria andliga verksamhet ("die freie geistige Tätigkeit"), som man endast kan

[1659] Och, till yttermera visso, som Patterson, Interpretation in Law (se särskilt s 700), framhåller, så är de grundläggande argumentationsformerna desamma, oavsett vilken typ av text det gäller.

[1660] Således Holmes, The Theory of Legal Interpretation. Holmes, a a s 419: "[I]n fact we do not deal differently with a statute from our way of dealing with a contract. We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means." Jfr Stang, Handelskoutumer s 305: "Spørsmaalet er, om det begrepsmæssig er nogen forskjel mellem dommerens virksomhet i de forskjellige tilfælde, jeg her har nævnt [utrönandet av huvudförpliktelsernas omfattning, fastställande av påföljd på kontraktsbrott, eller reklamationsskyldighet, efter skick och bruk, fixerandet av avtalsinnehållet med hänvisning till naturalia negotii] eller om det i virkeligheten er den samme virksomhet han utøver i dem alle. Jeg er ikke i tvil om, at det er den samme virksomhet."

[1661] Jfr Hult, Lagens bokstav och lagens andemening s 590, som karakteriserar Ekelöfs teleologi som ett djärvt försök "att skapa en enkel konsekvent metod för lösandet av alla rättstillämpningsfrågor genom att slopa hela begreppet lagtolkning". Se också Hult, a a s 591, där det talas om "det totala negerande av lagordens 'betydelse'" som är utmärkande för läran. Graver, Keiserens garderobe s 433, identifierar motsvarande drag i Eckhoffs metodlära och menar att det är detta "som plasserer ham trygt som representant for en rettsrealistisk skoleretning". Jfr Jørgensen, Erkendelse, tolkning og beskrivelse s 266: "Når vi går ud fra, at retsvidenskaben i dens traditionelle form, den dogmatiske, er en praktisk og tolkende videnskab, og ikke en teoretisk og beskrivende videnskab, er det [...] klart, at der *ikke er nogen principiel forskel på fortolkning af retskilderne og retsanvendelsen* [min kurs]."

tillägna sig genom övning och troget studium av föregångarna, och vars mål det är att avtäcka *textens* sanning. Överhuvudtaget ligger i Ekelöfs tolkningsbegrepp ett avståndstagande från ursprunget, traditionen och det tyska – det äldre sättet att föreställa sig juridiken på, det som eftervärlden velat sammanfatta under beteckningen "viljeteorin". Någon enhetlig sådan teori har måhända aldrig existerat, men det är onekligen så, att viljan – på ett eller annat sätt tänkt som det tolkningen skall avtäcka – har fungerat som en strukturerande princip för mer eller mindre hela det juridiska kunskapsfältet, åtminstone sedan Grotius och fram till modernismens genombrott.[1662] Detta vill i korthet säga, att vi förstod juridiken som viljerekonstruktion – tolkning av text, syftande till att återskapa den i texten nedlagda tanken, oavsett om det rörde sig om lag eller om privaträttsliga viljeuttryck. "Vilja", "avsikt", "mening" och "betydelse" blir i det perspektivet i princip utbytbara termer. De betecknar helt enkelt den juridiska tolkningsverksamhetens resultat, vilket bland annat har den följden att det utan motsägelse kan krävas att tolkningen skall vara rättvis, eller billig.[1663] Viljan är det som den omdömesgille juristen ser i texten. För att ta ett exempel på ett uttryck för denna uppfattning: I ett försök att rättfärdiga sin position inför en skara yngre, kritiska objektivister ("Varför hänger du upp din lära på någonting som är obrukbart som rättsligt kriterium?!"), kunde Windscheid hävda:[1664]

[1662] Se t ex Deuntzer, Kort fremstilling af Retssystemets navnlig Privatrettens almindelige Del (1ste Afsnit) s 42 ff; Fr Vinding Kruse, Viljeserklæringen; Grotius, De iure belli ac pacis libri tres s 409 ff; Fichte, Foundations of Natural Right s 9 ff, 16 och 165 ff; Hegel, Elements of the Philosophy of Right § 4; Hobbes, Leviathan s 82 ff och 95 ff; Kant, Metaphysik der Sitten s 43 ff; Platou, Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del s 6 ff; Pufendorf, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten s 43 ff, 55 ff och 137 ff; Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd I s 206 ff; dens, Vorlesungen über juristische Methodologie s 143 ff; – och härtill t ex Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine s 112 ff; Huser, Avtaletolking s 192 ff och 269 ff; Madsen, Aftalefunktioner s 8 f; dens, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s 14 ff; Olivecrona i inledningen till "Rätten och viljan" s 27 ff; Stang, Viljesdogmet s 282 ff.

[1663] Se på detta tema t ex diskussionen hos Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 32 ff.

[1664] Enligt Stang, Viljesdogmet s 289, var Windscheid "Viljesdogmets mest fremtrædende og konsekvente Forkjæmper i nyere Tid". Märk emellertid den påtagliga diskrepansen mellan Windscheids faktiska formuleringar och vår instinktiva uppfattning om vad subjektivism inbegriper. Se härtill t ex Björne, Den konstruktiva riktningen s 321 ff; Deuntzer, Kort fremstilling af Retssystemets navnlig Privatrettens almindelige Del (1ste

> Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. [...] [Das Recht] knüpft Folgen an nur an die aus der Person hinausgesetzte, an die der Außenwelt hingegebene Willensbewegung. Die hinausgesetzte, die der Außenwelt hingegebene Willensbewegung, das ist die Willenserklärung. Die Willenserklärung ist *auch* Mittheilung von einem vorhandenen Willen, nur nicht von einem der Willenserklärung getrennten, sondern von einem in ihr enthaltenen, nicht von einem vergangenen, sondern von einem gegenwärtigen Willen. Sie ist daher *mehr* als Mittheilung des Willens, sie ist der Ausdruck des Willens. Sie ist der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung.[1665]

I ett modernistiskt-realistiskt perspektiv – ett sådant som Ekelöfs – måste denna utläggning te sig mycket dunkel.[1666] Hos realisterna står inte viljan upp från texten, utan har placerats ute i den fysiska verkligheten – i parternas, lagstiftarnas och författarnas huvuden. Och det är den empiriska vetenskapens uppgift att fastställa vilken viljan bakom texten varit.[1667] Tolkningen angår därmed blott *utomrättsliga* fakta, och kan uppenbarligen inte längre tänkas som den juridiska verksamheten par excellence.

I Ekelöfs skrivande om tolkning ser vi ett av många uttryck för det radikala brott med traditionen, som realismens seger småningom förde med sig för den svenska juridikens och rättsvetenskapens del. Brottet är radikalt i det avseendet att realismen fullkomligt vänder det traditionella

---

Afsnit) s 45 f; Madsen, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s 35; Ross, Om ret og retfærdighed s 143 f.

[1665] Windscheid, Wille und Willenserklärung s 76 f. Fritt översatt: "Viljandet som inre själstillstånd är rätten likgiltigt. Rätten knyter följder endast till den viljerörelse som lämnat individen och som därmed givits åt yttervärlden. Den på så sätt utlämnade, åt yttervärlden givna viljerörelsen – det är viljeförklaringen. Viljeförklaringen är *också* meddelandet av en förhandenvarande vilja, bara inte en vilja som är skiljd från viljeförklaringen, utan snarare en i denna inneboende, inte en dåvarande, utan snarare en nuvarande vilja. Viljeförklaringen är således *mer* än ett meddelande om viljans innehåll, den är viljans uttryck. Viljeförklaringen är viljan sådan som den uppenbarar sig i sinnevärlden."

[1666] Se således t ex Ekelöf, Teleological Construction of Statutes s 90 f; Stang, Viljesdogmet s 289 f, 325 f och 343 f; Vahlén, Avtal och tolkning s 205 f.

[1667] Jfr Stang, Viljesdogmet s 326, som med anledning av den ovan citerade passagen hos Windscheid uttalar: "Uagtet Viljesdogmet saaledes søger hen til Viljen som Retslivets egentlige bevægende Kraft, og saaledes lægger sit Udgangspunkt paa et Felt, som er underlagt den psykologiske Forskning, har det kun i liden Grad tilgodegjort sig psykologiske Undersøgelser."

tänkandet *ut och in*. Realismen inverterar traditionen.[1668] Förutsätts det att viljan är ett psykologiskt faktum, kommer det sätt att tala juridik som var karakteristiskt för artonhundratalets (tyska) rättsvetenskap att te sig alldeles befängt. Det kommer att verka som om den prerealistiska vetenskapen umgicks med en allmän rättsteori av innebörd att det bakom rätten på något sätt döljer sig en enhetlig vilja som förlänar den mening, och som juristen, för att kunna förstå juridiken, därför måste sätta sig i förbindelse med. Den teorin kan realisten sedan avfärda utan vidare ceremonier: "Någon sådan vilja *finns* ju uppenbarligen inte". Vad man glömt att fråga sig är då, vad viljebegreppet överhuvudtaget innebar för det äldre paradigmets anhängare.

Ett närbesläktat exempel ger det förhållandet att Uppsalaskolans företrädare betraktade termen "Geisteswissenschaften" – som ju är den gängse tyska beteckningen på humaniora, juridiken inräknad – som självmotsägande, en logisk styggelse. Lundstedt dundrar på (förundrat):

> Man talar [...] t ex i Tyskland, om rättsvetenskapen såsom en Geistes-Wissenschaft i motsats till Erfahrungs-Wissenschaft. Dvs man erkänner öppet, att juridiken såsom vetenskap rör sig jämväl med sådant som icke kan existera annorlunda än i andevärlden, dvs än som fantasiskapelser. Saken förefaller verkligen vara mycket egendomlig. Det är dock ett för alla uppenbart förhållande, att juridiken endast och allenast angår människornas liv här på själva jordklotet.[1669]

Det kan sägas att det realistiska avståndstagandet från den traditionella juridiken var grundat i *genuin* oförståelse. Men här är det inte fråga om

[1668] Omvänt kan Lundstedt, Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten s 231, tillåta sig ett uttalande som det följande: "Bör [...] något gott sägas om rättsvetenskapen, så skulle det då vara, att den har den förtjänsten att den är *konsekvent*, såtillvida som den är galen *alltigenom*. Ty den vänder upp och ner *allt* vad den ser."; se också dens, Obligationsbegreppet. Förra delen s 25. Jfr Llewellyn, A Realistic Jurisprudence – the Next Step s 443.

[1669] Lundstedt, Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? s 108 (jag föreställer mig gärna att Lundstedt just dundrade). Jfr t ex Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen, bd II:2 s 71. Hägerström synes ha hyst motsvarande inställning till begreppet Geisteswissenschaften – se Bjarup, Axel Hägerströms filosofi, värdenihilism och rättspositivism s 37; se härtill Cassirer, Axel Hägerströms s 134 ff. Se Gadamer, Wahrheit und Methode, bd I s 9, som noterar att begreppet Geisteswissenschaften är analogt med och har modellerats på begreppet Naturwissenschaften – första gången i ett försök att översätta empiristen John Stuart Mills term "moral sciences". Mill ville ju underkasta även de mjuka vetenskaperna induktionslagens logik, göra dem till "science". Såtillvida kan det sägas att Lundstedt misstar sig på *klangen* i termen "Geisteswissenschaft".

att nedvärdera realismen. Snarare vill jag föreslå att realisternas ärliga förvåning över hur den dittillsvarande vetenskapen kunnat bygga på sådana absurda föreställningar, skall förstås som en följd av ett paradigmskifte, i vag Kuhniansk mening. Kännetecknande för ett sådant skifte är ju enligt Kuhn bland annat att det för med sig ett *kommunikationssammanbrott.*[1670] I den nya tid som infunnit sig tedde det sig, tillsynes, inte längre möjligt att ta de gammaltunga tyska lärobyggnaderna på vetenskapligt allvar.[1671]

10.7 Uppsamling

> Tolkning af kontrakt är ej en bevisfråga.
>
> *Wilhelm Chydenius*

För att sammanfatta: När Ekelöf betonar att "tolkning" måste skiljas från "utfyllning" i avtalstolkningssammanhang, inordnar han dessa avtalsrättsliga termer i sin egen särpräglade lärobyggnad. I detta kapitel har distinktionen framställts som en konsekvent tillämpning av Hägerströms lära om förhållandet mellan kunskapsteori och värdeteori – vars springande punkt ju är, att dessa discipliner måste hållas strängt åtskilda, emedan fakta är objektiva och värderingar subjektiva (värdenihilismen). Detta innebär, att Ekelöfs tillsynes tekniska terminologi kan betraktas som ett direkt uttryck för den skarpa åtskillnad mellan vara och böra

[1670] Se Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s 148, 150 och 198 ff. Kuhn, a a s 111, anknyter till Wittgensteins berömda "ankhare": "What were ducks in the scientist's world before the revolution are rabbits afterwards." Wittgensteins tänkande är ju också grunden för den i kapitel 9 stipulerade motsättningen mellan "realism" och "hermeneutik", som i denna framställning fått bana väg för den nu redovisade historieskrivningen. En god illustration av den aktuella motsättningen mellan "språkspel", eller "paradigm", ger Ekelöfs läsning av Gadamer, i "En essä om tolkning och mening". Denna utgör i mycket en motsvarighet till Carnaps kritik av Heidegger – som i sin egenskap av exempel på ett inomakademiskt kommunikationssammanbrott i vissa kretsar fått en närmast kanonisk status – se t ex Diamond, The Realistic Spirit s 87 f; M Gustafsson, Entangled Sense s 59 ff; Rorty i förordet till Vattimo, Nihilism and Emancipation s xv f; jfr Nordin, Från Hägerström till Hedenius s 175 och 185.

[1671] "Hope that you may understand!" utropar W B Yeats – "den siste romantikern" – i dikten "The Realists".

som är utmärkande för det tidiga nittonhundratalets filosofi.[1672] Jag föreslår alltså att manövern skall förstås så:

KUNSKAPSTEORI	VÄRDETEORI
objektivt	subjektivt
teoretiskt	praktiskt
vetenskap	teknik (juridik)
rättsfaktum	rättsföljd
sakfråga	rättsfråga
bevisvärdering	rättstillämpning
tolkning	utfyllning

Detta om distinktionen mellan tolkning och utfyllning så som den ter sig betraktad ur den klassiska, realistiska processrättens perspektiv. Vad skall nu ha åstadkommits? Läsaren vet att syftet med undersökningen har varit emancipatoriskt. All idéhistoria i denna avhandling har det syftet. Men vad är det, mer specifikt, som vi nu skall kunna frigöra oss från?

Omedelbart gäller det innebörden i det ofta upprepade påståendet att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är *viktig*. I den specifikt Ekelöfska, realistiska teoribyggnaden är det uppenbarligen inte blott viktigt att göra denna åtskillnad, utan helt avgörande. Den som blandar samman bevisvärderingen, faktas förefintlighet, med rättstillämpningen, den normativa slutsatsen, har inte förstått någonting överhuvudtaget. En sådan jurist har inte tagit till sig Uppsalaskolans värdelära, och befinner

[1672] Jfr Lindell, Civilprocessen s 102: "Den teleologiska metoden är hos Ekelöf förbunden med hans syn på rättsskipningens funktion. Metoden står emellertid helt på egna ben och behöver ingen ideologisk överrock. Denna får därför i den fortsatta framställningen hänga kvar i garderoben, som en prydnad och en påminnelse om att visioner är viktiga." Hållningen är väl typisk för vår tid. Det är emellertid möjligen så, att vi inte står fullt så fria i förhållande till de äldre generationernas ideologier som vi skulle vilja, ty dessa har bestämt formerna för vårt tänkande och vårt språk. Man kan inte hänga av sig sitt eget skinn. Jfr Legrand, On the Singularity of Law s 524: "The point is that the very being of law is haunted, that for law to be as 'law' means for law to be constitutively inhabited by specters, that is, by discursive formations..."

sig fortfarande på det premoderna stadiet.[1673] Att inte skilja tolkning från utfyllning är primitivt, eller, mer exakt, *ovetenskapligt* ... om vi håller oss till Ekelöfs analys. I ett sammanhang anmärker Ekelöf att rättsvetenskapen bör undvika termer som skulle kunna uppfattas "såsom avseende ett sakförhållande, vars juridiska betydelse är av samma slag som en rättsregels."[1674] Ekelöf fortsätter:

> Det kan visserligen synas som om man ej behövde ta hänsyn till möjligheten av en så barock missuppfattning. Särskilt på avtalsrättens område torde detta dock vara fallet. Det är icke så länge sedan man skiljde mellan sådana rättigheter och förpliktelser som uppstått genom lag och sådana som uppstått genom viljeförklaring. Ett sådant betraktelsesätt förutsätter uppenbarligen att viljan såsom rättsfaktum tillskrives en konstituerande förmåga jämförbar med lagens.[1675]

"Barock" är ett starkt ord. En nutida läsare torde slås av intrycket, att det i sammanhanget är väl starkt, eller komma att undra över exakt vad det är som får Ekelöf att här utslunga en sådan förkastelsedom. Försvarade inte Ekelöf själv en distinktion mellan lag (rätt) och viljeförklaring (fakta) på tolkningslärans område? Jo, det låter sig sägas. Men Ekelöf kan omöjligen acceptera tanken att parternas rättigheter och förpliktelser *uppstår genom* viljeförklaringen. Det vore att tillåta möjligheten av att slutsatsen i rättsfrågan – en värderingsfråga – skulle kunna härledas från fakta. Och det är detta barocka misstag som Hägerström befriat oss från. Nu vet vi bättre ("Det är icke så länge sedan man skiljde [...]") – menar Ekelöf.[1676]

Men detta perspektiv – det nymornade moderna perspektivet – kan *vi* omöjligen inta, och knappt ens förstå. Skulle avtalsrätten fram till dess att den nåddes av den realistiska insikten i ett *absolut grundläggande avse-*

[1673] Se särskilt Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi – en uppsats som explicit utgår från Uppsalaskolans värdefilosofi (s 213) och som förutsätter att det finns en motsättning mellan "en äldre tids juridik" och "modern juridik", som bl a tar sig uttryck i terminologin. Ekelöf, a a s 242, tar termerna "social funktion" (modern juridik) och "rättighet" (äldre juridik) som exempel.

[1674] Ekelöf, a a s 227.

[1675] Ekelöf, a st.

[1676] Jfr Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 240; dens, Förutsättningsläran s 122; dens, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 329, som betonar att tolkningen utgör ett fastställande av vad avtalet som sådant skall "anses betyda som rättsfaktum vid tillämpning av regeln att avtal skall hållas". När man genom tolkning ger avtalstexten rättslig verkan är det således, enligt Lehrberg, vid tillämpningen av en regel – nämligen principen pacta sunt servanda.

ende ha famlat i mörker – och famlar den fortfarande, i alla de rättsordningar som inte har kunnat omstöpas i realistisk form? Man måste antagligen ha befunnit sig *nära* Hägerström, i tid och rum, för att kunna se saken på det sättet. Nu är avståndet för stort – historiska fakta tvingar oss att betrakta hans värdelära som en parentes. Och säger någon, att ett avtal kommer till stånd genom parternas agerande, skär det sig inte i våra öron. Vi hör inte "felet" – är inte längre benägna att se filosofiska misstag i vanliga juridiska uttryckssätt. Den för den tidiga realismen utmärkande språkreformistiska ivern har försvunnit.

Ändock upprepar vi sådant som att det är viktigt att skilja tolkning från utfyllning. Vad betyder det då? Vi vet inte och kan inte veta, för anledningen har gått förlorad i samma mån som minnet av det ursprungliga realistiska budskapet har bleknat. Det har sagts att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är teoretiskt betydelsefull, men att den saknar praktisk betydelse.[1677] Det är, vill jag nu påstå, bara ett annat sätt att konstatera att teorin ifråga har glidit oss ur händerna.

[1677] Se ovan s 269.

11 Mot en postrealistisk tolkningslära

> The abscense of a universal frame of reference cannot mean a loss of authority for the law-text. On the contrary, it helps to secure its force by refusing the reader the easy option of interpretation within some pre-given framework. It draws understanding back into the text and its particular configurations, their singular resistance and resonance. It makes the text into a statement. The text has force because it is (allowed to be) a statement.
>
> *Pierre Legrand*

11.1 Inledning

I inledningskapitlet hävdades att denna avhandling principiellt sett skulle kunna göras hur kort, eller hur lång, som helst. Jag väljer att avsluta texten här. Har man nu tagit till sig bokens idé – den *avsedda* idén, märk väl – kommer man inte att finna detta förvirrande.

Konventionen kräver att resultaten redovisas: "Har författaren nått dit han skulle? Och var är det i så fall?" Men frågorna är felställda, för jag menar allvar med mitt metodval. Avhandlingens syfte har varit terapeutiskt. Om texten har åstadkommit någonting så har den åstadkommit någonting med läsaren. Den skall ha varit läsaren till hjälp. I texten har det däremot, i viss mening, inte hänt så mycket. Och huruvida den i det enskilda fallet haft avsedd verkan kan jag naturligtvis inte uttala mig om. Någon läsare kanske inte behövde dessa utläggningar. För någon annan räckte de kanhända inte till. Ytterligare någon kunde med textens hjälp faktiskt komma vidare i sitt tänkande över partsviljan, avtalstolkningen och dess relation till utfyllningen.

Även om jag således inte kan sammanfatta undersökningarnas resultat skulle jag vilja avrunda framställningen genom att i detta korta kapitel tillhandahålla en sorts ... *nyckel* till avhandlingen – i form av ännu ett

stycke metatext: en överblick och en kommentar, avsedd för den som är mindre van vid texten än vad jag är.

11.2 En påminnelse – det terapeutiska syftet

> Och, ingenting kan vara mer bakvänt än att kalla menandet en andlig verksamhet! Dvs om man inte är ute efter att skapa förvirring. (Man kunde också tala om en smörets verksamhet, när det stiger i pris; och om inga problem skapas därigenom, är det harmlöst.)
>
> *Ludwig Wittgenstein*

Jag tror att det är avgörande – för förståelsen – att man inte tappar avhandlingens *syfte* ur sikte vid läsningen. Detta är, i vissa avseenden, en udda bok, och den löper just av denna anledning risken, att göra sina läsare besvikna. Det är viktigt att man har klart för sig vad den är tänkt att åstadkomma – vad den är, och framförallt, vad den *inte* är.

Först vill jag inskärpa, att texten är mycket, mycket *anspråkslös* – på sitt speciella sätt. Vad det här har gällt, i materiellrättsligt hänseende, är en synnerligen begränsad frågeställning, nämligen frågan hur avtalstolkningen skall kategoriseras. Är tolkningen väsentligen icke-juridisk (en fråga om bevisvärdering, om vi betraktar saken genom det Ekelöfska prismat) så som den "traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning" gör gällande?

Det tycks dessutom vara oklart om svaret på denna fråga överhuvud har någon konkret betydelse – i synnerhet om vi anlägger rättstillämparens perspektiv. Man kunde tänka sig att problemets lösning skulle kunna få processrättsliga konsekvenser, men som vi har sett i det föregående är det riskabelt att dra processrättsliga växlar på den nu aktuella avtalsrättsliga begreppsbildningen. Denna lilla och tillsynes betydelselösa fråga har jag alltså ägnat hela denna, tämligen omfångsrika, bok – och det utan att ens formulera ett explicit svar.

Texten är således anspråkslös, men den är också *anspråksfull* – det är bara det att anspråken måste förstås på rätt sätt. Anspråken är höga, därför att undersökningarna här gäller själva grunden för vår syn på avtalsrätten. Texten rör, så att säga, det allra heligaste. Är det så, att vår nuvarande avtalsrätt vilar på insikten, att viljeprincipen i praktiken är ohållbar? Har vi i någon vettig mening kommit *längre* än artonhundratalets

tyska rättslärda? Skall partsviljan tänkas som ett psykologiskt faktum? *Är vi moderna?* Jag tvivlar – och *det* är anspråksfullt. Skall grunderna för ett sådant tvivel kunna kommuniceras – vilket är detsamma som att framställa tvivlandet ifråga som rationellt – måste man uppenbarligen bryta mot de invanda kommunikationsmönstren. Man måste bryta mot språkets regler, eller rättare sagt: Man måste övertygande kunna visa, att *nu* låter sig *också detta* sägas (tänkas). För egen del upplever jag, med rätt eller orätt, att jag har legat på gränsen för vad som låter sig formuleras i nuläget. Och den känsla som jag *skulle vilja* förmedla, är att texten närmar sig en insikt, som kan anas men knappt artikuleras. Ja ... det är anspråksfullt.

Några *teoretiska* anspråk har jag dock, i ett absolut avgörande avseende, *inte*. Har man tittat åt fel håll under det att man följt resonemangen – kanske därför att man hunnit glömma bort de inledande metodförklaringarna – skulle man dock kunna få för sig, att så är fallet. En något ouppmärksam läsare skulle kunna få intrycket, att jag försökt prestera en teori av något slag, till exempel en teori om tolkningsbegreppets utveckling under den realistiska eran. Det är dock en läsning som gör boken sämre än vad den är, eller är tänkt att vara. För jag tror att det då måste verka, som om texten är övermättad med upprepningar och full av motsägelser och otydligheter. Har man läst mig så, att jag har haft för avsikt att berätta en sammanhållen historia, måste man rimligen undra varför jag gång på gång har börjat om från början och varför terminologin ständigt skiftat. Är till exempel inte "den moderna avtalsrätten" (kapitel 2) det samma som "rättsfunktionalismen" (kapitel 7), som är det samma som "realismen" (kapitel 9)? Nej och nej – överhuvudtaget inte. Tvärtom: Jag har velat motverka denna typ av generaliseringar. Jag har velat splittra de gängse kategorierna. Till exempel har jag försökt visa:

i) *att* det "materiella avtalsparadigmet" inte är enhetligt, specifikt såtillvida som det råder en grundläggande skillnad mellan exempelvis Wilhelmssons och Grönfors avtalsrättsliga analyser,

ii) *att* det råder en diskrepans mellan utvecklingen i den internationella avtalsrättsliga debatten och den bild av denna utveckling som upprätthålls inom modern nordisk avtalsrätt,

iii) *att*, om det är modernt att hävda att skillnaden mellan privaträtt och offentlig rätt har börjat luckras upp, så är det inte modernt att vara modern,

iv) *att* det ligger en paradox i att Vahlén är den som framför andra åberopas till stöd för den traditionella uppfattningen om distinktionen mellan tolkning och utfyllning, emedan Vahlén också är den som tydligast har tagit avstånd från traditionen i just denna fråga,

v) *att* distinktionen mellan tolkning och utfyllning är en doktrinär konstruktion som inte kan återföras på praxis, trots att den gör anspråk på att säga någonting om tolkningens praktik,

vi) *att* Undéns funktionalism är motsatsen till Lundstedts rättsrealism (båda lät sig inspireras av Hägerström – som själv inte var realist),

vii) *att* den rättsfunktionalism som enade rättighetsdebattens deltagare inte var fortsättningen på, utan motsatsen till, Uppsalaskolans analys av rättighetsbegreppet,

viii) *att* den moderna svenska förmögenhetsrätten, trots att den berömmer sig om motsatsen, inte är funktionalistisk på Undéns, Ross eller Strahls vis (naturligtvis är den inte heller realistisk på Uppsalaskolans vis),

ix) *att* "metafysiken" inte är metafysisk (i bemärkelsen ovetenskaplig),

x) *att* "naturrätten" är en produkt av den realistiska retoriken, och följaktligen att det realistiska naturrättsbegreppet saknar reell historisk substans,

xi) *att* de traditionella avtalsrättsliga texterna, trots den subjektivt orienterade terminologin, inte ger uttryck för "viljeteorin", eller "viljedogmen",

xii) *att* rättsspråket endast bristfälligt låter sig analyseras med hjälp av dikotomin mellan form och materia (och att tolkningen är ett av de fenomen som faller mellan stolarna),

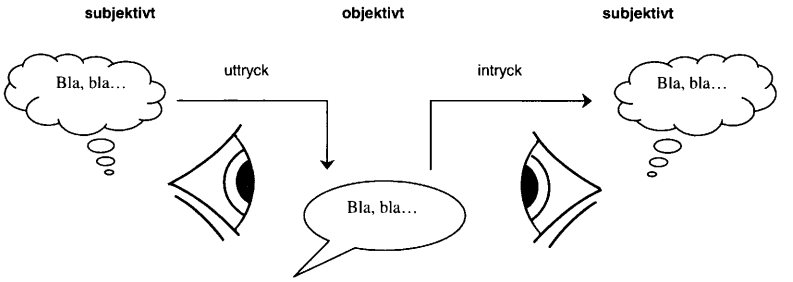
xiii) *att* den realistiska teorins språkspel inte skall blandas ihop med det faktiska tolkandet och tillämpandet av rätten (den juridiska hermeneutiken),

xiv) *att* de subjektiva förutsättningslärorna inte var subjektiva, i den mening som subjektivitetens begrepp gavs av företrädarna för de objektiva lärorna,

xv) *att* den processrättsliga distinktionen mellan fakta och rätt inte drar jämt med den avtalsrättsliga, och

xvi) *att* det Ekelöfska tolkningsbegreppet radikalt skiljer sig från det prerealistiska, från den filosofiska hermeneutikens och från den avtalsrättsliga praktikens.

Jag har velat peka på skillnaderna – i syfte att tvinga tanken ur spår.[1678] På det övergripande planet är den bild som jag velat ifrågasätta – först och främst av alla de bilder som fängslar vårt tänkande när det närmar sig avtalstolkningens problematik – denna:[1679]



Det objektiva, det vill säga det som faktiskt tolkas, är ett yttre uttryck för någonting inre, nämligen det subjektiva. Utifrån det yttre sluter vi oss till det inre.

I sig är denna bild kanhända inte särskilt problematisk. Den tycks helt enkelt återspegla vårt språkbruk. Faktum är att den är kongruent med *många* av de uttrycksformer som kommer till användning i tolkningsdiskursen. I den vardagsspråkliga änden av det här relevanta diskursiva spektrat förekommer uttryck sådana som "tanken bakom texten", det

[1678] Vad är en "skillnad", i motsats till en "likhet"? Skillnader och likheter är naturligtvis relativa. Samtidigt som det är möjligt att tala om en Uppsalaskola, kan man också framhäva avståndet mellan t ex Olivecrona, Lundstedt och Ekelöf. Frågan är alltid, *vad det tjänar till* att betona likheterna respektive skillnaderna. Jag har inte velat göra gällande att det verkligen finns en mängd skillnader där man vanligen talar om likheter. Det vore nonsens. Jag har velat framhålla skillnaderna på likheternas bekostnad för kontrastens skull – i syfte att synliggöra de strukturer som ger det moderna tänkandet om tolkning och utfyllning dess substans, för att på så sätt göra en (själv)reflekterande hållning i frågan om tolkning och utfyllning möjlig.

[1679] Detta är en variant på en figur som man finner hos Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 423.

talas om att man "kan säga en sak, men mena en annan", om att man kan "uttrycka sig otydligt", om att man kan "vara osäker på vad någon menar", om att man "inte vet vad någon vill ha sagt" och om att man "inte hittar orden". Och den specifikt avtalsrättsliga tolkningsdiskursen är full av former som tillsynes bekräftar ifrågavarande bild – viljeförklaringsbegreppet, de dubbla subjektiva rekvisiten, åtskillnaden mellan vilja, förklaring och tillit, distinktionen mellan subjektiv och objektiv tolkning, misstagsläran, (minnet av) diskussionen kring reservatio mentalis och så vidare.

Emellertid riskerar denna bild att bli problematisk så snart man anammar det gängse sättet att läsa och förstå den, det vill säga så snart man tolkar den som en bild av fysikaliska fakta – som om språkanvändningen *kauserades* av språkanvändarens tanke och som om förståelsen av språket (av det talade eller skrivna) var avhängig en utredning av detta kausala samband. Emedan man här tänker i termer av orsak och verkan måste man placera det objektiva *och* det subjektiva i den fysikaliska verkligheten. För hur skulle det ena annars kunna verka på det andra? Samtidigt är den antagna verklighetsuppfattningen dualistisk, i epistemologiskt hänseende. Ty det är endast det objektiva som är vetbart – det är i kraft av denna sin egenskap som de objektiva omständigheterna (orden, åtbörderna) kan fungera som en länk mellan subjekten.

Med en sådan förståelse kommer vi att vara benägna att i görligaste mån eliminera tolkningen ur juridiken. I det föregående har vi bekantat oss med följderna av denna hållning: Rättstillämpningen kan inte anses följa av, eller sammanfalla med, tolkningen av de rättsliga källtexterna – ty det är svårt att tro, att svaret på en rättsfråga skulle kunna fastställas genom en utredning av rena fakta, och det torde i det enskilda fallet ofta vara svårt att inbilla sig, att lagens upphovsmän de facto tagit ställning till hur de konkret föreliggande individuella omständigheterna skall bedömas. Lagtolkning kommer vi emellertid att skilja från avtalstolkning, ty de rättshandlande är till skillnad från "lagstiftaren" faktiska, fysiska personer, och de har följaktligen en vilja som *inte omedelbart* framstår som fiktiv – en vilja som möjligtvis skulle kunna utrönas (givet att bevisläget tillåter det). Trots att avtalstolkningen med denna förståelse således principiellt sett *skulle kunna* leda någonstans, har vi dock samtidigt lyckats framställa tolkningsverksamheten som någonting fullständigt outgrundligt. Nu befinner sig nämligen avtalstolkningen utanför ramen för det rättsliga – vilket gör den omöjlig att analysera i termer av

rättsregler (och strängt taget omöjlig att förstå på juristens villkor – ty den är "ojuridisk") – samtidigt som vi, genom att betrakta avtalstolkningsfrågorna som bevisfrågor, har säkerställt, att sanningen i dessa frågor *aldrig* kommer att vara direkt åtkomlig, ty bevistemat utgörs av ett faktum som per definition inte kan konstateras på ett "vetenskapligt" försvarbart sätt. Det subjektiva är endast tillgängligt för subjektet – det är själva kärnan i den modernistiska uppfattningen om medvetandet. Är endast det objektiva konstaterbart för utomstående blir uppmaningen, att man i tolkningen skall söka det subjektiva, verkningslös. Avtalstolkningen har placerats utanför det giltigas, såväl som det vetbaras, sfär. Oundvikligen följer härav en djup misstro mot varje påstående om, att tvister som har sin grund i, att det är oklart hur något visst uttryck i avtalstexten skall förstås med avseende på en viss situation, kan lösas genom "tolkning" av avtalet – åtminstone så länge som tolkningen förstås som ett försök att fastställa den gemensamma partsavsikten.

I denna kontext har jag placerat distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Det är där den hör hemma och det är där den är (eller omedelbart framstår som) problematisk.

Jag inbillar mig, att det måste vara svårt för den som har följt framställningen i denna avhandling att ta föreställningen, att partsviljan måste betraktas som ett psykologiskt faktum, på fullt allvar. Och kan man tvivla på denna föreställning – som man kunde kalla "den realistiska förståelsen av det subjektiva (av avtalsrättens subjektiva dimension)" – så kommer problematiken kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning också att försvinna, i motsvarande mån. *Det* är vad jag gör gällande, och allt jag här har skrivit syftar till att underbygga ett sådant tvivel.[1680]

Huruvida man tvivlar eller inte, är emellertid, som sagt, inte en teoretisk, utan en *personlig*, fråga. Och jag har gjort vad jag har kunnat – arbetet med förståelsen av problemet *måste* i slutänden lämnas åt läsaren.

Nå, det är lätt att säga. Och *bekvämt*. Här avslutas framställningen med att det proklameras, att om läsaren har förstått författaren, är det problem som avhandlingen skulle behandla borta. Så problemlösningen lämnas åt läsaren? Just snyggt! Som om man kunde skriva en monografi genom att vara dunkel istället för att faktiskt komma fram till någonting... Men här rör det sig inte om ett billigt trick, utan om ett allvarligt

[1680] Den som förstår boken, behöver den inte (längre). (Ta det som en fingervisning om, vilken förståelse jag har försökt att förmedla.)

menat försök att i tillämpningen konsekvent upprätthålla den deskriptiva kritikens principer. Och den som så önskade skulle här kunna hänvisa till traditionens stora (Vad *åstadkommer* författare som Kant, Nietzsche, Wittgenstein, Heidegger och Foucault?).

Därmed har jag till mina haranger lagt en otydlig hänvisning till en rad erkänt svårtillgängliga filosofer (och de facto än en gång upprepat, att det inte ankommer på mig att tänka åt läsaren, samt, det medges, försökt att rättfärdiga mitt grepp med ett auktoritetsargument). Men jag försöker inte att skaffa mig ett alibi. Att resonemanget här står och stampar beror helt enkelt på, att allt som skall sägas redan är sagt.

11.3 Efter kritiken

11.3.1 Inledning

Det kan ändå tänkas, att läsaren kan vara behjälpt av att undersökningens begreppsliga konsekvenser stavas ut. Istället för att återigen hänvisa tillbaka till texten, vill jag därför avrunda framställningen genom att säga någonting explicit om det sätt på vilket avhandlingens problem är tänkt att lösa upp sig samt någonting om de potentiella följderna av avhandlingens resonemang, för avtalsrättens del. Men märk, att jag här går utöver den kritiska uppgift som jag åtagit mig och att det inte kan bli fråga om någonting annat än en uppskattning. Ur metodologisk synvinkel sett är det som här följer principvidrigt – en eftergift, motiverad av pedagogiska skäl.

Hur kommer man alltså att se på distinktionen mellan tolkning och utfyllning efter att ha följt de undersökningar som tillsammans har utgjort avhandlingens resonemang?[1681]

11.3.2 Vad gör distinktionen mellan tolkning och utfyllning problematisk?

Vad gäller själva *problematiken*, så kommer det att verka som att det väsentligen finns ett, grundläggande, problem, och som att detta uppstår som en naturlig följd av de berörda begreppens genealogi. Genom att anknyta till distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan det som

[1681] N B: I detta avsnitt sker ingen bevisföring. Alla *påståenden* skall framstå som rimliga i ljuset av de föregående undersökningarna.

hänt med tolkningsbegreppet på avtalsrättens område under de senaste 130 åren (eller så) initialt beskrivas i tre steg: Vi har, *för det första*, det tolkningsbegrepp som föregick distinktionen mellan tolkning och utfyllning och som denna distinktion utgör en reaktion mot; *för det andra*, det tolkningsbegrepp som följer av distinktionen mellan tolkning och utfyllning (tolkning som utfyllningens motsats – det vill säga som ett utrönande av den faktiska partsviljan); och *för det tredje*, det tolkningsbegrepp som blir resultatet av det funktionalistiska avståndstagandet från distinktionen mellan tolkning och utfyllning – ett avståndstagande som när det drivs till sin spets resulterar i uppfattningen, att avtalstolkningen, betraktad just som ett utrönande av den faktiska partsviljan, saknar praktisk betydelse vid fastställandet av avtalets rättsverkningar.

Tre stadier (och här abstraherar vi naturligtvis från de konkreta meningssammanhangen): Före, under och efter distinktionen mellan tolkning och utfyllning. De första två stadierna finns beskrivna i den traditionella formuleringen av distinktionen, som ju följer mallen: "Förr gavs tolkningsbegreppet en mycket vidsträckt innebörd, såtillvida som det fick omfatta all den verksamhet genom vilken en viljeförklarings rättsliga verkningar fastställs. Numera föredrar man ett snävare tolkningsbegrepp, förbehållet den verksamhet genom vilken viljeförklaringens betydelse klarläggs. Den ytterliggare verksamhet som kan krävas för att fastställa förklaringens verkningar kallas utfyllning." Till dessa två stadier kan vi lägga ett tredje genom att addera de argumentationsformer som nyttjas av distinktionens kritiker: "Man skall inte överdriva, och alla är eniga om att distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte kan genomföras fullt ut. En ren avtalstolkning – inriktad på partsviljan – blir sällan aktuell. I praktiken får andra hänsyn fälla avgörandet – närmast blir det fråga om en värdering av de objektivt sett givna omständigheterna". Vi får tillsynes en klassisk berättelse om uppgång och fall. Och anlägger vi ett svenskt perspektiv får distinktionens glansperiod förläggas till det tidiga sextiotalet – till Vahléns, Karlgrens och Holmbäcks tid.

Kunde det utan vidare fastslås att denna enkla berättelse stämmer med fakta på marken, skulle problematiken kring tolkning och utfyllning sakna egentlig aktualitet. Distinktionen skulle då vara en rest av den klassiska svenska avtalsrätten, redan på väg att glömmas bort. Så är nu inte fallet. Situationen är ju den, att det inte entydigt kan konstateras att distinktionen mellan tolkning och utfyllning hör det förflutna till.

Avståndstagandena är vanligen halvhjärtade, eller försiktiga. Distinktionen har alltjämt anhängare, och utanför ramen för den snäva avtalsrättsliga debatten bekräftas fortfarande den klassiska uppfattningen då och då. Konflikten mellan tillskyndare och kritiker är nog så verklig, men den är lågintensiv, nästan sömnig. Den osäkerhet som består på denna punkt i (den svenska) avtalsrätten, finner rimligen sin förklaring i, att det är oklart hur pass konsekvent vi skall hålla fast vid de ideologiska utgångspunkter som traditionen anvisar oss. Det har varit oklart under lång tid, vilket i sin tur får förklaras med hänvisning till att den svenska civilrättsvetenskapen varit obenägen att ta i de rättsideologiska och rättsteoretiska frågeställningarna.

Efter de här uppdragna linjerna kan vi skapa oss en bild av konfliktens *materiella* innehåll. Reducerar vi berättelsen om distinktionen mellan tolkning och utfyllning till tre stadier – enligt ovan – får vi en alltför enkel historieskrivning, men inte desto mindre en rättvisande bild av debattens retoriska logik. Ståndpunkterna ersätter varandra successivt. Den ursprungliga uppfattningen följs av en reaktion, och därefter följer en reaktion på reaktionen. Märk att den problematik som nu häftar vid distinktionen mellan tolkning och utfyllning kan sägas ha sin grund i, att den avtalsrättsliga diskursen tycks tveka inför det tredje steget (inte för att detta steg skulle vara oundvikligt). Denna stegvisa förändring av diskursens hållning till distinktionen låter sig beskrivas som en utveckling driven av en och samma princip – och följaktligen kan problemet sägas bestå i, att det är osäkert hur långt principen ifråga skall drivas. Det kan nämligen hävdas, att den process som vi här intresserar oss för, är följden av en fortlöpande *objektivisering* av tolkningsfrågorna. Problematiken kring begreppen tolkning och utfyllning kan, annorlunda uttryckt, betraktas som en effekt av den objektivistiska ideologins verkan på det prerealistiska tolkningsbegreppet.

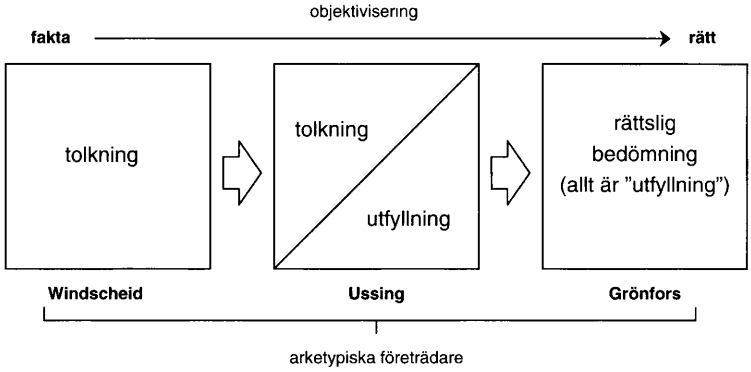
Objektivisten kan omöjligen acceptera det bruk av viljebegreppet som kom att bli att gängse i artonhundratalets tyska juridik. Med avseende på avtalstolkningen blev problemet akut när det gällde de typiska, standardiserade rättsverkningar, som man, under åberopande av partsviljan (låt vara en hypotetisk sådan), var beredd att tillskriva avtalet trots att uttryckliga föreskrifter saknades. För objektivisten är det uppenbart, att sådana så kallade *naturalia negotii* egentligen inte har sin grund i partsviljan, utan måste betraktas som av rättsordningen tillhandahållna normal-

lösningar, och således som följden av en utfyllande verksamhet på rättstillämparens sida. Objektivisten synar den äldre juridikens tolkningsterminologi, och vill från dennas tillämpning undanta de fall i vilka det "verkligen" rör sig om regelanvändning snarare än om ett utrönande av partsviljan. Tolkningsbegreppet spjälkas i en faktisk och en rättslig del – och resultatet är "den klassiska distinktionen mellan tolkning och utfyllning". Denna låter sig sedan traderas och upphöjas till norm.

Det är gott och väl, men en konsekvent objektivist kan inte finna någon ro i denna utveckling, ty sökandet efter partsviljan (som nu har blivit en jakt på ett psykiskt faktum) ter sig alltför oförutsebart, alltför beroende av de individuella omständigheterna i det enskilda fallet, alltför oförklarligt – och det saknas, framförallt, en hållbar anledning till att låta avtalets rättsverkningar vara avhängiga utfallet av en sådan dunkel verksamhet. "Viljeprincipen" och "avtalsfrihet" – sådant imponerar inte på en bekännande objektivist. Dylika slogans framstår snarast som av historiska tillfälligheter bestämda dogmer – sådana som objektivisten sätter en ära i att sätta sig över. När viljan väl, under trycket från objektivismen, reifierats, finns det inte längre någon *anledning* att låta tolkningen vara subjektivt inriktad. Kan "tolkningen" typiseras, översättas i regler, och bringas att harmonisera med bakgrundsrätten och de värderingar som lagstiftaren aktivt tagit ställning för, så skall det också göras – och det gör alla spekulationer i vad parterna egentligen har velat överflödiga. Extrapolerar man den objektivistiska tendensen blir följden således ett fullkomligt *förrättsligande* av "avtalstolkningen".[1682]

Objektivisering betyder förrättsligande, och distinktionen mellan tolkning och utfyllning låter sig betraktas som resultatet av en halvgången objektivisering av det prerealistiska tolkningsbegreppet. Vi får följande figur:[1683]

[1682] Jfr Gilmore, The Death of Contract s 46 f, som beskriver en motsvarande mekanism verksam i O W Holmes avtalsrätt: "If ('in contract, as elsewhere') the 'actual state of the parties' minds' is relevant, then each litigated case must become an extended factual inquiry into what was 'intended', 'meant', 'believed' and so on. If, however, we can restrict ourselves to the 'externals' (what the parties 'said' or 'did'), then the factual inquiry will be much simplified and in time can be dispensed with altogether as the courts accumulate precedents about recurring types of permissible and impermissible 'conduct.' By this process questions, originally perceived as questions of fact, will resolve themselves into questions of law."



Och vi kan säga att problematiken kring begreppen tolkning och utfyllning är en konsekvens av vår ambivalenta hållning till den i den svenska avtalsrätten inneboende objektiviseringstendensen. Vår ideologi tycks kräva ett ställningstagande för objektivismen, men någonting – kanske den respekt för traditionen som vi de facto hyser, vår pragmatiska motvilja mot teoretisk radikalism eller det avtalsrättsliga språkets tröghet – hindrar oss effektivt från att en gång för alla släppa taget om distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Vi behåller den, men kan inte förstå den, ty det kriterium för gränsdragningen som distinktionen anvisar tycks vara omöjligt att tillämpa.

11.3.3 Hur problemet får sin lösning

Givet denna beskrivning av problemet kan vi också ana problemets *lösning*.

Genom att ansluta till den objektivistiska analysen av avtalsrätten – och det gör vi oreflekterat, utan att egentligen kunna hjälpa det – drivs vi att ta avstånd från de faktiska formler och uttryckssätt som det avtalsrättsliga språket erbjuder. På avtalstolkningens område blir detta särskilt tydligt, för tolkningsfrågan är den avtalsrättsliga grundfråga som är *minst* rättslig till sin karaktär, och vars diskurs följaktligen bjuder *mest* motstånd mot en objektiviserande analys.[1684] Att tolka avtalet *är* – i "gram-

[1683] Men man skall märka att det är svårt att göra den pre-realistiska rätten rättvisa när man på detta sätt gör den till ett rent förstadium. Windscheids civilrätt kan ju t ex inte sägas vara inriktad på den faktiska viljan – inte så länge som vi förstår det faktiska på objektivistens sätt.

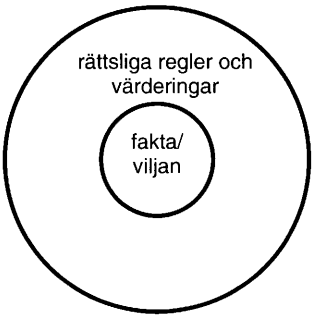
[1684] Avtalrätten utgör dock i sin helhet ett problem för objektivismen, för den drar åt det privata, bort från det offentliga, och åt det faktiska, bort från det rättsliga.

matiskt" hänseende – att fastställa den gemensamma partsviljan. Så är det avtalsrättsliga språket inrättat. Skall avtalstolkningen objektiviseras måste språket på området följaktligen rivas upp och ersättas med ett nytt. Helst bör man, som vi har sett, ersätta själva ordet "tolkning".

Men det är fåfängt att tro, att ett sådant eliminerande av etiketter – även om det vore möjligt – skulle kunna åstadkomma någon djupgående förändring av avtalsrätten, som verksamhet betraktad (det vill säga betraktad som språk). Tolkning skulle alltjämt vara en essentiell del av den avtalsrättsliga praktiken, bara tryckt än djupare ned i disciplinens kollektiva undermedvetna.

Tolkningen drar sig undan från det objektivistiska tänkandet. Det är inte svårt att se ... för vad är "tolkning" i objektivistens ögon? Så länge som vi tänker oss tolkningen som ett sätt att fastställa rättshandlingens innebörd i det enskilda fallet, och alltså är beredda att erkänna att tolkningen på ett särskilt sätt är beroende av de individuella omständigheterna, så är det mycket svårt att släppa föreställningen, att tolkningen är inriktad mot den gemensamma partsviljan. Det har att göra med sådant som att avtalsfriheten – i vår rättsordning såväl som i alla andra rättsordningar som vilar på den västerländska juridiska traditionen – alltjämt är den principiella utgångspunkten. Emedan objektivisten måste tänka sig viljan som ett faktum (ty den är inte rätt, och något tredje ges inte i den objektivistiska matrisen) får tolkningsbegreppet – just i princip – en subjektiv-faktisk kärna. Kring denna kärna kommer det emellertid att finnas *åtskilligt* som inte kan beskrivas i subjektivt-faktiska termer. Ja, saken är nog den, att begreppets förmenta kärna i den slutliga analysen måste framstå som så tom, att objektivisten måste fråga sig varför vi överhuvudtaget talar om "vilja" i dessa sammanhang (för det gör vi).

det objektivistiska tolkningsbegreppet



Börjar vi i den yttersta periferin, och rör oss inåt mot begreppets postulerade kärna, stöter vi på ett antal typfall, i vilka det, på ett mer eller mindre uppenbart sätt, är svårt att förstå tolkningen som en verksamhet inriktad på att avtäcka ett subjektivt faktum som skall ha varit för handen vid tiden för avtalsslutet. De fall jag har i åtanke är välkända och ofta uppmärksammade i den realistiska tolkningslitteraturen. Det gäller till exempel tolkning av:

i) *Långvariga avtal.* Ju längre tid som förflutit efter avtalsslutet fram till den händelse som utlöser tolkningstvisten, desto svårare är det, typiskt sett, att rättfärdiga ett tolkningsresonemang som prompt måste mynna ut i en slutsats om hur parterna faktiskt föreställde sig att problemet skulle hanteras. Vi måste nöja oss med antaganden och spekulationer.

ii) *Standardiserade avtal.* För att ett avtal som inte har varit föremål för individuell förhandling skall kunna omfattas av den gemensamma partsviljan måste det rimligen vara en förutsättning, att en part som inte haft med villkorens utformning att göra åtminstone har tagit del av villkoren. Denna förutsättning brister ofta nog i praktiken, varför man som objektivist måste konkludera, att det innebär en fiktion att presentera tolkningsresultatet som en följd av parternas faktiska överenskommelse. Tolkningen och tillämpningen av standardavtalet blir närmast att likna vid tolkning och tillämpning av lag.

iii) *Avtal slutna genom realhandlande och automatiserade processer.* Saknas ett explicit – språkligt – uttryck för viljan, kommer varje påstående om vilken viljan varit att få ett spekulativt drag, i objektivistens ögon – än mer gäller detta när någon eller båda av parterna överhuvudtaget inte deltagit i det faktiska kontraherandet.

Vilka fall som skall inkluderas här, och hur de skall kategoriseras, kan diskuteras – det är inte viktigt. Vad som är viktigt är, att man med en objektivistisk förståelse av det subjektiva tydligtvis begränsar den gemensamma partsviljans räckvidd. På så sätt tvingas vi att tänka oss ett paradigmatiskt fall, på vilket den gemensamma partsviljans argument skulle äga direkt tillämpning. Avlägsnar vi oss från detta fall blir argumentet dubiöst.

Och hur skall detta "paradigmatiska fall" vara beskaffat? Ja, låt oss vända på de ovan angivna besvärliga typfallen (i–iii). Det skall tydligen

röra sig om en kommunikation mellan de faktiska parterna, som är så direkt och fullständig som möjligt, och det får förutsättas, att den situation som givit upphov till tolkningsfrågan faktiskt har behandlats av parterna. Det är kännetecknande för det "egentliga" avtalsinnehållet – vilket med den nu tillämpade logiken är den "egentliga" tolkningens objekt – att det har varit "uppe i kontrahentens medvetande och utgjort föremål för hans beslut".[1685] Avtalsinnehållet i dess helhet skall avspeglas i partsviljan. Det får inte finnas någonting som skymmer sikten.

Så ... om sikten är klar kan vi åberopa den gemensamma partsviljan under det att vi konstruerar våra tolkningsresonemang? Nja, det är inte riktigt så enkelt. Ty objektivismens algoritm stannar inte vid denna gräns, utan fortsätter att äta sig in på det subjektivas domäner.

Låt säga att vi har att göra med ett tolkningsfall, som är så rent som överhuvudtaget är möjligt. Det råder alltså ingen tvekan om, att parterna ingått avtalet fullt medvetna om vad det innehåller, men inte desto mindre uppstår i ett senare skede oenighet i frågan hur avtalstexten skall läsas. (Märk att det i sig är paradoxalt.) Och vi har en tolkningtvist ... på vilken tolkningsläran skall tillämpas. I någon mening är visserligen tolkningsläran som helhet betraktad subjektivt inriktad. Det brukar ju åtminstone påstås att tolkningen ytterst syftar till att fastställa den gemensamma partsviljan. Men det är inte så enkelt att *förklara* tolkningslärans regler och principer med hänvisning till detta syfte. Faktum är, att så länge vi förstår partsviljan just som ett psykologiskt sakförhållande föreliggande vid tiden för avtalsslutet, så kommer tolkningsläran att te sig objektiv i samma utsträckning som den antas bestå av regler och principer (rättsliga normer). Stig Jørgensen har i ett sammanhang uttryckt saken så:

> Derved, at man opstiller fortolknings*regler*, er disse eo ipso udfyldende regler.[1686]

Påtagligast är tolkningslärans rättslighet när man riktar uppmärksamheten mot de så kallade "allmänna tolkningsreglerna", eller "hjälpreglerna", det vill säga oklarhetsregeln, minimumregeln och den numera halvt bortglömda giltighetsregeln. Dessa regler, som man har att använda i sista hand, när tolkningen som sådan inte givit något resultat, eller kräver ett sista stödargument för att räcka fram till ett avgörande, bildar en

[1685] Formuleringen här från Karlgren, Kutym och rättsregel s 37.
[1686] Jørgensen, Betalinger i flere skyldforhold s 201.

rättsligt-normativ yttre ram kring den i snävare mening subjektivt inriktade avtalstolkningen. Det är onekligen så det ter sig.[1687]

Men hur är det med det som nu återstår av tolkningsbegreppets kärna? Och vad är det som återstår? Låt oss utgå från ett uttalande om avtalstolkningens beskaffenhet som man finner i HD:s skäl i det i NJA 1999 s 35 refererade avgörandet – ett uttalande som, så länge vi håller oss till HD:s praxis, är det närmaste vi kommer ett ställningstagande i frågan om tolkningslärans systematik:[1688]

> I HD har inte påstått att parterna vid [...]avtalets ingående hade en gemensam uppfattning om innebörden av avtalet i de frågor som tvisten gäller. Utredningen i målet ger inte heller stöd för att någon av parterna vid avtalsslutet utgick från att avtalet hade en viss innebörd i dessa frågor och att motparten insåg eller måste ha insett detta.
>
> Avgörande för hur [...]avtalet skall tolkas blir därmed främst avtalets ordalydelse, men hänsyn bör även tas till andra omständigheter, som det affärssammanhang i vilket det tillkom.

I denna passage kan man läsa in en regelhierarki. HD väljer att fokusera på lydelsen och rättfärdigar sitt val genom att hänvisa till, att utredningen inte ger något underlag för ett tolkningsresonemang som anknyter till parternas respektive uppfattningar om avtalsinnehållet vid tiden för avtalsslutet ("Avgörande för hur [...]avtalet skall tolkas blir *därmed* [...]"). Den resulterande hierarkin, som kan indelas i en subjektiv och en objektiv del, får följande utseende:

A. Tolkning inriktad på subjektiva omständigheter

i) Förelåg en gemensam uppfattning om avtalets innebörd vid tiden för avtalsslutet (regeln om den gemensamma partsviljans företräde)?

ii) Utgick någon av parterna vid avtalsslutet från att avtalet hade en viss innebörd och insåg motparten, eller måste motparten ha insett, detta (dolusregeln)?

B. Tolkning inriktad på objektiva omständigheter

iii) Hur skall lydelsen förstås – i ljuset av andra omständigheter, såsom det affärssammanhang i vilket avtalet tillkom (tydning, kontextuell tolkning)?

[1687] Jfr t ex Lehrberg, Avtalstolkning s 149: "Grunden till att uttrycksorienterad tolkning kan tillämpas i den utsträckning som faktiskt sker, är ytterst antagandet att en avtalspart som uttrycker sin vilja i en förklaring får finna sig i att vara bunden av vad som följer av förklaringen. När inte längre förklaringen, uppfattad mot bakgrund av sin totala kontext, ger ledning för valet mellan de tolkningsalternativ den erbjuder, måste man gå vidare. Då erfordas [...] prioritetsregler av rättslig natur."

[1688] Jfr NJA 1991 s 319; NJA 1997 s 382.

Idén tycks här vara, att vi får falla tillbaka på lydelsen och andra objektiva omständigheter i den mån vi saknar tillgång till de subjektiva omständigheterna. Denna separation mellan olika typer av tolkningsdata bygger synbarligen på föreställningen, att det är möjligt att ligga *mer eller mindre nära* den egentliga avsikten i tolkningen. Kommer vi inte åt själva partsavsikten, får vi nöja oss med lydelsen – närmast av praktiska skäl.[1689] Inom ramen för tolkningen måste vi alltså, även när vi tar begreppet i snäv bemärkelse,[1690] lämna ett betydande utrymme åt rent objektiva bedömningar – för vad orden betyder och hur texten skall läsas är ju inte upp till parterna. Och inte heller är det fråga om att konstatera fakta. Även om det förekommer att domstolarna avgör tolkningstvister med hänvisning till att det resultat man stannat för följer av allmänt språkbruk – i sig ett legitimt argument – så är det förvisso aldrig ordboken som ger den ena parten rätt och den andra fel. Det kan endast rättstillämparen göra.[1691]

Till jämförelse: I NJA 1988 s 408 hade en försäkringstagare i 15–20 minuter lämnat sin bil – låst – för urlastning av tung och skrymmande musikutrustning. Under tiden stals kvarlämnad utrustning från bilen. Försäkringsbolaget ansåg sig inte skyldigt att utge ersättning och hänvisade till försäkringsvillkoren, enligt vilka ersättning inte utgick när egendom "lämnats kvar [...] för längre tid än som normalt åtgår för omedelbar in- eller urlastning". Underinstanserna dömde till förmån för bolaget med hänvisning till "vanligt språkbruk". HD menade dock att skrivningarna i villkoren sedda i sitt sammanhang inte kunde anses otvetydiga och avgjorde till förmån för försäkringstagaren utifrån ett resonemang om klargörandeplikt.

Kvar blir den subjektivt inriktade tolkningen. Men hur pass "subjektiv" är denna? Den så kallade dolusregeln är uppenbarligen en rättsregel. Vid dess tillämpning avgörs frågan om avtalets innehåll till nackdel för den part som utan att undanröja missförståndet ingick avtalet med vetskap

[1689] Jfr t ex Adlercreutz, Avtalsrätt II s 49: "Även om den gemensamma partsavsikten blir avgörande i den mån den kan bevisas, är en avtalstext, liksom bevislig lydelse i annan form, av stor praktisk betydelse."

[1690] Ingen skulle väl bestrida att tydning är en form av tolkning. Är det inte egentligen den typiska formen?

[1691] Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens problematik s 394, skriver: "Det är emellertid tydligt, att ingen juridisk tolkning kan vara blott konstaterande utan att tolkaren i stor utsträckning måste bli hänvisad till en värderande eller skapande verksamhet." I svensk doktrin kommer denna insikt antagligen tydligast till uttryck hos Schmidt; se särskilt Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet.

om, att motparten utgått från att avtalet haft en viss innebörd, trots att lydelsen och andra objektiva omständigheter inte gav stöd för detta antagande (jfr 6 § 2 st AvtL). En konsekvent objektivist kan inte hävda, att avtalsinnehållet i ett sådant fall bestäms genom tolkning.[1692] Inte heller regeln om den gemensamma partsviljans företrädde (falsa demonstratio non nocet) kan objektivisten behandla som en tolkningsprincip. Denna är ju helt enkelt en prioritetsregel, som utsäger att den innebörd som parterna sinsemellan enats om går före den objektiva innebörd som annars följer av avtalstexten. Därmed är den lista med tolkningsprinciper som HD antydningsvis ställer upp i NJA 1999 s 35 uttömd. Den innehåller synbarligen inga moment av tolkning, såtillvida som den inte någonstans lämnar utrymme för, att den oklarhet som i det enskilda fallet givit upphov till tvisten undanröjs genom ett försök att avtäcka den faktiska gemensamma partsviljan. Överallt litar den istället på regler.

Noga taget spelar det ingen roll hur vi i detta sammanhang spaltar upp tolkningsläran. Oavsett vilken systematik som föredras kommer den som följer objektivismens logik till sist att stå inför grundfrågan, om det överhuvudtaget är möjligt att sluta sig till en inre vilja utifrån förhandenvaron av yttre tecken. Och den frågan kommer objektivisten att vilja besvara nekande. Här befinner vi oss i det objektivistiska tolkningsbegreppets absoluta kärna – vid det enda som finns kvar när alla lager av rättslighet skalats bort. Det som nu krävs för att vi skall nå fram till viljan, är ett *språng*. Vi måste lämna konstaterbara faktas trygga mark och alla tankar på, att det som vi gör när vi "tolkar" är att rättsligt värdera sådana fakta. Endast så når vi det subjektiva i sig. Men det är inte ett språng som objektivisten är villig att ta. Faktum är att han saknar all anledning att ta det. Det skulle vara ett språng ut i det okända, och det skulle vara meningslöst. Varför skulle vi lägga ett påstående om ett faktum som inte är faktiskt konstaterbart till grund för avtalstolkningen? Och varför skulle vi göra avkall på den rättsligt värderande verksamheten till förmån för en sådan motsägelse – för en sådan *lögn*?

Det objektivistiska tänkandet skjuter ständigt det subjektiva framför sig, och kan av denna anledning aldrig nå fram till detsamma.[1693] Det

[1692] Jfr Karlgren, Passivitet s 40, som angående tillämpningen av 6 § 2 st anmärker, att den passiva parten blir "bunden vid något som han varken menat eller förklarat. Det av honom åsyftade avtalsinnehållet förvandlas legalt – till följd av eller så att säga som straff för den passivitet vartill han gjort sig skyldig – i enlighet med motpartens uppfattning om det tillämnade avtalet."

subjektiva som sådant blir aldrig en del av den objektivistiska tolkningsdogmatiken, utan fungerar blott som en hypotetisk kontrapunkt. *Hypotetiskt sett* kan tolkning även för objektivisten handla om att fastställa partsviljan, men det finns inget sätt på vilket man genom tillämpning av den objektivistiska algoritmen skulle kunna nå fram till denna vilja. Den logik som driver den objektivistiskt orienterade avtalsrätten gör viljan till ett oting.

Objektivisten blir vid det objektiva. Det är därför på förhand givet, att gränsen mellan tolkning och utfyllning inte meningsfullt kan dras genom att de motsvarande begreppen återförs på distinktionen mellan fakta och rätt – inte på objektivismens villkor. Har vi väl valt att framställa tolkningen som en fråga om faktafastställelse, måste vi släppa föreställningen att partsavsikten är ett "inre" sådant faktum, inlåst i parternas medvetanden vid tiden för avtalsslutet. Annars ter sig slutsatsen, att den genom traditionen förmedlade tolkningsdiskursen vilar på en fiktion, i den slutliga analysen oundviklig. Och *all* tolkning visar sig "i realiteten" vara "utfyllning", vilket vill säga att den är rättslig till sin karaktär. Därmed försvinner visserligen behovet av att skilja "tolkningen" från "utfyllningen", men det är inte allt som försvinner. Den som på objektivistens vis tar avstånd från tolkningens subjektiva sida, avsäger sig samtidigt i stora delar möjligheten att på det teoretiska planet förhålla sig till och förklara den faktiskt föreliggande tolkningsdiskursens praktik. Ja, man skulle kunna säga, att objektivismen i förlängningen ogiltigförklarar själva grundpremissen för tolkningsverksamheten, nämligen att kontraktstexten (eller hur parternas överenskommelse nu råkar manifestera sig) är att betrakta som en uppsättning *tecken*, som kan tydas – som kan läsas – och som genom tolkning kan tillskrivas en innebörd, som är korrekt och riktig, i den bemärkelsen att den följer av texten och inte av uttolkarens personliga preferenser. Accepterar man inte denna grundpremiss, och således att en oklarhet avseende avtalets innehåll *legitimt* kan undanröjas genom tolkning, kommer den praktiska tolkningsargumentationen, så som den av hävd gestaltar sig, att te sig som en tom charad: domstolspraxis i tolkningsfrågor kan avfärdas med en axelryckning, äldre tiders utläggningar på tolkningstemat blir obegripliga övningar i "metafysik" och avståndet till andra rättsordningar blir oöverbyggligt. Till råga

[1693] Med en fras som Lindblom använder i en av sina analyser av den funktionalistiska processrättens grundbegrepp (Lindblom, Processens arkitektur s 226): Vi har "hamnat ute i de bottenlösa träskmarker där s k subjektiva rekvisit döljer sig under gungflyet".

på allt löser man, på det teoretiska planet, upp sin egen ståndpunkt i tomma intet – för om allting är objektivt, och ingenting subjektivt, upphör ordet "objektivt" att ha någon egentlig innebörd.

Den lösning på problematiken, som jag vill ställa i utsikt, ligger naturligtvis i att på denna punkt ge upp objektivismen. Endast så, förefaller det mig, kan avtalstolkningens subjektiva dimension åter bli begriplig. Nej, det är inte omöjligt att veta vad parterna egentligen har velat med sitt avtal. De har velat just det som de givit uttryck för – frågan är bara vad det betyder, det vill säga hur deras avtal rätteligen skall tolkas. Och att tolka avtalet är inte att spekulera kring beskaffenheten av parternas sinnestillstånd vid tiden för avtalsslutet – kring vilka innebörder som på något sätt faktiskt föresvävat dem – utan det är att försöka ta deras text på allvar, och avlocka *den* svaret på den föreliggande tolkningsfrågan. Lyckas försöket kan avtalstolkaren tala om för parterna vad deras överenskommelse verkligen innebär, med avseende på den aktuella problematiken, och således också vilken gemensam avsikt som i detta hänseende kommer till uttryck i texten. Det har *ingenting* att göra med de mentala processer som må ha försiggått i parternas inre under förhandlingarna. Sen när började "mentala processer" påverka innehållet i konkreta språkliga uttryck? Det är helt enkelt inte på grundval av kunskap om sådana processer som vi drar våra slutsatser om andras tankar, syften och avsikter. Det sätt på vilket vi i avtalsrätten använder uttryck som "den gemensamma partsavsikten" visar detta med önskvärd tydlighet. Och det avtalsrättsliga språket är helt i sin ordning.

11.3.4 Var går gränsen mellan tolkning och utfyllning?

Den som är benägen att underkänna den mekanism som har genererat distinktionen mellan tolkning och utfyllning, borde inte kunna ställa frågan hur tolkningen *egentligen* skiljer sig från utfyllningen. Utan sin underliggande princip kommer orden "tolkning" och "utfyllning" att sakna bestämd innebörd, och frågan blir – kan man tycka – meningslös. Men vi måste besinna oss över, att det finns *flera* tolkningsbegrepp, såtillvida som uttrycket "tolkning" har flera användningar, och att det tolkningsbegrepp, som bestäms genom den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning, bara är ett av dessa (tolkningen som utfyllningens motsats). "Avtalstolkning" är till exempel namnet på en i praktiken oerhört betydelsefull juridisk *argumentationsform*, som är förhållandevis välavgränsad och lätt att känna igen. Det rör sig om ett förfa-

rande, genom vilket man kan besvara vissa typer av rättsliga frågeställningar, sådana som dessa: "Är detta ett tredjemansavtal?"; "Har skriftform avtalats?"; "Vilken verkan har denna integrationsklausul?"; "Har säljaren utfäst att varan skall vara av viss beskaffenhet?". Men den avtalstolkningsfråga man först kommer att tänka på är naturligtvis den direkta tolkningsfrågan: "Hur skall detta avtal förstås?"

Det måste stå klart, att avtalstolkning i denna senare bemärkelse – avtalstolkning som praktik, eller som "argumentationsform" – bedrivs alldeles oberoende av hur den akademiska debatten kring "den traditionella distinktionen mellan tolkning och utfyllning" faller ut. Tolkningen kan vara "faktisk", "rättslig" eller vad man vill – det lär inte i nämnvärd utsträckning påverka domstolarnas sätt att använda tolkningsargumentationen. Nu kan man alltså fråga sig, hur avtalstolkningen skall avgränsas *i praktiskt hänseende*. När tolkar man, och när gör man det inte?

Svaret borde bli, att avtalstolkningen får sina gränser *på samma sätt som varje annan juridisk argumentationsform*. Valet mellan avtalstolkning och till exempel jämkning enligt 36 § AvtL skiljer sig principiellt sett inte från valet mellan vilka två till varandra gränsande rättsliga argumentationsformer som helst. Står valet verkligen mellan tolkningsläran och 36 § AvtL gäller det antagligen att försöka komma tillrätta med ett avtalsinnehåll som åtminstone *prima facie* ter sig orimligt. Såväl avtalstolkning som jämkning kan användas i detta syfte – frågan är nu vilken metod som bäst gör den aktuella problemsituationen rättvisa. Rimlighetshänsyn har en plats i tolkningsargumentationen när det är möjligt att välja ett tolkningsresultat framför ett annat, emedan det framstår som så pass mycket rimligare (och därför får antas vara avsett). Är det emellertid inte oklart vad avtalet innebär, är tolkningsvägen stängd för oss, och vi har att hantera orimligheter i avtalet till exempel genom jämkning. Det ena alternativet utesluter det andra. Vi får lika litet fingera oklarhet i avtalet för att få tillgång till avtalstolkningsargumentationen, som vi får fingera entydighet i syfte att få tillgång till jämkningsmöjligheten (och det antyder, att den välbekanta distinktionen mellan "dold" och "öppen" innehållskontroll bör tas med en nypa salt).

I valet mellan de argumentationsformer som den rättsliga diskursen tillhandahåller, står rättstillämparen ytterst sett ensam inför omständigheterna i det enskilda fallet. Valet är på inga sätt godtyckligt, men det kan för den skull inte avgöras genom någon form av test. Säger vi till exempel, att vi i ett specifikt fall valde tolkningsvägen *därför att* under-

laget gav stöd för antagandet, att det fanns en faktisk partsavsikt med avseende på den omtvistade frågan, så är det redan en tillämpning av avtalstolkandets argumentationsformer, och därtill ett sätt att förutskicka slutsatsen i tolkningsfrågan.

Var går gränsen mellan tolkning och utfyllning? (Här får vi komma ihåg, att tolkning också gränsar till annat än utfyllning, såsom till jämkning, och till reglerna om avtalsslut, fullmakt och ogiltighet.)

Skall frågan besvaras abstrakt kan man inte göra annat än att hänvisa till respektive argumentationsforms struktur och innehåll. Den traditionella distinktionen framstår i detta sammanhang som högst skissartad och i flera avseenden missvisande. Visserligen riktar den uppmärksamheten mot de individuella omständigheterna i fallet – att dessa hamnar i fokus är nödvändigt när det handlar om tolkning – och den anvisar ett sätt att förstå avtalets innehåll som ett utflöde av avtalsfriheten. Samtidigt skymmer den till exempel det förhållandet att avtalets regler *tillämpas* när de tolkas, och att den utfyllande rättens regler kan behöva *tolkas* för att kunna tillämpas. För att inte tala om det faktum att den bygger på en logik som reducerar tolkningen till en sakfråga.

Skall frågan, var gränsen mellan tolkning och utfyllning går, besvaras konkret, har man att efter eget omdöme avgöra hur långt tolkningsunderlaget bär.

11.4 Slutord

Min slutsats – kalla den en lära den som vill – blir att åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning inte kan grundläggas, utan endast *vårdas*. Det traditionella sättet att definiera gränslinjen måste avfärdas såsom varandes en anakronism. Föreställningen om ett faktiskt, egentligt, avtalsinnehåll fungerar dåligt *som demarkationskriterium*. Men för den skull ser jag ingen anledning att vitsorda den strängt objektiviserande analys som förvandlar all tolkning till rättstillämpning och rättspolitik. Försåvitt vi trott att det finns en stabil grund för vår reflexmässiga strävan att underkänna all tolkningsargumentation som låter sig stämplas som subjektivistisk, har vi ägnat oss åt självbedrägeri. Skall vi göra det avtalsrättsliga språket rättvisa duger ingen polariserande tolkning av förhållandet mellan subjektiva och objektiva element i avtalsrätten. Som vårt språk är inrättat vetter avtalsrätten helt enkelt åt det faktiska – åt

partsviljan, situationen vid tidpunkten för avtalsslutet och allt annat som den "moderna" avtalsrätten velat frigöra sig från.

För att se detta klart, tar man lämpligen sin utgångspunkt i det förhållandet att också avtalet är en text. Avtalet är en text, en rättslig text, som innehåller regler som skall tillämpas på en uppkommen problematisk situation. Det som skiljer tolkning och tillämpning av avtal från tolkning och tillämpning av andra rättsliga texter är det begränsade urvalet av tolkningsdata. Avtalstolkaren är hänvisad till de individuella omständigheterna i fallet. Den norm som skall läggas till grund för avgörandet hämtas i den mån det är möjligt därifrån, inte från rättssystemet i övrigt. Endast så kan parternas avtalsfrihet respekteras.

Vi är inte förpliktade att konstatera förhandenvaron av ett medvetet ställningstagande – hos parterna, vid avtalets tillkomst – till den situation som givit upphov till tvisten, för att kunna åberopa partsviljan. Tvärtom. Tolkningen börjar först när det är oklart vad parterna faktiskt avsåg. I brist på en entydig och konstaterbar viljeyttring måste avtalet tolkas, och när vi gör det respekterar vi parterna som lagstiftare, snarare än som rättstillämpare. Det är *avtalstolkarens* uppgift att avgöra vad som ligger i de normer parterna uppställt mellan sig. Och när det inte går, får vi falla tillbaka på de regler och principer som rättsordningen tillhandahåller. Såtillvida är det riktigt att det är skillnad på tolkning och utfyllning, och så kan vi säga, att tolkningen utspelar sig *i spannet mellan fakta och rätt.* Följer gör också att tolkningen och tillämpningen av avtalet lika litet (och lika mycket) handlar om bevisvärdering, som tolkningen och tillämpningen av den utfyllande rätten. *I denna mening* är tolkningen exakt lika juridisk som utfyllningen. Det skall till en övertygad realist för att tro någonting annat.

Summary

Interpretation and Construction

Investigations into a Theme of Contract Law Theory

In the early beginnings of the twentieth century, law was turning modern – as was, more or less, every other part of Western culture. For *contract law,* this turn entailed, first and foremost, a rejection of "the will theory of contract". That is, at any rate, how the story goes – and as soon as one accepts this widespread view of things, the advent of modern contract law takes on a special significance.

Generally speaking, what law was turning away from at that point – and this holds for Scandinavian law in particular – was the highly developed system of the German *Professorenrecht,* a system that overshadowed much of Western legal thought throughout the nineteenth century. The superficial traits of German nineteenth century law are well known – that is to say, since Modern law understands itself as, among other things, the resultant of the overcoming of pre-modern German law, it has kept a certain picture of what law of that particular origin was like, and we know it well. According to this picture, law in nineteenth century Germany was abstract, formalistic, conservative, overly complex and metaphysical. In short, it is made out to have been all the things Modern law prides itself on *not* being.

Let us focus on the metaphysics. It is generally assumed that nineteenth century German private law rested on the teachings of the great idealistic philosophers, i e, Kant, Fichte, Hegel et al. Certainly, there is *some* truth to that. The distance separating the respective academic cultures – that of law and that of philosophy – was evidently not unbridgeable. All the major figures in the idealistic tradition wrote on law, and the likes of Savigny and Jhering were well versed in philosophy. The principles of the private law found in Savigny's *System*, or, more generally, in the *Pandektenrecht* that was derived from it, can hardly be *deduced* from the philosophy of the time, but it is nonetheless safe to say, that the

law stemming from Savigny's writings was animated by *the same spirit* as idealistic philosophy – and the structural similarities are in plain sight, for all to see. Both systems are academic constructions centred around certain concepts, the most fundamental of which is that of *autonomy.* From this concept the others are inferred ("transcendentally", or otherwise). For instance, since autonomy is regarded as the basis of law *(Recht)*, in any given case the choice of the individual is required to be consistent with the freedom of everyone, and a legally valid transference of property can only result from the united will of transferor and transferee, i e, from a *contract.* Here, law and philosophy are easily construed as aspects of one and the same culture – that of nineteenth century Germany.

By the 1870's the tide was turning. The once imposing idealistic philosophy lay in ruins, its power long spent in the squabbling of the various post-Hegelian schools. German intellectuals, longing for the robustness of physical reality, and seemingly bored with abstract speculation, now called out for certainty and rigour of reasoning, thus heralding an age of naturalism, positivism and scientism that was to last well into the next century. In law, this shift eventually effected a dramatic transformation of the discursive landscape. From this point on, legal thought was ever to be structured around the debates incited by the *realist* challenge to traditional jurisprudence. The rhetorical logic ensuing from these debates – a logic that forces the argument into certain distinctive dichotomies (law/reality, form/substance, subjective/objective, internal/external, private/public and so on and so forth – beyond these categories, no Modern legal thinking can subsist) – dominated not only the philosophy and theory of law, but also, to a large extent, the more mundane practice of doctrinal legal scholarship *(Rechtsdogmatik).* For instance, in contract law, it now seemed necessary to question the very idea that the limits of the contract, in so far as validity is concerned, must be subject to the free will of the parties. Is there any *substance* to the classical autonomy-based forms of argument? This question lies at the heart of Modern contract law – not only in German law, but in all the Western legal systems.

Twentieth century Scandinavian contract law is a case in point. Ideologically, it has its roots in the lively Danish debates on central contract law issues of the late nineteenth century. The participants of these debates (N Lassen, Goos, Møller, Munch-Petersen, Bentzon and others) were generally bent towards realism, approved of the late works of Jhering

and preferred objective standards over inquires into subjective facts, and the Scandinavian Contract Acts from the beginning of the twentieth century (they are still in force) were largely based on the insights of these scholars. Most important among the dogmatic principles that were inscribed into the conceptual matrix of Scandinavian contract law at this time – at the very birth of the subject – was the principle of reliance *(tillitsprincipen)*, which follows *e contrario* from the first paragraph of Section 32 of the Contract Act. But there were others, among them the specific object of this inquiry, namely the distinction between *interpretation* and *construction* of contracts.

This particular distinction was originally devised as a critique of the idea – typical of German nineteenth century contract doctrine – that the content of the contract is to be ascertained through interpretation of the contract text, thus revealing the common intention of the parties. Apparently, the intention as such was regarded as the source of the rights and duties ascribed to the parties by the interpreter, even when the conclusions clearly lacked any base in the actual facts of the individual case, and thus had to be arrived at *ex hypothesi,* with reference to, e g, the manifest reasonableness of the terms implied (so called *naturalia negotii*). Now, in the eyes of some of the Danish "realist" scholars, this line of reasoning obviously relied on a fiction. Whenever the terms of the contract in this way are supplied by the judge, with reference to the "natural" or the "reasonable", he or she is in fact not interpreting the contract *(tolkning)*, but constructing its content, and thus filling a gap left by the parties *(utfyllning)*.

At first, this distinction did not achieve general support. None of the members of the greatly respected committee behind the Contract Act (often regarded as the founding fathers of Scandinavian contract law) endorsed it. J Lassen, the most famous Danish representative, gave the distinction some support, but only half-heartedly and only after having been reproached by the realist scholar Bentzon. The most distinguished member of the Norwegian committee, Stang, being convinced that it lacked susbstance, expressly distanced himself from the distinction between interpretation and construction – though in his later years he incorporated it into his own terminology in order to accommodate himself to the majority opinion of the times. Finally, the celebrated Swedish representative, Almén, never directly touched upon the subject, and in

fact, he showed the distinction in question little or no respect in his own writings on contract law.

However, in the dogmatics of Ussing – by far the most influential Danish private law scholar of the following generation – the once controversial distinction between interpretation and construction hardened into an axiomatic fact. In its now canonical form, the distinction makes its first appearance in the first edition of Ussing's textbook on contract law ("Aftaler"), published in 1931. On Ussing's view, as propounded in this particular text, there was good reason to substitute the dichotomy between interpretation and construction of contracts for the older concept of interpretation, considering that *the actual practices in fact are different.* Interpretation, he says, is the activity of determining the *meaning* of the declaration of will under scrutiny. The interpreter's task is to find out what the parties in the individual case as a matter of fact have declared. Interpretation is essentially an unjuridical activity, in that it requires the use of disciplines such as linguistics, psychology and logic. Construction, on the other hand, relies on general rules, which can only be established through the use of legal methods. The activity of construction is juridical and no different from any other juridical activity – even though it is impossible to draw the line between interpretation and construction with any precision. All this according to Ussing.

The doctrine of interpretation and construction developed by Ussing was very much in chime with the times. In the sciences, by 1931 the scientistic and naturalistic tendencies that were spawned in the 1870's (or so) had culminated in full-blown Modernism. There were some international influences, to be sure – for instance, the young Ross (later to become a renowned proponent of "Scandinavian Legal Realism") as well as some others, including the Swedish scholar Undén, were influenced by the Austrian legal philosopher Kelsen – but Scandinavian legal theory in general (and Swedish legal theory in particular) was at this time more or less dominated by its own indigenous version of modernistic jurisprudence, in the shape of the so called Uppsala School of jurisprudence, a set of doctrines defended by the jurists who followed the philosopher Hägerström.

The legal thought of this school was distinguished by an unforgiving scientism. If law is ever to become a science (in this era, the *un*scientific character of traditional jurisprudence was pretty much beyond debate) the nonsensical concepts of the existing law must be replaced, it was

held, with concepts that are grounded in the actual reality that the legal system is set to deal with. For every legal concept there must be a corresponding class of objects in our social reality. For instance, since there *are no rights* – as a matter of empirical, social, fact – the concept of rights have no place in legal thought, and the corresponding term must be discarded from the legal idiom. To speak of rights is to indulge in the worst kind of *metaphysics* (and "metaphysics" is now the opposite of "science").

The key concepts of the older paradigm merited special attention, and among them were, needless to say, *the concept of will* (or intention) – *der Willensbegriff* (German) or *viljebegreppet* (Swedish). The only kind of will that is *real*, in the sense that mattered to the members of the Uppsala School, is the factual phenomenon studied in psychology. Now, under this premise, quite a few of the propositions of classical jurisprudence becomes preposterous. For instance, what are we to make of the proposition that law as such is to be understood as the expression of the will of the sovereign (or, for that matter, of the people)? Obviously, the particular legal rules that at any given time follows from the traditional sources of law, have in fact never been willed by any real, by empirical means identifiable, subject. The Legislator is clearly an abstraction, a fiction. Hence, no *scientific* explanation of legal phenomena can involve that entity. (And this analysis, if correct, would deprive most versions of legal positivism in circulation at the time of their scientific status.)

Interestingly enough, this reductive, scientistic, approach to the concept of will renders the *concept of interpretation* more or less obsolete – at least on the level of general legal theory. If law no longer is to be about intention, interpretation can no longer be the principal method of finding law. Not, in any case, as long as interpretation is understood in the way it was always understood by legal hermeneutics, i e, as a technique for reproducing the thought behind the words of the law-text. In fact, it is a prerequisite for the coming into force of Modern law that the concept of interpretation is stripped of its value in this manner. The Modern lawyer has no business with the past. He acts in the present, and gazes into the future – his rulings guided, in the final analysis, not by the text in fact concerned, or, for that matter, by the lore of jurists long gone, but by considerations of *function* and *policy*. "General propositions do not decide concrete cases," as O W Holmes would have it. Thus – with the devaluation of the concept of interpretation – the social engineer replaces the scholar, as far as law is concerned.

At the level of contract law doctrine, the concept of interpretation fared slightly better. The contracting parties are certainly not mere figments of an overactive jurisprudential imagination, and they *do* express their intentions – some way or another – by performing the acts that in a given case will result in the ascription of contractual responsibility. Generally speaking, there is intention wherever there is action (and legal science have been alert to the exceptions to this rule since the dawn of Western culture – insanity, sleep walking, intoxication etc). From a realist standpoint, then, the intention of the contracting parties is real in a sense in which the intention of the Legislator is not, and it is, *a fortiori,* possible to make the subjective dimension of contract interpretation intelligible, even within the confines of the realist paradigm. Realist contract doctrine can allow for the interpretation of contracts, construed of as a process of uncovering the intention of the parties, providing that, in the individual case, such an intention *does in fact exist.* Interpretation is now a matter of ascertaining facts (and this is to be understood in a rather strict, radical, sense).

Realist logic splits the traditional concept of interpretation into a dichotomy, which, it is well worth noting, corresponds to the *fact/value-dichotomy* (early twentieth century thought, including that of the Uppsala School, revolved around this later construct). The use of the term "interpretation" is to be restricted to the *factual* side of the fact/value divide – and that which is not "interpretation" consequently takes on a *normative* character. To be scientific about interpretation is – if we are to follow the quick recipe for science suggested to us by realism – to isolate the normative elements in the analysis of the legal discourse on interpretation.

It is patently clear that the dismissive attitude towards the concept of intention that signifies realist thinking resonates well with the Scandinavian law distinction between interpretation and construction of contracts. The 1930's saw the heyday of the Uppsala School, and Ussing, himself a realist theorist of sorts, was very conscious of the theoretical needs of his age. In his version of the distinction between interpretation and construction – the distinction of the late nineteenth century debates reinforced, as it were, with the somewhat brutal ontology of the realists – the truth of the times is brought to the language of contract law. Ussing's distinction is to be regarded, first and foremost, as a call for scientific purity.

Soon enough the insights of Ussing turned into doctrine, even in his own writings. Many Scandinavian law scholars took up the habit of rehearsing Ussing's version of the distinction between interpretation and construction, and with every rehearsal the apparent need to think the distinction through lessened. This transition, from perceptive observation to oft recited fact, is emphasised by the sudden loss of influence of the Uppsala School during the years of WWII. The stage was set for the long reign of *analytical jurisprudence*, and from this point on, the distinction between interpretation and construction, having had its theoretical roots severed, was to live on as an authoritative postulate.

The doctrine was at its most successful in the Swedish contract law debates of the 1950's and the early 1960's. It was favoured by the influential private law scholar Karlgren (who thought very highly of Ussing) as well as by the talented contract law specialist Vahlén. Another sign of its success was its integration into the procedural law dogmatics of Ekelöf, the leading scholar in the field. Ekelöf, a follower of Hägerström, had developed a general theory of adjudication that probably ranks as the single most significant contribution to Swedish legal theory during the second half of the last century. In this theory of Ekelöf's – and this is of critical importance – interpretation is understood to be a strictly factual inquiry, in a way that mirrors the naturalistic understanding of the concept of interpretation underlying Ussing's distinction between interpretation and construction.

For a time, the distinction between interpretation and construction served as the principal means for analysing the conceptual problems of contract law. Much owing to this fact, the distinction is still part of Swedish contract law jargon. In the works of the traditionalist scholar Lehrberg, who follows in the steps of Ekelöf, it is even accorded a hitherto unprecedented status.

However, as can be surmised from the above, the distinction between interpretation and construction of contracts has now become a source of theoretical confusion. The question *why* we are to adhere to this distinction cannot be readily dealt with, given the premises of the present day theoretical structure of Swedish private law, and neither can the question *how*, in practice, we are to see the distinction through. On this point, our own tradition has become more or less unintelligible to us. Swedish contract law doctrine of the twenty-first century is first and foremost *pragmatic* and *functionalistic*. Hence, to most modern Swedish private law scholars,

it makes very little sense to align the concepts of interpretation, contract and intention in the rather rigid way of the traditional distinction between interpretation and construction. Still, given the prevailing lack of interest in theoretical issues, we have had no real means of reconstructing our contract law doctrine. There have been some attempts, notably by the celebrated professor Grönfors, but as of this day, Swedish contract law doctrine has not been able to move beyond the fundamental contradiction that defines the relation between interpretation and construction. The distinction is made for us, by dictate – being, as it is, cemented into our language – and the reasons that once sustained it have been irrevocably lost. We cannot escape our own terminology, yet we know that tradition in itself is no argument. We are, it would seem, destined to affirm the validity of the distinction between interpretation and construction while cursing it under our breath.

In the present study, I attempt to lift the confusion surrounding the traditional distinction between interpretation and construction in Scandinavian, and particularly in Swedish, contract law. Drawing on the Kantian tradition, and especially on the writings of Wittgenstein, I deploy a descriptive, *critical,* strategy. Basically, the argument, which runs through the entire length of the thesis, consists of a series of re-enacted discursive events, or descriptions of such events. Again and again, the reader is invited to confront the conceptual problem at hand with *that which is given,* i e, the actual facts of the relevant discursive practices. The chief technique employed is that of directing the attention of the reader to that which is obvious, and therefore easily neglected. (Thinking in abstract terms comes easy, but it is hard to *see.*) The main focus of interest here lies on the formation of the conditions under which the distinction between interpretation and construction is presently understood. The text is, in other words, concerned with the *genealogy* of the concepts involved – the concepts of interpretation, construction, intention, rights, and some others. As it turns out, the history of these concepts appears to be organised around a common theme, namely the relation between law (norm) and reality (fact). This relation is, moreover, crucial to the way in which Swedish private law currently understands itself. In order to understand the distinction between interpretation and construction, we must, I argue, consider the role this distinction had to play in the genesis of our private law. Are we to reach such an understanding, we are required to do exactly that which we, by virtue of

being Modern, are least inclined to do: We are required to turn to the past, to *remember,* and to some extent accept the dominion of the past over the present. Should we succeed in this, we would be forced to re-evaluate our realist heritage, and we would once again be free to question the relation between law and reality. To be more specific – should my investigations have the desired effect, it would be possible to think of the intention of the contracting parties as something that is not necessarily a mental phenomenon, an empirical fact, in principle (but hardly in practice) possible to establish by means of scientific methods. Once freed of the shackles of the unreflecting realist understanding of intention, present day lawyers would be able to turn to the law-text with an open mind, with sincerity, and with curiosity. It is a manifest fact that courts rely on subjective tests when interpreting contracts. It is a manifest fact that the concept of contract utilised in our national legislation, in international principles, conventions and recommendations, as well as in the current process of European harmonisation, depends on the idea of a common intention of the contracting parties. Perhaps we are wrong to out of hand dismiss the subjective elements of the extant contract law language. Perhaps we should be a little less sure of ourselves, and a little more anxious. That is, anyway, what I am suggesting.

Källförteckning

Offentligt tryck

NJA II 1915 nr 5.
Prop. 1994/95:17.

Litteratur

Aarnio, A, Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1997.

Abrams, K, The Unbearable Lightness of Being Stanley Fish. Stanford Law Review. Vol 47, 1994–95 s 595 ff.

Adams, D, The Ultimate Hitchhiker's Guide: Five Complete Novels and One Story. New York 2005.

Adlercreutz, A, Avtalsrätt I, 12 uppl. Lund 2002.

– Avtalsrätt II, 1 uppl. Lund 1967.

– Avtalsrätt II, 5 uppl. Lund 2001.

– Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis. Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 2. Högsta domstolen och civilrätten. Rättshistoriska studier, 17 bandet s 1 ff. Lund 1990.

– Något om tolkning av bankgarantier. Festskrift till Kurt Grönfors s 1 ff. Stockholm 1991.

– Om avtalstolkning. SvJT 1990 s 578 ff.

Agell, A, Anm av Lehrberg, Avtalstolkning, SvJT 1995 s 746 ff.

– Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen. SvJT 1972 s 721 ff.

– Äktenskap Samboende Partnerskap, 3 uppl. Uppsala 2004.

Ahlander, B, Om rätt och rättstillämpning. Stockholm 1952.

– Teoretiska satser och "förslagssatser" inom juridiken. TfR 1948 s 511 ff.

– Är juridiken en vetenskap? Stockholm 1950.

Allen, R J, Pardo, M S, The Myth of the Law-Fact Distinction. Northwestern University Law Review. Vol 97, 2002–03 s 1769 ff.

Almén, T, Om köp och byte av lös egendom, 3 uppl. Förra delen, omfattande §§ 1–41. Stockholm 1934.

van Alstyne, L, The autonomy of legal norms. Segerberg-Sliwinski (ed), A philosophical smorgasbord. Essays on action, truth, and other things in honour of Frederick Stoutland s 335 ff. Uppsala 2003.

Andersson, H, Anm av Taxell, Avtalsrätt. Bakgrund – sammanfattning – utblick. SvJT 1998 s 379 ff.
– Anm av Schultz, Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation. SvJT 2007 s 466 ff.
– Barthesianska meditationer. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s 71 ff. København 2003.
– Constructive Deconstruction. A Test of Postmodern Legal Reasoning: The Example of Third Party Losses on the Borderline between Tort Law and Contract Law. Anglo-Swedish Studies in Law s 356 ff. Uppsala 1999.
– Diversity and Unity: In search of a Pluralistic View on Problems in Tort Law. Scandinavian Studies in Law, vol 41. Tort Liability and Insurance s 11 ff. Stockholm 2001.
– Ekonomisk-ideell skada. Nybrott og odling. Festskrift till Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002 s 7 ff. Bergen 2002.
– Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum? JT 2000–01 s 897 ff.
– Kausalitetsproblem – kausalitet eller problem? Festskrift till Anders Agell s 19 ff. Uppsala 1994.
– Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet. JFT 2000 s 22 ff.
– Likhetsargumentation – analogi och metamorfos. Festskrift till Åke Frändberg s 13 ff. Uppsala 2003.
– Omgivningsrekvisitet i miljöskaderätten – funktionell rumsbestämning och begreppskonstruktion. PointLex, oktober 2003.
– Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen. Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W Dufwa s 53 ff. Stockholm 2006.
– Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion. Gräns, M, Westerlund, S (red), Interaktiv rättsvetenskap. En antologi s 11 ff. Uppsala 2006.
– Rätt och fel ... och "fel" på "rätt" sätt. Rättsdiskursens relevans för bedömningen av rättsliga bedömningar. PointLex, juli 2003.
– Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början. Familjerättsliga studier. Vänbok till Åke Saldeen s 25 ff. Uppsala 2003.
– Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser. Uppsala 1993.
– Strikt ansvar – olika problemformuleringar och argumentationssätt. Bonus Pater Familias. Festskrift till Peter Lødrup s 49 ff. Oslo 2002.
– 24 preludier utan fuga – Stilövningar samt förberedande tankar om den glada vetenskapen. Asp-Nuotio (red), Konsten att rättsvetenskapa. Den tysta kunskapen i juridisk forskning s 15 ff. Uppsala 2004.
Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation – utifrån exemplet upphovsrättshavarens ställning i konkurs. SvJT 2006 s 437 ff.
– Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants". SvJT 2005 s 522 ff.
Anscombe, G E M, A Theory of Language? Block, I, (ed) Perspectives on the Philosophy of Wittgenstein s 148 ff. Oxford 1981.

Apel, K-O, Etik och kommunikation. Göteborg 1994.
Aristoteles, De interpretatione. Om sofistiska vederläggningar. Stockholm 2000.
Arnholm, C J, Avtalerettslige spørsmål. SvJT 1955 s 316 ff.
– Fra diskusjonen om rettighetsbegreppet. TfR 1961 s 117 ff.
– Noen metodologiske betraktninger. SvJT 1952 s 505 ff.
– Omkring rettshandelsteorien s 368 ff.
– Privatrett I. Almindelig privatrett. Oslo 1964.
– Privatrett II. Avtaler. Oslo 1964.
Askeland, B, Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning. Jussens Venner 2003 s 8 ff.
Asp, P, EU och straffrätten. Uppsala 2002.
Atiyah, P S, An Introduction to the Law of Contract, 5th ed. Oxford 1995.
– Essays On Contract. Oxford 1990.
– The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979.
Augustine, Confessions. Books ix–xiii. Cambridge, Massachusetts-London 1912.
Austin, J L, How To Do Things With Words. Oxford-New York 1976.
Barak, A, Purposive Interpretation in Law. New Jersey 2005.
Barthes, R, Criticism and Truth. Translated and edited by Katrine Pilcher Keuneman. London-New York 2004.
– Kritiska essäer. Lund 1967.
Bearsley, P, Augustine and Wittgenstein on Language. Philosophy. Vol 58, 1983 s 229 ff.
Bengtsson, B, Om civilrättens splittring. Festskrift till Kurt Grönfors s 29 ff. Stockholm 1991.
– Om rättsvetenskapen som rättskälla. TfR 2002 s 14 ff.
– Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor. Stockholm 1960.
Benson, P, Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory. Cardozo Law Review. Vol 10, 1988–89 s 1077 ff.
– The Expectation and Reliance Interest in Contract Theory: A Reply to Fuller and Perdue. Issues in Legal Scholarship 2001, article 5.
– The Idea of a Public Basis of Justification for Contract. Osgoode Hall Law Journal. Vol 33, 1995 s 273 ff.
– (ed), The Theory of Contract Law. New Essays. Cambridge 2001.
– The Unity of Contract Law. Benson, P (ed), The Theory of Contract Law. New Essays s 118 ff. Cambridge 2001.
Bentzon, V, Almindelig Retslære, 2 udg ved Vinding Kruse. København 1916.
– Begrebet Vis maior i romersk og nordisk Ret. Kjøbenhavn 1890.
– Noter til Privatrettens almindelige Del. Kjøbenhavn 1898.
Bergmann, G, Logical Positivism, Language and the Reconstruction of Metaphysics. Rorty, R M (ed), The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays s 63 ff. Chicago-London 1992.

Bergo, K, Høyesteretts forarbeidsbruk. Oslo 2000.
– Tekst og virkelighet i rettskildelæren. Oslo 2002.
Bergström, S, Rättshistorien och civilrätten. Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg s 19 ff. Stockholm 1977.
Bernitz, U, En europeisk civillag? Aktuell utveckling och svensk hållning. JT 2003–04 s 503 ff.
– Kontraktsrätten, särskilt frågan om användning av standardavtal. SvJT 2001 s 300 ff.
– Standardavtalsrätt, 6 uppl. Stockholm 1993.
– Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I. Standardavtalen i rättstillämpningen. SvJT 1972 s 401 ff.
Bix, B, HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. SMU Law Review. Vol 52, 1999 s 167 ff.
– Law, Language and Legal indeterminacy. Oxford 1995.
Bjarup, J, Axel Hägerströms filosofi, värdenihilism och rättspositivism. JT 2004–05 s 25 ff.
– Epistemology and Law according to Axel Hägerström. Scandinavian Studies in Law, vol 29 s 11 ff. Stockholm 1985.
– Reality and Ought. Hägerström's Inaugural Lecture Re-examined. Aarnio, A, Alexy, R, Bergholtz, G (ed), Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997 s 79 ff. Lund 1997.
Björkdahl, E P, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Uppsala 2007.
Björling, C G, För vilka avtal är anbudet bindande enligt avtalslagens första kapitel? SvJT 1916 s 353 ff.
– Rättsvetenskaplig forskning – eller enbart sanningsförkunnelse? SvJT 1924 s 425 ff.
Björne, L, Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III 1871–1910. Lund 2002.
– Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del I. Lund 1995.
Black, M, Russell's Philosophy of Language. Rorty, R M (ed), The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays s 136 ff. Chicago-London 1992.
Blackwell, K, The Early Wittgenstein and the Middle Russell. Block, I (ed), Perspectives on the Philosophy of Wittgenstein s 1 ff. Oxford 1981.
Blandhol, S, Hva er pragmatisme? TfR 2005 s 491 ff.
– Juridisk ideologi. Alf Ross' kritikk av naturretten. København-Oslo 1999.
– Nordisk rettspragmatisme. Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode. Köpenhamn 2005.

Blume, P, Kritisk retsteori. Et blik tilbage og et blik frem. Retfærd nr 113, 29 årgang (2006) s 58 ff.
– Rettens veje og vildveje – et bidrag til retsteorien. København 2007.
Bogdan, M, Rekviem över Letters of Comfort. Festskrift till Jan Ramberg s 71 ff. Stockholm 1996.
Bolding, P O, Bevisbördan och den juridiska tekniken. Uppsala 1951.
– Juridik och samhällsdebatt. Stockholm 1968.
– Skiljeförfarande och rättegång. Stockholm 1956.
Boström, V, Tolkning av testamente. Umeå 2003.
Boucht, J, Teaching Legal Theory in Universities of Helsinki and Warwick – a Comparative Reflection. Oikeus 2001 s 241 ff.
Braucher, J, The Afterlife of Contract. Northwestern University Law Review. Vol 90, 1995–96 s 49 ff.
Broekman, J M, Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State. Teubner, G (ed), Dilemmas of Law in the Welfare State s 76 ff. Berlin-New York 1986.
Brooks, R O, Murphy, J B (ed), Aristotle and Modern Law. Aldershot 2003.
Brownsword. R, After *Investors*: Interpretation, Expectation and the Implicit Dimension of the 'New Contextualism'. Campbell, D, Collins, H, Wightman, J (ed), Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational, and Network Contracts s 103 ff. Oxford-Portland, Oregon 2003.
– Contract Law. Themes for the Twenty-First Century. London-Edinburgh-Dublin 2000.
Brownsword, R, Howells, G, Wilhelmsson, T (ed), Welfarism in Contract Law. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1994.
Brudner, A, Reconstructing Contracts. The University of Toronto Law Journal. Vol 43, 1993 s 1 ff.
Brüggemeier, G, m fl, Social Justice in European Contract Law: A Manifesto. European Law Journal. Vol 10, 2004 s 653 ff.
Bryde Andersen, M, Grundlæggende aftaleret, 2 udg. København 2002.
– Ret og metode. København 2002.
Bucher, E, Zum Thema "faktische vertragsverhältnisse" – Besprechung über Peter Lambrecht ("Die Lehre von faktischen vertragsverhältnis"). Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1996 s 715 ff.
Buckley, F H (ed), The Fall and Rise of Freedom of Contract. Durham-London 1999.
Bull, T, Diskriminering och dekonstruktion: Om positiv faderskapstalan. TfR 2000 s 693 ff.
– Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA. Uppsala 1997.
Butler, J, The Scaffolding of Russell's Theory of Descriptions. The Philosophical Review. Vol 63, 1954 s 350 ff.

Byrd, S, Kant's Theory of Contract. Timmons, M (ed), Kant's Metaphysics of Morals. Interpretative Essays s 111 ff. Oxford-New York 2002.

Byrd, S, Hruschka, J (ed), Kant and Law. Aldershot 2006.

– Kant on "Why Must I Keep My Promise?" Chicago-Kent Law Review. Vol 81, 2006 s 47 ff.

Cassirer, E, Axel Hägerström. Stockholm 2005.

– Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik. Berlin 1910.

Carnap, R, Der logische Aufbau der Welt, 2 Aufl. München 1998.

– On the Character of Philosophical Problems. Rorty, R M (ed), The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays s 54 ff. Chicago-London 1992.

Carroll, L, Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass. With Ninety-Two Illustrations by John Tenniel. New York-London-Toronto 1992.

Cavell, S, Excursus on Wittgenstein's vision of language. Crary, R, Read, R (ed), The New Wittgenstein s 21 ff. London-New York 2000.

Cerbone, D R, How to do things with wood. Wittgenstein, Frege and the problem of illogical thought. Crary, A, Read, R (ed), The New Wittgenstein s 293 ff. London-New York 2000.

Christensen, A, Förutsättningar och misstag. TfR 1973 s 311 ff.

Chydenius, W, Om tolkning af rättsärenden. Helsingfors 1909.

Cohen, F, Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review. Vol 35, 1935 s 809 ff.

Coing, H, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermenuetik. Köln-Opladen 1959.

Collins, H, The Law of Contract, 4th ed. London 2003.

– Methods and Aims of Comparative Contract Law. Oxford Journal of Legal Studies. Vol 11, 1991 s 396 ff.

– Regulating Contracts. Oxford 1999.

– The Transformation Thesis and the Ascription of Contractual Responsibility. Wilhelmsson, T (ed), Perspectives of Critical Contract Law s 293 ff. Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney 1993.

Conant, J, Elucidation and nonsense in Frege and early Wittgenstein. Crary, R, Read, R (ed), The New Wittgenstein s 174 ff. London-New York 2000.

Corbin, A L, Conditions in the Law of Contract. Yale Law Journal. Vol 28, 1918–1919 s 739 ff.

– The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule. Cornell Law Quarterly. Vol 50, 1964–65 s 161 ff.

Cox, P N, An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. Indiana Law Review. Vol 36, 2003 s 57 ff.

Crary, R, Read, R (ed), The New Wittgenstein. London-New York 2000.

Dahlman, C, Glader, M, Reidhav, D, Rättsekonomi. En introduktion, 2 uppl. Lund 2005.

Dalberg-Larsen, J, Dansk retsfilosofi. Udviklingslinjer og portrætter. København 2006.

– Retsvidenskaben som samfundsvidenskab. Et retsteoretisk tema i historisk og aktuel belysning. København 1977.

Dalton, C, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. The Yale Law Journal. Vol 94, 1985 s 997 ff.

Danz, E, Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 2 Aufl. Jena 1906.

Delldén, C O, Studie-plan för den Svenske Juristen. Juridiskt Arkif 1831–32 s 99 ff.

Derrida, J, Den andres enspråkighet. Göteborg 1999.

– Lagens kraft. "Auktoritetens mystiska fundament" Stockholm 2005.

– Marx spöken. Skuldstaten, sorgearbetet och Den nya internationalen. Göteborg 2003.

Deuntzer, J H, Kort fremstilling af Retssystemets navnlig Privatrettens almindelige Del (1ste Afsnit), 2 udg. Kjøbenhavn 1879.

Diamond, C, The Realistic Spirit. Wittgenstein, Philosophy and the Mind. Cambridge, Massachusetts-London 1991.

– (ed), Wittgensteins' Lectures on the Foundations of Mathematics. Cambridge 1939: from the notes of R G Bosanquet, Norman Malcolm, Rush Rees, and Yorick Smythies. Chicago-London 1976.

Dillon, J, Gergel, T (ed), The Greek Sophists. London 2003.

Dilthey, W, Das Wesen der Philosophie. Stuttgart 1984.

DiMatteo, L A, Contract Theory. The Evolution of Contractual Intent. East Lansing, Michigan 1998.

Domeij, B, Läkemedelspatent. Patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv. Stockholm 1998.

Doublet, D R, Hermeneutikken og rettsvitenskapen. TfR 1989 s 589 ff.

Douzinas, C, Goodrich, P, Hachamovitch, Y, Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies. The Legality of the Contingent. London-New York 1994.

Dummett, M, Frege. Philosophy of Language, 2nd ed. Cambridge, Massachusetts 1981.

Dworkin, R, Law's Empire. London 1991.

– Taking Rights Seriously. London 1978.

Eckhoff, T, Juss og samfunnsforskning. Festskrift till Per Olof Ekelöf s 207 ff. Stockholm 1972.

– Rettskildelære, 5 udg ved Jan E Helgesen. Oslo 2001.

Eckhoff, T, Sundby, N K, Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofin, 2 udg. Oslo 1991.

Eco, Umberto, Interpretation and history. Collini (ed), Interpretation and overinterpretation s 23 ff. Cambridge 1992.

Edlund, L, Civilrättsforskningens uppgifter – replik från en praktiker. SvJT 1992 s 418 ff.

Edwards, J C, The Authority of Language. Heidegger, Wittgenstein, and the Threat of Philosophical Nihilism. Tampa 1990.
– Ethics Without Philosophy. Wittgenstein and the Moral Life. Gainesville 1985.
Eftestøl-Wilhelmsson, E, Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn. En praktisk tilnærming til et teoretisk problem. Lov og Rett 2006 s 83 ff.
Edmonds, D J, Eidinow, J A, Wittgenstein och Popper – ett eldfängt möte mellan filosofer. Stockholm 2001.
Eisenberg, M A, The Emergence of Dynamic Contract Law. California Law Review. Vol 88, 2000 s 1743 ff.
– The Responsive Model of Contract Law. Stanford Law Review. Vol 36, 1984 s 1107 ff.
Eisner, W, Comics and Sequential Art. Tamarac, Florida 1990.
Ekeberg, B, Biografi över Henry Ussing, SvJT 1954 s 561 ff.
Ekelöf, P O, Definitions and Concept Formation in the Law. Modality, Morality and Other Problems of Sense and Nonsense. Essays dedicated to Sören Halldén s 48 ff. Lund 1973.
– En essay om tolkning och mening. Kungl Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 20/1976 s 5 ff. Uppsala 1976.
– Ett stycke vetenskapshistoria. Festskrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag s 261 ff. Oslo 1986.
– Från en forskares verkstad. Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23–26 maj 1977 s 11 ff. Uppsala 1978.
– Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s 211 ff.
– Kompendium över civilprocessen. Del I, 3 uppl. Uppsala 1952.
– Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s 151 ff. Stockholm 1950.
– Om interventionsgrunden. Uppsala 1937.
– Rättegång. Femte häftet, 6 uppl. Stockholm 1987.
– Semantik och juridik. SvJT 1966 s 497 ff.
– Topik und Jura. Universitetet och forskningen. Studier tillägnade Torgny T Segerstedt på sextioårsdagen s 207 ff. Uppsala 1968.
– Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951.
– Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? SvJT 1952 s 546 ff.
Ekelöf, P O, Edelstam, H, Rättegång. Första häftet, 8 uppl. Stockholm 2002.
Ekelöf, P O, Boman, R, Rättegång. Fjärde häftet, 6 uppl. Stockholm 1992.
Eng, S, Hva er en viljeserklæring?, SvJT 1993 s 1.
– U/enighetsanalyse – med særlig sikte på jus og allmenn rettsteori. Oslo 1998.
Epstein, R A, Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future. University of Chicago Law Review. Vol 64, 1997 s 1167 ff.
Eriksson, L D, Utkast till en marxistisk jurisprudens. Retfærd nr 11, 3 årgang (1980) s 40 ff.
Evald, J, Frederik Vinding Kruse (1880–1963). En juridisk biografi. København 2005.

Farnsworth, E A, Contracts, 4th ed. New York 2004.
– "Meaning" in the Law of Contracts. The Yale Law Journal. Vol 76, 1967 s 939 ff.
Feinman, J M, Critical Approaches to Contract Law. UCLA Law Review. Vol 30, 1982–83 s 829 ff.
Feyerabend, P, Against Method, 3rd ed. London 1993.
Fichte, J G, Foundations of Natural Right. Cambridge 2000.
Fish, S, Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. Oxford 1989.
– Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities. Cambridge, Massachusetts-London 1980.
– The Trouble with Principle, Cambridge, Massachusetts-London 2001.
Fitzpatrick, P, The Mythology of Modern Law. London-New York 1992.
Flodin, J, Vad är skälig acceptfrist enligt 3 § första stycket avtalslagen? JT 2005–06 s 117 ff.
Fogelklou, A, Anm av Flodin, On Valid Law and Valid Moral Norms. SvJT 1988 s 53 ff.
Fohlin, P, Avtalstolkning. Uppsala 1989.
Foucault, M, Diskursens ordning. Stockholm-Stehag 1993.
– Nietzsche, Genealogy, History. Aesthetics, Method, and Epistemology. Essential Works of Foucault 1954–1984, Vol 2 s 369 ff. New York 1998.
– The Order of Things. London-New York 2002.
– This Is Not a Pipe. Aesthetics, Method, and Epistemology. Essential Works of Foucault 1954–1984, Vol 2 s 187 ff. New York 1998.
– Vetandets arkeologi. Lund 2002.
Frazer, J, The Golden Bough. A Study in Religion and Magic. Mineola, New York 2002.
Frege, G, 17 kärnsatser om logiken. Skrifter i urval s 11 ff. Stockholm 1995.
– Om mening och betydelse. Skrifter i urval s 34 ff. Stockholm 1995.
Fried, C, Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation. Cambridge, Massachusetts-London 1981.
– Jurisprudential Responses to Legal Realism. Cornell Law Review. Vol 73, 1987–88 s 331 ff.
Fridman, G H L, On the Nature of Contract. Valparaiso University Law Review. Vol 17 1983 s 627 ff.
Friedman, L M, Contract Law in America. A Social and Economic Case Study. Madison-Milwaukee 1965.
Frändberg, Å, Begreppet rättsstat. Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära s 251 ff. Uppsala 2005.
– Die skandinavische Reaktion auf Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära s 329 ff. Uppsala 2005.
– Naturalism and Positivism. Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära s 319 ff. Uppsala 2005.

– Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström. Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära s 375 ff. Uppsala 2005.
– Rules, Rights and Judgments in Karl Olivecrona's Theory of Law. Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära s 365 ff. Uppsala 2005.

Frängsmyr, T, Svensk idéhistoria. Bildning och vetenskap under tusen år. Del 2 1809–2000. Stockholm 2000.

Fukuyama, F, The End of History? The National Interest, No 16, Summer 1989.

Fuller, L L, Legal Fictions. Stanford, California 1967.

Fuller, L L, Perdue, W R, The Reliance Interest in Contract Damages. Yale Law Journal. Vol 46, 1936–37 s 52 ff och 373 ff.

Furberg, M, CaOx. Språkanalytisk filosofi i Cambridge och Oxford till 1970. Stockholm 1998.

Gadamer, H-G, Förnuftet i vetenskapens tidsålder. Göteborg 1989.
– Gesammelte Werke, bd I. Hermeneutik I. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen 1990.
– Gesammelte Werke, bd II. Hermeneutik II. Wahrheit und Methode. Ergänzungen. Register. Tübingen 1993.

Geach, P T, Russell on Meaning and Denoting. Analysis. Vol 19, 1959 s 69 ff.

George, R P, In Defense of Natural Law. Oxford-New York 2001.

Gierke, O, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze und kleinere Monographien. Herausgegeben von Wolfgang Pöggeler. Band II s 605 ff. Hildesheim-Zürich-New York 2001.

Giertsen, J, Avtaler. Bergen 2006.

Gilmore, G, The Death of Contract. Edited by Ronald K L Collins. Columbus, Ohio 1995.

Glanert, S, Zur Sprache gebracht: Rechtsvereinheitlichung in Europa. European Review of Private Law. Vol 14, 2006 s 157 ff.

Glavå, M, Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie. Stockholm 1999.

Glavå, M, Petrusson, U, Illusionen om rätten! – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna. Erkjennelse og engasjement. Minnesseminar for David Roland Doublet (1954–2000) s 109 ff. Bergen 2002.

Gomard, B, Almindelig kontraktret. Indgåelse, gyldighed, fortolkning, 2 udg. København 1996.

Goodrich, P, Duncan Kennedy As I Imagine Him: The Man, The Work, His Scholarship and the Polity. Cardozo Law Review. Vol 22, 2000–01 s 971 ff.
– Europe in America: Grammatology, Legal Studies and the Politics of Transmission. Columbia Law Review. Vol 101, 2001 s 2033 ff.
– Satirical Legal Studies: From the Legists to the *Lizard.* Michigan Law Review. Vol 103, 2004–05 s 397 ff.
– Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America. New York University Law Review. Vol 68, 1993 s 389 ff.

– Slow Reading. Goodrich, P, Valverde, M, (ed), Nietzsche and Legal Theory s 185 ff. New York-London 2005.

Gorton, L, Stödbrev rediviva. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 403 ff. Stockholm 2005.

Gordley, J, Contract Law in the Aristotelian Tradition. Benson, P (ed), The Theory of Contract Law. New Essays s 265 ff. Cambridge 2001.

– Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford 2007.

– Mistake in Contract Formation. The American Journal of Comparative Law. Vol 52, 2004 s 433 ff.

– The Moral Foundations of Private Law. The American Journal of Jurisprudence. Vol 47, 2002 s 1 ff.

– The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford 1991.

Graver, H P, Den juristskapte virkelighet og juristrollen. Jussens venner 1986 s 314 ff.

– I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper. TfR 2006 s 189 ff.

– Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover. TfR 2000 s 429 ff.

Grotius, H, De iure belli ac pacis libri tres. Oxford 1925.

Gräns, M, Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories. Scandinavian Studies in Law, vol 48. Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honour of Jes Bjarup s 99 ff. Stockholm 2005.

– Om interaktiv rättsdogmatik. Gräns, M, Westerlund, S (red), Interaktiv rättsvetenskap. En antologi s 59 ff. Uppsala 2006.

Gräzin, I, Law is Myth. International Journal for the Semiotics of Law. Vol XVIII, 2005 s 23 ff.

– On Myth, Considered as a Method for Legal Thought. Law and Critique. Vol 15, 2004 s 159 ff.

Grönfors, K, Almén om handelsbruk. Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén s 123 ff. Uppsala 1999.

– Anm av Huser, Avtaletolking. En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del. TfR 1984 s 465 ff.

– Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler. JFT 1988 s 317 ff.

– Avtalslagen, 1 uppl. Stockholm 1984.

– Avtalslagen, 3 uppl. Stockholm 1995.

– Avtal och association. Stockholm 1997.

– Avtal och omförhandling. Stockholm 1995.

– Avtalsgrundande rättsfakta. Stockholm 1993.

– Fallet med de vettskrämda silverrävarna. NJA 1945 s 210. Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997, 2 uppl. s 53 ff. Stockholm 1998.

– Fraktavtalet och den allmänna avtalsrätten. SvJT 1988 s 181 ff.

– Löftesprincipen, tillitsteorin och avtalslagen. JT 1992–93 s 267 ff.

– Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten. Festskrift till Håkan Nial s 204 ff. Stockholm 1966.
– Ställningsfullmakt och bulvanskap. Stockholm 1961.
– Tolkning av fraktavtal. Göteborg 1989.
– Ussings fullmaktslära. TfR 1987 s 290 ff.
– Ändamål och funktion. JT 1999–2000 s 523 ff.
– Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet. SvJT 1960 s 12 ff.

Guldberg, H, Om bristande förutsättningar vid avtal. SvJT 1953 s 1 ff.

Gustafsson, H, Cyklopens öga. En betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet. Retfærd nr 113, 29 årgang (2006) s 3 ff.
– Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet. Lund 2002.
– Taking *Social* Rights Seriously (I): Om social rättigheters status. TfR 2005 s 439 ff.

Gustafsson, M, Custom and Origin: The Place of Ordinary Language in Wittgenstein's and Heidegger's Thinking. Gundersen, O (red), Herder and Humboldt: Language and Culture 169 ff. Kristiansand 2000.
– Entangled Sense. An Inquiry into the Philosophical Significance of Meaning and Rules. Uppsala 2000.

Gäverth, L, Stödbrev: borgensliknande handlingar utställda företrädesvis för svagt kapitaliserade bolag. Uppsala 1994.

Göransson, U, Traditionsprincipen. Uppsala 1985.

Haaskjold, E, Kontraktsforpliktelser. Oslo 2002.

Habermas, J, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main 1998.

Hacker, P M S, Wittgenstein: Connections and Controversies. Oxford 2001.
– Wittgenstein's Place in Twentieth Century Analytic Philosophy. Oxford 1996.

Hacking, I, Why Does Language Matter to Philosophy? Cambridge 1975.

Hagerup, F, Anm av Stang, Norsk Formueret I. Indledning til Formueretten. TfR 1912 s 177 ff.
– Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter. TfR 1888 s 1 ff.

Hampson, N, Upplysningen. En analys av dess attityder och värde. Stockholm-Stehag 1993.

Harris, R, Language, Saussure and Wittgenstein. How to play games with words. London-New York 1990.

Hart, H L A, The Concept of Law, 2nd ed. Oxford 1994.
– Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review. Vol 71, 1958 s 593 ff.
– Scandinavian Realism. Cambridge Law Journal 1959 s 233 ff.

Hassold, G, Strukturen der Gesetzesauslegung. Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag s 211 ff. München 1987.

Hedenius, I, Om rätt och moral. Stockholm 1941.

Hegel, G W F, Elements of the Philosophy of Right. Cambridge 1991.

Heidegger, M, Brev om humanismen. Stockholm 1996.
– Identitet och differens. Stockholm 1996.
– Konstverkets ursprung. Göteborg 1990.
– Metafysiken som varats historia. Stockholm 1998.
– Till tänkandets sak. Stockholm 1998.
– Varat och tiden. Del 1. Göteborg 1992.
Heidegren, C-G, Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi 1860–1915. Göteborg 2004.
Helin, M, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet – några anmärkningar. Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23–26 maj 1977 s 71 ff. Uppsala 1978.
– Laionoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimsessa vousina 1920–1960. Vammala 1988.
Hellner, J, Anm av Grönfors, Tolkning av fraktavtal. JT 1989–90 s 148 ff.
– Avtals- och köprätt under 1900-talet, SvJT 1984 s 755 ff.
– Biografi över Hjalmar Karlgren. SvJT 1978 s 402 ff.
– Civilrätt. 20 års samhällsforskning. Statens råd för samhällsforskning 1948–1968 s 117 ff. Stockholm 1969.
– Civilrättsforskningen och framtiden. TfR 1975 s 393 ff.
– Fredrik Stang och 33 § avtalslagen. TfR 1987 s 300 ff.
– Högsta domstolen och avtalsrätten 1920–1989. Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 2. Högsta domstolen och civilrätten. Rättshistoriska studier, 17 bandet s 201 ff. Lund 1990.
– Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl. Stockholm 1993.
– Lagstiftning och forskning inom den centrala förmögenhetsrätten. Inledning. SvJT 1988 s 169 ff.
– Legal Philosophy in the Analysis of Tort Problems. Scandinavian Studies in Law, vol 2 s 149 ff. Stockholm 1958.
– Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt. Stockholm 2001.
– Några anteckningar om juridik och filosofi. SvJT 1956 s 1 ff.
– Rättsteori. En introduktion, 2 uppl. Stockholm 1994.
– Rättsvetenskaplig metod. JFT 1998 s 480 ff.
– Scandinavian Legal Realism in the Law of Contract. Essays for Patrick Atiyah s 53 ff. Oxford 1991.
– Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal, 3 uppl. Stockholm 1996.
– Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen, 3 uppl. Stockholm 1996.
– Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. Festskrift til Alf Ross s 205 ff. København 1969.
– The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt, Festskrift till Bertil Bengtsson s 185 ff. Stockholm 1993.

– Tolkning av standardavtal. Jussens venner 1994 s 266.
– Värderingar i skadeståndsrätten. Festskrift till Ekelöf s 299 ff.
Heuman, L, Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen. JT 2005–06 s 768 ff.
Hillman, R A, The Richness of Contract Law. An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law. Dordrecht-Boston-London 1997.
– The Crisis in Modern Contract Theory. Texas Law Review. Vol 67, 1988–89 s 103 ff.
– The Triumph of Gilmore's *The Death of Contract.* Northwestern University Law Review. Vol 90, 1995–96 s 32 ff.
Hobbes, T, Leviathan. Oxford 1996.
van Hoecke, M, Deep Level Comparative Law. van Hoecke (ed), Epistemology and Methodology of Comparative Law s 165 ff. Oxford-Portland, Oregon 2004.
Holm, A, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip. Linköping 2004.
Holmbäck, U, Avtalstolkning. En replik till professor Folke Schmidt, SvJT 1960 s 620 f.
– Förklaringsmisstag och oklara avtal. SvJT 1960 s 321 ff.
– Studier i förutsättningslärans terminologi. Uppsala 1970.
Holmes, O W, The Common Law. Boston 1881.
– The Path of the Law. Harvard Law Review. Vol 10, 1896–97 s 457 ff.
– The Theory of Legal Interpretation. Harvard Law Review. Vol 12, 1898–99 s 417 ff.
Honsell, H, Römisches Recht, 6 Aufl. Berlin-Heidelberg 2006.
Horkheimer, M, Eclipse of Reason. London-New York 2004.
Horkheimer, M, Adorno, T W, Upplysningens dialektik. Göteborg 1996.
Horn, P R, Gadamer and Wittgenstein on the Unity of Language. Reality and Discourse without Metaphysics. Aldershot 2005.
Horwitz, M J, Progressive Legal Historiography. Oregon Law Review. Vol 63, 1984 s 679 ff.
– The Transformation of American Law 1780–1860. Cambridge, Massachusetts-London 1977.
– The Transformation of American Law 1870–1960. New York-Oxford 1992.
Hov, J, Avtalerett, 3. utg. Oslo 1993.
– Avtaleslutning og ugyldighed, 2. utg. Oslo 1998.
– Trenger vi nye begreper og "nye modeller" i avtaleretten? Lov og Rett 1996 s 563 ff.
Hruschka, J, Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts. München 1972.
Hult, P, Juridisk debatt. Valda rättsvetenskapliga uppsatser. Uppsala 1952.
– Lagens bokstav och lagens andemening. SvJT 1952 s 579 ff.

Hunt, A, The Big Fear: Law Confronts Postmodernism. McGill Law Journal. Vol 35, 1990 s 507 ff.
– The Theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. Vol 6, 1986 s 1 ff.
Hurri, S, From Dissonance to Sense: Categories of Private and Public. Wilhelmsson-Hurri (ed), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law s 593 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1999.
Huser, K, Avtaletolking. En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del. Bergen-Oslo-Stavanger-Tromsø 1983.
Hydén, H, Rättens samhälleliga funktioner. Lund 1978.
Håstad, T, Den nya köprätten, 5 uppl. Uppsala 2003.
– Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor. JT 2002–03 s 745 ff.
– Om underlåtenhet av Yngve Skarin och Bertil Bengtsson att ta ställning till översänt kontrakt respektive inlämnad seminiarieuppsats. En civil- och processrättslig kommentar till NJA 1962 s 276. Festskrift till Bertil Bengtsson s 221 ff. Stockholm 1993.
Hägerström, A, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område. Rätten och viljan. Två uppsatser av Axel Hägerström. Ånyo utgivna av Karl Olivecrona s 99 ff. Lund 1961.
– Om handslagets ursprungliga innebörd. Socialfilosofiska uppsatser s 133 ff. Stockholm 1966.
– Om moraliska föreställningars sanning. Socialfilosofiska uppsatser s 35 ff. Stockholm 1966.
– Om pliktmedvetandet. Socialfilosofiska uppsatser s 58 ff. Stockholm 1966.
– Om social rättvisa. Socialfilosofiska uppsatser s 97 ff. Stockholm 1966.
– Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität. Uppsala 1908.
– Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeninen römischen Rechtsanschauung, II. band. Über die Verbalobligation. Uppsala 1941.
– Är gällande rätt uttryck av vilja? Rätten och viljan. Två uppsatser av Axel Hägerström. Ånyo utgivna av Karl Olivecrona s 59 ff. Lund 1961.
af Hällström, E, Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931.
Høgberg, A P, Anm av Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten. TfR 2007 s 276 ff.
– Kontraktstolkning. Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter. Oslo 2006.
– Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket "reelle hensyn" – kommentar til Morten Kinanders artikkel "Trenger man egentlig reelle hensyn?" LoR 2003 s 609 ff.
Iversen, T, Støtteerklæringer. København 1994.
Jabloner, C, Kelsen and his Circle: The Viennese Years. European Journal of International Law. Vol 9, 1998 s 368 ff.
Jacobson, H, Preskriptionens funktioner. Fordringsrättsliga och ersättningsrättsliga problem i komparativ belysning. Stockholm 2005.

Jaehner, T, Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen. München-Berlin-Leipzig 1933.
Jameson, F, Postmodernism and Consumer Society. Foster, H (ed), Postmodern Culture s 111 ff. London-Sydney 1985.
Janik, A, Toulmin, S, Wittgenstein's Vienna. Chicago 1996.
Jareborg, N, Begrepp och brottsbeskrivning. Semantik och läran om normativa rekvisit. Stockholm 1974.
– Handling och uppsåt. Stockholm 1969.
– Rättsdogmatik som vetenskap. SvJT 2004 s 1 ff.
– Värderingar. Stockholm 1975.
Jensen, U, Rylander, S, Lindblom, P H, Att skriva juridik. Regler och råd, 4 uppl. Uppsala 2006.
von Jhering, R, Geist des römischen Rechts, 5 aufl. Leipzig 1906.
– Der Zweck im Recht, 4 aufl. Leipzig 1904.
– Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?: Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16 Oktober 1868. Göttingen 1998.
– Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 5 aufl. Leipzig 1892.
Joerges, C, Trubek, D M, Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden 1989.
Johansson, S O, Ramberg, C, Kurt Grönfors in memoriam. SvJT 2005 s 1120 ff.
Johansson, T, Frege och idén om det givna. Nora 2000.
Jørgensen, S, Aftalen som form. TfR 1965 s 400 ff.
– Betalinger i flere skyldforhold. UfR 1960 B s 197 ff.
– Does Reality Exist? Festschrift für Karl Larenz zum 80 Geburtstag s 291 ff. München 1987.
– Erkendelse, tolkning og beskrivelse. Festskrift till Bertil Bengtsson s 257 ff. Stockholm 1993.
– Fire obligationsretlige afhandlinger. København 1965.
– Hermeneutik og fortolkning. TfR 1973 s 626 ff.
– Kontraktsret. 1. bind. Aftaler. København 1971.
– Naturret i nutiden. Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23–26 maj 1977 s 53 ff. Uppsala 1978.
– On Justice and Law. Aarhus 1996.
– Sprog og virkelighed, TfR 1995 s 769 ff
Kafka, F, Processen. Stockholm 2001.
Kangas, U, Den alternativa jurisprudensens alternativ. Tuori, K (red), Rättsdogmatikens alternativ s 99 ff. Tammerfors 1988.
– Om uppkomst och förmedling av lärdomstraditioner. Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23–26 maj 1977 s 83 ff. Uppsala 1978.
Kant, I, Grundläggning av sedernas metafysik. Göteborg 1997.
– Kritik av det rena förnuftet. Stockholm 2004.

- Die Metaphysik der Sitten. Mit einer Einleitung herausgegeben von Hans Ebeling. Stuttgart 1990.
- Prolegomena till varje framtida metafysik som skall kunna uppträda som vetenskap. Stockholm 2002.

Karlgren, H, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning. SvJT 1961 s 212 ff.
- Avtalsrättsliga spörsmål, 2 uppl. Lund 1954.
- Formkravet vid fastighetsköp. Några anteckningar i anledning av en nyutkommen avhandling. SvJT 1952 s 783 ff.
- Kutym och rättsregel. Stockholm 1960.
- Passivitet. Stockholm 1965.
- Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen. SvJT 1966 s 161 ff.

Kaufmann, W, From Shakespeare to Existentialism: Studies in Poetry, Religion, and Philosophy. Boston 1959.

Kennedy, D, A Semiotics of Critique. Cardozo Law Review. Vol 22, 2000–01 s 1147 ff.
- Form and Substance in Private Law Adjudication. Harvard Law Review. Vol 89, 1975–76 s 1685 ff.
- From the Will Theory To the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form". Columbia Law Review. Vol 94, 2000 s 94 ff.
- The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. Hastings Law Journal. Vol 55, 2003–04 s 1031 ff.
- Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium. Cardozo Law Review. Vol 6, 1984–85 s 1013 ff.

Kihlman, J, Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom. Stockholm 1999.

Kinander, M, Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? Lov og Rett 2002 s 224 ff.
- The view from within. An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence. Bergen 2003.

Klami, H T, Realister och rättskämpar. Jurister och rättsfilosofi i Sverige och Finland. TfR 1984 s 65 ff.

Kleineman, J, Anm av Sandgren (red), Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. JT 1993–94 s 621 ff.
- Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 41 ff. Stockholm 2005.

Knapp, C L, An Offer You Can't Revoke. Wisconsin Law Review 2004 s 309 ff.

Knoph, R, Nogen ord om dommerens stilling til kutymene. UfR 1923 B s 177ff.

Kreitner, R, Fear of Contract. Wisconsin Law Review 2004 s 429 ff.

Krüger, K, Norsk kontrakstrett. Bergen 1989.

Kuhn, T S, The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change. Chicago 1977.
- The Structure of Scientific Revolutions, 3rd ed. Chicago 1996.

Kötz, H, European Contract Law. Vol 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties. Oxford 1997.

Ladeur, K-H, From the Deductive to the Argumentative Rationality of Law. Nerhot, P (ed), Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence s 169 ff. Dordrecht-Boston-London 1990.

Lambertz, G, Andra tankar om civilrättsforskningens uppgifter. SvJT 1992 s 78 ff.

– Nyttig och onyttig rättsvetenskap. SvJT 2002 s 261 ff.

Lambrecht, P, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang. Tübingen 1994.

Lando, O, Kontraktsretten i et europæisk og internationalt perspektiv. Vejen frem. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 15 ff. Stockholm 2005.

Larenz, K, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung. Frankfurt am Main-Berlin 1966.

– Über das Verhältnis von Interpretation und richterlicher Rechtsfortbildung. Festskrift till Karl Olivecrona s 384 ff. Stockholm 1964.

Larenz, K, Canaris, C-W, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1995.

Larenz, K, Wolf, M, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9 Aufl. München 2004.

Lassen, J, Anm av Møller, Forudsætninger. TfR 1894 s 285 ff.

– Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del, 3 udg. København 1917–1920.

– Løfte og Akcept. Et sammenlignende Retsstudie. TfR 1888 s 105 ff, 225 ff.

– Vilje og Erklæring ved afgivelse af Formueretlige Tilsagn. København 1905.

Lauridsen, P S, Kelsen og Ross. Festskrift til Torstein Eckhoff s 681 ff. Oslo 1986.

– Studier i retspolitisk argumentation. København 1974.

Lawn, C, Wittgenstein and Gadamer. Towards a Post-Analytic Philosophy of Language. London-New York 2006.

Legrand, P, Antivonbar. Journal of Comparative Law. Vol 1, 2006 s 13 ff.

– On the Singularity of Law. Harvard International Law Journal. Vol 47, 2006 s 517 ff.

– Paradoxically, Derrida: For a Comparative Legal Studies. Cardozo Law Review. Vol 27, 2005–06 s 631 ff.

Lehrberg, B, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta. SvJT 1996 s 461 ff.

– Avtals- och kontraktsrätten i en modern juristutbildning. JT 1999–2000 s 324 ff.

– Avtalsrättens grundelement, 2 uppl. Uppsala 2006.

– Avtalstolkning, 4 uppl. Uppsala 2006.

– Förutsättningsläran. Uppsala 1989.

– Förutsättningsläran då och nu. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 417 ff. Stockholm 2005.

– Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp. SvJT 1990 s 543 ff.

– I aktiebolagens skymningsland. En studie rörande upplösta aktiebolags rättskapacitet, med beaktande även av rättsläget vid handlande för ett nybildat, ännu ej registrerat aktiebolag. Uppsala 1990.
– Lagstiftaren vilse i egen labyrint? Köprättens avtalsbegrepp i blixtbelysning. Festskrift till Anders Agell s 325 ff. Uppsala 1994.
– Rättsvetenskap i praktikens tjänst? Tankar rörande civilrättsforskningens arbetsuppgifter. SvJT 1991 s 753 ff.
– Utvecklingstendenser – allmän avtalsrätt. Sandgren, C (red), Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s 34 ff. Stockholm 1993.
Leiter, B, Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. The American Journal of Jurisprudence. Vol 48, 2003 s 17 ff.
– Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. Texas Law Review. Vol 76, 1997 s 267 ff.
Levin, M, Lärobok i immaterialrätt, 9 uppl. Stockholm 2007.
Lindberg, B, Utfyllande tolkning och avtal: några rättshistoriska perspektiv. Asp, P (red), Eftersyn och eftertanke s 139 ff. Uppsala 2007.
Lindberg, D C, The Beginnings of Western Science. The European Scientific Tradition in Philosophical, Religious, and Institutional Context, 600 B C to A D 1450. Chicago-London 1992.
Lindblom, P H, Processens arkitektur. Jakten på det slutliga bevistemat i ett funkishus med flera våningar. Sena uppsatser. Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen s 165 ff. Stockholm 2006.
– Är RB social eller liberal? Sena uppsatser. Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen s 149 ff. Stockholm 2006.
Lindell, B, Civilprocessen. Uppsala 2003.
– Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.
Lindskog, S, Högsta domstolen och den kommersiella rätten. JT 2002–03 s 68 ff.
– Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen – synpunkter på en doktorsavhandling. JT 2005–06 s 275 ff.
Livingston, D, 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship. Harvard Law Review. Vol 95, 1981–82 s 1669 ff.
Ljungstrøm, A C, Kan vi overkomme distancen til den retlige text? TfR 1995 s 713 ff.
– Rettens alkymi. Om venskab, retfærdighed og pathos. København 1998.
Llewellyn, K N, A Realistic Jurisprudence – the Next Step. Columbia Law Review. Vol 30, 1930 s 431 ff.
– On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, I. The Yale Law Journal. Vol 48, 1938–39 s 1 ff.
Lorite Escorihuela, A, Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law. EJIL (2003), Vol 14 No 4, s 703 ff.
Lucy, W N R, The Common Law according to Hegel. Oxford Journal of Legal Studies. Vol 17, 1997 s 685 ff.

– The Crises of Private Law. Wilhelmsson-Hurri (ed), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law s 177 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1999.

Lundstedt, A V, Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken. SvJT 1933 s 121 ff.

– Det Hägerström-Lundstedtska misstaget. Sju föreläsningar samt efterskrift av Vilhelm Lundstedt. Stockholm 1942.

– Fiktion eller sanning i juridiken? SvJT 1924 s 241 ff.

– Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Bd II:2. Uppsala 1953.

– Grundläggning av en ny rättsvetenskap. Reflektioner i anledning av Hägerströms senaste verk. SvJT 1928 s 460 ff.

– Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? Festskrift tillägnad Thore Engströmer s 107 ff. Uppsala-Leipzig 1943.

– Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig? SvJT 1921 s 325 ff.

– Legal Thinking Revised. My Views on Law. Stockholm 1956.

– Några rättssystematiska reflexioner. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s 331 ff. Stockholm 1950.

– Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner. Uppsala 1929.

– Obligationsbegreppet. Senare delen: Den i förra delen hävdade åskådningen ytterligare konfronterad med jurisprudensens läror. Första häftet. Uppsala 1930.

– Om den s k tillitsteorien. Ett genmäle. SvJT 1929 s 423 ff.

– Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten. Nordiska juriststämman i Stockholm och Uppsala den 5–18 september 1926. Hälsningstal och föreläsningar utgivna av Tore Alméns minnesfond s 205 ff. Stockholm 1926.

– Romersk rätt. Anteckningar efter föreläsningar av professor V Lundstedt. Uppsala 1934.

– Speciell obligationsrätt. Förra delen. Anteckningar efter professor Vilhelm Lundstedts kurser. Uppsala 1937.

– Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Berlin 1932–1936.

– Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? SvJT 1932 s 537 ff.

Lübcke, P (red), Vår tids filosofi. Filosoferna. De filosofiska strömningarna. En uppslagsbok. Del 2. Vetenskap och språk – anglosaxisk filosofi. Stockholm 1995.

Lykke, P, Et galt spektakel. Professor, dr jur Stig Jørgensens erindringer og betragtninger efter et halvt århundrede ved Aarhus Universitet. Aarhus 2003.

Lyles, M, A Call for Scientific Purity: Axel Hägerström's Critique of Legal Science. Stockholm 2006.

Lynge Andersen, L, Madsen, P B, Aftaler og mellemmænd, 4 udg. København 2001.

Lyotard, J-F, The Postmodern Condition: A Report on Knowledge. Minneapolis 1984.

– The Postmodern Explained. Correspondence 1982–1985. Minneapolis 1993.

Macauly, S, The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Rules. Campbell, D, Collins, H,

Wightman, J (ed), Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational, and Network Contracts s 51 ff. Oxford-Portland, Oregon 2003.

MacKinnon, C A, Toward a Feminist Theory of the State. Cambridge, Massachusetts-London 1989.

Madsen, P B, Aftalefunktioner, København 1983.

– Anm av Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip. UfR 2006 s 87.

– Anm av Lehrberg, Avtalstolkning. TfR 1996 s 190 ff.

– Anm av Hedwall, Tolkning av kommersiella avtal. TfR 1995 s 743 ff.

– Vildfarelser, forudsætninger og billighed. Aftalerisikoen i historisk og komparativ belysning. Aarhus 1981.

Maine, H S, Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas. London 1908.

Malcolm, N, Nothing Is Hidden. Wittgenstein's Criticism of his Early Thought. Oxford 1986.

– Wittgenstein: A Religious Point of View? Edited with a response by Peter Winch. New York 1994.

Malmberg, J, Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering. Uppsala 1997.

Malminen, T, The effects of Scandinavian Legal Realism on Finnish Legal Studies, 1929–1965. Duss, V, Linder, N, Kastl, K, Börner, C, Hirt, F, Züsli, F (ed), Rechtstransfer in der Geschichte s 297 ff. München 2006.

Malmström, Å, Privaträtt och samhällsutveckling. Några anteckningar och reflektioner. Universitetet och forskningen. Studier tillägnade Torgny T Segerstedt på sextioårsdagen s 225 ff. Uppsala 1968.

– Till frågan om villkor vid fastighetsköp. Del II. Uppsala 1933.

Malpas, J, Governing Theory: Ontology, Methodology and the Critique of Metaphysics. Wickham, G, Pavlich, G (ed), Rethinking Law, Society and Governance. Foucault's Bequests 125 ff. Oxford-Portland, Oregon 2001.

Manigk, A, Willenserklärung und Willensgeschäft – ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907.

Marmor, A, How Law is Like Chess. Legal Theory. Vol 12, 2006 s 347 ff.

– Interpretation and Legal Theory, 2nd ed. Oxford-Portland, Oregon 2005.

Martinich, A P (ed), The Philosophy of Language, 3rd ed. New York-Oxford 1996.

Mautner, T (ed), A Dictionary of Philosophy. Oxford 1996.

McGuiness, B, The So-called Realism of Wittgenstein's *Tractatus.* Block, I (ed), Perspectives on the Philosophy of Wittgenstein s 60 ff. Oxford 1981.

McKendrick, E, The Interpretation of Contracts: Lord Hoffman's Re-Statement. Worthington, S (ed), Commercial Law and Commercial Practice s 139 ff. Oxford-Portland, Oregon 2003.

Minda, G, Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End. New York-London 1995.

Mitchell, C, Interpretation of Contracts. London-New York 2007.
Moltumyr Høgberg, B, Pragmatisk formalisme og vice versa. TfR 2007 s 421 ff.
Monk, R, Ludwig Wittgenstein. Geniets plikt. Göteborg 1992.
Mooney, R J, The New Conceptualism in Contract Law. Oregon Law Review. Vol 74, 1995 s 1131.
Movsesian, M L, Rediscovering Williston. Washington and Lee Law Review. Vol 62, 2005 s 207 ff.
– Two Cheers for Freedom of Contract. Cardozo Law Review. Vol 23, 2001–02 s 1529 ff.
Mulcahy, L, The Limitations of Love and Altruism – Feminist Perspectives on Contract Law. Mulcahy, L, Wheeler, S (ed), Feminist Perspectives on Contract Law s 1 ff. London 2005.
Munch-Petersen, Løftet og dets Causa: formueretlige studier. København 1896.
Munukka, J, Kontraktuell lojalitetsplikt. Stockholm 2007.
Murray, J E, Contract Theories and the Rise of Neoformalism. Fordham Law Review. Vol 71, 2002–03 s 869 ff.
Møller, E, Forudsætninger. Bidrag til Belysning af Principerne for Retshandlers Afhængighed af Fyldestgörelsen af Parternes Forudsætninger. På Grundlag af dansk (og norsk) Formueret inter vivos (med særligt Hensyn til dansk Praxis). København 1894.
– Om Objektivisme i Formueretten. UfR 1896 s 1039 ff.
Naundrup Olesen, K, Samfundsloddet. Obligationsretten og kontrakter af samfundsmæssig interesse. København 2004.
Negri, A, Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project. Law and Critique 2005 s 27 ff.
Nergelius, J (red), Rättsfilosofi. Samhälle och moral genom tiderna, 2 uppl. Lund 2006.
Nial, H, Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel. Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957 s 190 ff. Stockholm 1957.
Nietzsche, F, Bortom gott och ont. Förspel till en framtidens filosofi. Samlade skrifter. Band 7. Stockholm-Stehag 2002.
– Den glada vetenskapen. Göteborg 1987.
– Otidsenliga betraktelser I–IV. Samlade skrifter. Band 2. Stockholm-Stehag 2005.
– Till moralens genealogi. Samlade skrifter. Band 7. Stockholm-Stehag 2002.
Nordback, K, "Bevisbörda" i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet. SvJT 2007 s 421 ff.
Nordin, S, Från Hägerström till Hedenius. Den moderna svenska filosofin. Lund 1984.
– Ingemar Hedenius. En filosof och hans tid. Stockholm 2004.
Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen. Linköping 2004.
Nybergh, F, Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner. Nord 1997:10.

– Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället. En rättsdogmatisk undersökning om tillgången till infrastrukturen för handeln, särskilt banktjänster. Helsingfors 2004.
Nygaard, N, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2 utg. Oslo 2004.
Olivecrona, K, Anm av Lundstedt, Legal Thinking Revised. SvJT 1957 s 551 ff.
– England eller Tyskland. Lund 1940.
– Inledning. Rätten och viljan. Två uppsatser av Axel Hägerström. Ånyo utgivna av Karl Olivecrona s 9 ff. Lund 1961.
– Lagens imperativ. Lund 1942.
– The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt. Scandinavian Studies in Law, vol 3 s 125 ff. Stockholm 1959.
– Några synpunkter på de juridiska begreppen. Festskrift tillägnad Axel Hägerström s 221 ff. Uppsala 1928.
– Om lagen och staten. Köpenhamn-Lund 1940.
– Rätt och dom. Stockholm 1960.
– Rättsordningen, 2 uppl. Lund 1976.
Olsson, K, yttrande återgivet i en notis i SvJT 1963 s 233.
Palandt, O, Bürgerliches Gesetzbuch. München 2003.
Patterson, D, Against a Theory of Meaning. Washington University Law Quarterly. Vol 73, 1995 s 1153 ff.
– Explicating the Internal Point of View. SMU Law Review. Vol 52, 1999 s 67 ff.
– From Postmodernism to Law and Truth. Harvard Journal of Law and Public Policy.Vol 26, 2003 s 49 ff.
– Interpretation in Law. San Diego Law Review. Vol 42, 2005 s 685 ff.
– Langdell's Legacy. Northwestern University Law Review. Vol 90, 1995–96 s 196 ff.
– Law and Truth. New York-Oxford 1996.
– Normativity and Objectivity in Law. William and Mary Law Review. Vol 43, 2001–02 s 325 ff.
– The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. An Open Letter to Professor James Gordley. Wisconsin Law Review 1991 s 1432 ff.
– The Pseudo-Debate over Default Rules in Contract Law. Southern California Interdisciplinary Law Journal. Vol 3, 1993–94 s 235 ff.
– What is at Stake in Jurisprudence? Oklahoma City University Law Review. Vol 28, 2003 s 173 ff.
– Wittgenstein on Understanding and Interpretation (Comments on the work of Thomas Morawetz). Philosophical Investigations. Vol 29, 2006 s 129 ff.
Pavlich, G, The Art of Critique or How Not to be Governed Thus. Wickham, G, Pavlich, G (ed), Rethinking Law, Society and Governance. Foucault's Bequests 141 ff. Oxford-Portland, Oregon 2001.
– Experiencing Critique. Law and Critique. Vol 16, 2005 s 95 ff.
– Nietzsche, Critique and the Promise of Not Being Thus... International Journal for the Semiotics of Law. Vol 13, 2001 s 357 ff.

Peczenik, A, Juridikens allmänna läror. SvJT 2005 s 249 ff.
– Legal Doctrine and Legal Theory. Festskrift till Åke Frändberg s 177 ff. Uppsala 2003.
– Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv? Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen s 795 ff. Oslo 1997.
– The Passion for Reason. Wintgens, L J (ed), The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law s 173 ff. Dordrecht-Boston-London 1999.
– Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Stockholm 1995.
– Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken. JT 1998–99 s 462 ff.
Perillo, J M, The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation. Fordham Law Review. Vol 69, 2000–01 s 427 ff.
Persson, A H, Förbehållsklausuler. En studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning. Stockholm 1998.
Petersen, H, Fra retsrealisme til nynormativister. Kvalitetskrav til retsdogmatisk forskning. Basse, E M, Jensen, V (red), Regulering og styring II – til fornyelse af den juridiske teori og metode s 75 ff. København 1990.
Peterson, C, Från romerskrättsligt statustänkande till en allmäneuropeisk rättssubjektivitet: den svenska utvecklingen 1750–1850. Festskrift till Åke Frändberg s 201 ff. Uppsala 2003.
– Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen. JT 2003–04 s 571 ff.
Petrusson, U, Patent och industriell omvandling. En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska system. Stockholm 1999.
Platon, Kratylos. Skrifter. Bok 2 s 501 ff. Stockholm 2001.
– Protagoras. Skrifter. Bok 2 s 65 ff. Stockholm 2001.
Platou, O, Forelæsninger over udvalgte Emner af Privaterettens almindelige Del. Kristiania 1914.
Popper, K R, The Open Society and its Enemies, Vol II. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath, 4th ed. London 1962.
Posner, E A, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal. Vol 112, 2002–03 s 829 ff.
Posner, R A, Frontiers of Legal Theory. Cambridge, Massachusetts-London 2004.
– The Law and Economics of Contract Interpretation. Texas Law Review. Vol 83, 2004–05 s 1581 ff.
– Legal Formalism, Legal Realism and the Interpretation of Statutes and the Constitution. Case Western Reserve Law Review. Vol 37, 1986–87 s 179 ff.
– Overcoming Law. Cambridge, Massachusetts-London 1995.
Puchta, C F, Pandekten, 10 aufl. Leipzig 1866.
Pufendorf, S, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten. Lund 2001.
Putnam, H, Ethics without Ontology. Cambridge, Massachusetts-London 2005.
– Language and philosophy. Mind, Language and Reality – Philosophical Papers, Vol. 2 s 1 ff. Cambridge 1979.

– The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays. Cambridge, Massachusetts-London 2002.

Pöyhönen, J, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta. JFT 1994 s 659 ff.

– Contracts – Just Social Practice. Wilhelmsson, T (ed), Perspectives of Critical Contract Law s 311 ff. Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney 1993.

– Procedural and Substantive Fairness in Finnish Contract Law. Brownsword, R, Howells, G, Wilhelmsson, T (ed), Welfarism in Contract Law s 188 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1994.

– Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.

Quine, W v O, Two Dogmas of Empiricism. The Philosophical Review. Vol 60, 1951 s 20 ff.

– Word and Object. Cambridge, Massachusetts 1960.

Radetzki, M, Orsak och skada. Om tolkning av ansvarsbärande orsaksvillkor i avtal om egendomsförsäkring. Stockholm 1998.

Ramberg, C, Avtal om abort – Pactum turpe? Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 307 ff. Stockholm 2005.

– Erfarenheter – som kan vara till nytta för doktorander i juridik. Stockholm 2003.

– The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law. Scandinavian Studies in Law, vol 50 s 249 ff. Stockholm 2007.

– Mot en gemensam europeisk civillagstiftning. SvJT 2004 s 459 ff.

Ramberg, J, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. Festskrift till Anders Agell s 501 ff. Uppsala 1994.

– Avtalstolkningsmetoder. Festskrift till Gösta Walin s 499 ff. Stockholm 2002.

– Mysteriet med den tysta utfästelsen. JT 2001–02 s 405 ff.

– Oklart om oklarhetsregeln. NJA 1950 s 86. Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997, 2 uppl. s 59 ff. Stockholm 1998.

– Standardavtal och avtalsinnehåll – några reflektioner med anledning av NJA 1980 s 46. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 447 ff. Stockholm 2005.

Ramberg, J, Ramberg, C, Allmän avtalsrätt, 6 uppl. Stockholm 2002.

– Allmän avtalsrätt, 7 uppl. Stockholm 2007.

Regelsberger, F, Pandekten. Band I. Leipzig 1893.

Rentsch, T, Heidegger und Wittgenstein. Existential- und Sprachanalysen zu den Grundlagen philosophischer Anthropologie. Stuttgart 2003.

Reuterskiöld, C A, Ueber Rechtsauslegung. Eine Rechtsdogmatische Principienuntersuchung. Mit berücksichtigung des Römischen und des Schwedischen Rechts sowie der Neueren insbesondere der Deutschen Rechtslitteratur. Uppsala 1899.

Rodhe, K, Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt. SvJT 1971 s 175 ff.

– Beskrivning – prognos – rekommendation. En trosbekännelse. JT 1996–97 s 1 ff.

– Obligationsrätt. Stockholm 1956.
– Till frågan om förmögenhetsrättens systematik. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s 436 ff. Stockholm 1950.
van Roermund, B, Law, Narrative and Reality. An Essay in Intercepting Politics. Dordrecht-Boston-London 1997.
Roos, C M, Tvetydigheter i avtal. SvJT 1972 s 625 ff.
Rorty, R M, Contingency, irony and solidarity. Cambridge 1989.
– Derrida and the Philosophical Tradition. Truth and Progress. Philosophical Papers, Vol 3 s 327 ff. Cambridge 1998.
– Habermas and Lyotard on Postmodernity. Essays on Heidegger and others. Philosophical papers. Vol 2 s 164 ff. Cambridge 1991.
– Is natural science a natural kind? Objectivity, relativism and truth. Philosophical papers. Vol 1 s 46 ff. Cambridge 1991.
– (ed) The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays. Chicago-London 1992.
– Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy. Rorty, R M (ed), The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays s 1 ff. Chicago-London 1992.
– Philosophy and the Mirror of Nature. Princeton 1979.
– Philosophy as Science, Metaphor, Politics. Essays on Heidegger and others. Philosophical papers. Vol 2 s 9 ff. Cambridge 1991.
– Science as solidarity. Objectivity, relativism and truth. Philosophical papers. Vol 1 s 35 ff. Cambridge 1991.
– Solidarity or objectivity? Objectivity, relativism and truth. Philosophical papers. Vol 1 s 21 ff. Cambridge 1991.
– The pragmatist's progress, Collini (ed), Interpretation and overinterpretation s 89 ff. Cambridge 1992.
– Texts and lumps. Objectivity, relativism and truth. Philosophical papers. Vol 1 s 78 ff. Cambridge 1991.
– Twenty-five years after. The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays s 371 ff. Chicago-London 1992.
– Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language. Essays on Heidegger and others. Philosophical papers. Vol 2 s 50 ff. Cambridge 1991.
Ross, A, Ejendomsret og Ejendomsovergang: med særligt Henblik paa dansk Retspraksis. København 1935.
– En retslære fra det 19 aarhundrede. TfR 1945 s 273 ff.
– Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi, 3 opl. København 1971.
– Realismen i retsvidenskaben og samfundsnyttekimæren. SvJT 1932 s 324 ff.
– Samfundsnytteprincippet. Gensvar til Professor Lundstedt. SvJT 1933 s 115 ff.
– Status i rettighedsdiskussionen. SvJT 1953 s 529 ff.
– Tû-Tû. Festskrift til Henry Ussing s 468 ff. København 1951.

– Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En kritik af den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber. København 1934.

Runesson, E M, Huset vid Göta älv. NJA 1989 s 117. Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997, 2 uppl. s 313 ff. Stockholm 1998.

– Tolkning, omtydning, jämkning och behovet av flexibilitet i långvariga avtalsrelationer – i ljuset av RH 14:1980. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 453 ff. Stockholm 2005.

Russell, B, On Denoting. Martinich, A P (ed), The Philosophy of Language, 3rd ed s 199 ff. New York-Oxford 1996.

– Our Knowledge of the External World as a Field for Scientific Method in Philosophy. London 1926.

– Västerlandets filosofi. Stockholm 1948.

Røsæg, E, Garantier eller fattigmanns trøst? Støtteerklæringer i selskapsforhold av typen "comfort letters". Oslo 1992.

Saldeen, Å, Skadestånd vid äktenskapsskillnad. En rättssociologisk och jurimetrisk studie. Uppsala 1973.

Salter, M (ed), Hegel and Law. Aldershot 2002.

Sandgren, C, En social avtalsrätt? Del I–II. JT 1992–93 s 456 ff och 643 ff.

– En social avtalsrätt? – än en gång. JT 1993–94 s 929 ff.

– Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap. TfR 2007 s 388 ff.

– Hänvisningar i rättsvetenskapen. JT 2005–06 s 65 ff.

– Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006, Peterson, C (red), Juridiska fakulteten 1907–2007, En minnesskrift s 440–485. Stockholm 2007.

– Om empiri och rättsvetenskap. Del I–II. JT 1995–96 s 726 ff och 1035 ff.

– Om teoribildning och rättsvetenskap. JT 2004–05 s 297 ff.

– Vad är rättsvetenskap? Festskrift till Peter Seipel s 527 ff. Stockholm 2006.

– Är rättsdogmatiken dogmatisk? TfR 2005 s 648 ff.

Sandström, M, Axel Hägerström och realismen. JT 2001–02 s 847 ff.

– *Rätt eller vetenskap? Till frågan om rättsvetenskapens nytta, SvJT 2002 s. 282 ff.*

Santos, F J A, Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law. European Review of Private Law. Vol 12, 2004 s 347 ff.

de Saussure, F, Kurs i allmän lingvistik. Lund 1970.

von Savigny, F C, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1853.

– Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842. Neue, erweiterte Ausgabe. Frankfurt am Main 2004.

– System des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1840.

Schleiermacher, F D E, Hermeneutik und Kritik. Mit einem Anhang sprachphilosophischer Texte Schleiermachers. Frankfurt am Main 1977.

Schlick, M, The Future of Philosophy. Rorty, R M (ed), The Linguistic Turn. Essays In Philosophical Method. With Two Retrospective Essays s 43 ff. Chicago-London 1992.

Schmidt, F, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen. TfR 1980 s 549 ff.
– Bör de nordiska avtalslagarna revideras? NJM 1966.
– Domaren forskar efter avtalsinnehållet. En kommentar till ett rättsfall. Festskrift till Nial s 480 ff. Stockholm 1966.
– En culparegel vid avtalstolkning. SvJT 1960 s 420 ff.
– Model, intention, fault. Three canons for interpretation of contracts. Scandinavian Studies in Law, vol 4 s 177 ff. Stockholm 1960.
– Typfall, partsavsikt och partsculpa, SvJT 1959 s 497 ff.
Schrevelius, F, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Första delen. Lund 1844.
Schwartz, A, Scott, R E, Contract Theory and the Limits of Contract Law. The Yale Law Journal. Vol 113, 2003–04 s 541 ff.
Schultz, M, Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation. Stockholm 2007.
Schütz, A, Letter to Derrida/America. Cardozo Law Review. Vol 27, 2005–06 s 883 ff.
– Nietzsche between Jews and Jurists. Goodrich, P, Valverde, M, (ed), Nietzsche and Legal Theory s 125 ff. New York-London 2005.
– Structural Terror: A Shakespearean Investigation. Goodrich, P, Barschack, L, Schütz, A (ed), Law, Text, Terror. Essays for Pierre Legendre s 71 ff. New York 2006.
Schwab, D, Einführung in das Zivilrecht. Einschließlich BGB – Allgemeiner Teil, 15 Aufl. Heidelberg 2002.
Schwartz, A, Scott, R E, Contract Theory and the Limits of Contract Law. Yale Law Journal Vol 113, 2003–04 s 541 ff.
Segerdahl, P, Språkteorier och språkspel. Lund 1998.
Sisula-Tulokas, L, Går vi mot en splittrad avtalsrätt? JFT 1991 s 196 ff.
Smith, L, Restitution: The Heart of Corrective Justice. Texas Law Review. Vol 79, 2000–01 s 2115 ff.
Smith, S A, Atiyah's Introduction to the Law of Contracts, 6th ed. Oxford 2005.
– Contract Theory. Oxford 2004.
Smits, J M, Diversity of Contract Law and the European Internal Market. Smits, J (ed), The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives s 155 ff. Groningen 2005.
Spaak, T, Principled and Pragmatic Theories of Legal Reasoning. Festskrift till Åke Frändberg s 235 ff. Uppsala 2003.
– Relativism i juridiken. TfR 2007 s 361 ff.
Stang, F, Det nordiske fællesarbeide for ensartet lovgivning. TfR 1912 s 95 ff.
– Handelskoutumer, TfR 1908 s 249 ff.
– Innledning til formueretten. 3. utg. Oslo 1935.
– Nogen fremskridtslinjer i den nordiske fælleslovgivning. NJM 1926 s 291 ff.
– Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret på en Retshandels Gyldighed. Kristiania 1897.

– Om rettsvidenskap. Et tilbakeblikk. TfR 1933 s 118 ff.
– Viljesdogmet, TfR 1905 s 280 ff.
Stenlund, S, Filosofiska uppsatser. Skellefteå 2000.
Stone, M, Wittgenstein on Deconstruction. Crary, R, Read, R (ed), The New Wittgenstein s 83 ff. London-New York 2000.
Strahl, I, Anm av Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget och Olivecrona, Lagens imperativ. SvJT 1942 s 235 ff.
– Idealism och realism i rättsvetenskapen. SvJT 1941 s 302 ff.
– Makt och rätt. Rättsidéns gång genom historien – från Babylonien till FN. 11 uppl. (bearb. av Strömholm, S). Uppsala 2003.
– Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1946 s 204 ff.
– Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1947 481 ff.
Strawson, P F, On Referring. Martinich, A P (ed), The Philosophy of Language, 3rd ed s 215 ff. New York-Oxford 1996.
Strömholm, S, Allmän rättslära. 20 års samhällsforskning. Statens råd för samhällsforskning 1948–1968 s 157 ff. Stockholm 1969.
– Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 5 uppl. Stockholm 1996.
– Till frågan om den juridiska argumentationstekniken. Festskrift till Ivar Agge s 305 ff. Stockholm 1970.
Strömholm, S, Frändberg, Å, (red.) Rättsteoretiska klassiker. Stockholm 1988.
Sundberg, J W F, Avtalstyper och typavtal. SvJT 1961 s 11 ff.
– fr Eddan t Ekelöf, 2 uppl. Stockholm 1990.
– Om ansvaret för fel i lejt gods. Stockholm 1966.
– Uppsalaskolan och den nationella inkapslingen. JFT 1999 s 170 ff.
Sundby, N K, Legal Right in Scandinavian Analyses. Natural Law Forum. Vol 13, 1968 s 72 ff.
Svensson, O, Avtalsfrihet. Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl s 221.
– Tolkning och bristande finhet. Några kommentarer till NJA 1988 s 408. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 461 ff. Stockholm 2005.
– Viljeförklaringen och dess innehåll. Om avtalsrättslig begreppsbildning och systematik. Stockholm 1996.
Tanesini, A, Wittgenstein. A Feminist Interpretation. Cambridge-Malden 2004.
Taxell, L E, Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
Teubner, G, After Privatisation? – The Many Autonomies of Private Law. Wilhelmsson, T, Hurri, S (ed), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law s 51 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1999.
– (ed), Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin-New York 1986.
– Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. Modern Law Review. Vol 61, 1998 s 11 ff.

– Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks. Wilhelmsson, T (ed), Perspectives of Critical Contract Law s 211 ff. Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney 1993.

Tontti, J, European legal pluralism as a rebirth of IUS commune. Retfærd nr 94, 24 årgang (2001) s 40 ff.

– Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. Aldershot 2004.

Trebilcock, M J, The Limits of Freedom of Contract. Cambridge, Massachusetts-London 1993.

Treitel, G H, The Law of Contract, 11th ed. London 2003.

Tuori, K, Critical Legal Positivism. Aldershot 2002.

Tushnet, M, Critical Legal Studies: A Political History. The Yale Law Journal. Vol 100, 1990–91 s 1515 ff.

Töllborg, D, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken. JT 1995–96 s 354 ff.

Udsen, H, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelselære. TfR 2006 s 104 ff.

Ulfbeck, V, Fortolkning af ansvarsfraskrivelser. Eksempler fra traditionel og utraditionel transportret. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 481 ff. Stockholm 2005.

Ulväng, M, Påföljdskonkurrens – problem och principer. Uppsala 2005.

Undén, Ö, Juridik och politik. Stockholm 1927.

– Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken. Festskrift tillägnad Axel Hägerström s 167 ff. Uppsala 1928.

– Några reflexioner om termen gällande rätt. TfR 1933 s 287 ff.

– Replik angående tillitsteorin. SvJT 1929 s 540.

– Svensk sakrätt. I. Lös egendom, 9 uppl. Lund 1974.

Unger, R M, The Critical Legal Studies Movement. Harvard Law Review. Vol 96, 1982–83 s 561 ff.

Ussing, H, Aftaler paa Formuerettens Omraade. København 1931.

– Aftaler paa Formuerettens Omraade. 2 udg København 1945.

– Aftaler paa Formuerettens Omraade. 3 udg København 1950.

– Bristende Forudsætninger. Bidrag til Læren om formueretlige Tilsagn. København 1918.

– Retstridighed. Strejflys over nordisk retslære. København 1949.

Vahlén, L, Avtal och tolkning. Stockholm 1960.

– Bidrag till avtalstolkningens systematik. JFT 1964 s 380 ff.

– Bör förutsättningsläran avskaffas? TfR 1953 s 394 ff.

– Fastighetsköp. Stockholm 1965.

– Formkravet vid fastighetsköp. Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel. Stockholm 1951.

– Köp av fastighet: Lagfart. Stockholm 1971.

– Köplagen och formulärrätten. Festskrift till Håkan Nial s 531 ff. Stockholm 1966.
– Om fastighetsägares skadeståndsansvar. Skadeståndsrättsliga spörsmål. Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 10 s 233 ff. Stockholm 1953.
– Om slutande av avtal. Teori och praxis. Studier i svensk civilrätt. Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren s 356 ff. Stockholm 1964.

Vattimo, G, Nihilism and Emancipation: Ethics, Politics and Law. New York 2004.
– The End of Modernity. Nihilism and Hermeneutics in Postmodern Culture. Baltimore 1991.
– Utöver tolkningen. Hermeneutikens betydelse för filosofin. Göteborg 1996.

Victor, D, Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system. Stockholm 1977.

Victorin, A, Dissens och tolkning. SvJT 1973 s 56 ff.
– Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten. SvJT 1976 s 436 ff.

Vinding Kruse, Fr, Ejendomsretten. København 1929–1933.
– Erkendelseteori og retsvidenskab. TfR 1953 s 123 ff.
– Samfundsvidenskabernes metode. TfR 1948 s 32 ff.
– Viljeserklæringen. København 1939.

Votinius, S, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen. Flodgren, B, Gorton, L, Lindell-Frantz, E, Samuelsson, P (red), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s 335 ff. Stockholm 2005.
– Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund. Stockholm-Stehag 2004.

Waldron, J, "Transcendental Nonsense" and System in the Law. Columbia Law Review. Vol 100, 2000 s 16 ff.

Wedberg, A, Anm av Ahlander, Är juridiken en vetenskap? SvJT 1952 s 117 ff.
– Filosofins historia. Antiken och medeltiden. Stockholm 2003.
– Filosofins historia. Från Bolzano till Wittgenstein. Stockholm 2004.
– Some problems in the logical analysis of legal science. Theoria 1951 s 246 ff.

Weinrib, E J, The Idea of Private Law. Cambridge, Massachusetts-London 1995.
– Law as a Kantian Idea of Reason. Columbia Law Review. Vol 87, 1987 s 472 ff.
– Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. Yale Law Journal. Vol 97, 1987–88 s 949 ff.

Wennström, B, Bör den allmänna rättsläran omorienteras? Uppsala 2003.
– The Lawyer and Language. Uppsala 1996.
– There Are Nothing But Hard Cases. International Journal for the Semiotics of Law. Vol 2, 1989 s 5 ff.

Werba, U, Die Willenserklärung ohne Willen. Berlin 2005.

Westberg, P, Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s 448 och 1999 s 629. JT 2000–01 s 348 ff.

Westerlund, S, Miljörättsvetenskap – med nödvändighet interaktiv. Gräns, M, Westerlund, S (red), Interaktiv rättsvetenskap. En antologi s 181 ff. Uppsala 2006.

White, J B, The Edge of Meaning. Chicago-London 2001.

– Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of Law. Madison, Wisconsin 1985.

– Introduction. Is Cultural Criticism Possible? Michigan Law Review. Vol 84, 1984–85 s 1373 ff.

Whitford, W C, The Role of the Jury (and the Fact/Law Distinction) in the Interpretation of Written Contracts. Wisconsin Law Review 2001 s 931 ff.

Wieacker, F, The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. Boston College International and Comparative Law Review. Vol 4, 1981 s 257 ff.

– Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2 Aufl. Göttingen 1967.

Wilhelmi, J, Språk och mänsklig förståelse. En kritisk undersökning av några samhällsfilosofiska tolkningar av den senare Wittgenstein. Nora 1995.

Wilhelmsson, T, Anm av Høgberg, Kontraktstolkning. Lov og rett 2007 s 253 ff.

– Anm av Lehrberg, Förutsättningsläran. SvJT 1989 s 451 ff.

– Anm av Votinius, Varandra som vänner och fiender. SvJT 2005 s 439 ff.

– Avtal och jämlikhet. SvJT 1997 s 505 ff.

– Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran. TfR 1985 s 181 ff.

– En social avtalsrätt? – Några kommentarer. JT 1993–94 s 499 ff.

– The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law. Smits, J (ed), The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives s 123 ff. Groningen 2005.

– Good Faith and the Duty of Disclosure in Comercial Contracting – The Nordic Experience. Brownsword, R, Hird, N J, Howells, G (ed), Good Faith in Contract: Concept and Context s 165 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1999.

– Materiell bedömning av standardvillkors giltighet. Tankar bakom ett lagförslag. Festskrift till Grönfors s 445 ff. Stockholm 1991.

– Om kritisk civilrättsdogmatik. Basse, E M, Jensen, V (red), Regulering og styring II – til fornyelse af den juridiske teori og metode s 47 ff. København 1990.

– The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern Scandinavian Contract Law. Brownsword, R, Howells, G, Wilhelmsson, T (ed) Welfarism in Contract Law s 63 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1994.

– Private Law 2000: Small Stories on Morality through Liability. Wilhelmsson, T, Hurri, S (ed), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law s 221 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1999.

– Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Uppsala 2001.

– Social civilrätt. Helsingfors 1987.

– Standardavtal. Om avtalsbundenhet och oskäliga avtalsvillkor. Helsingfors 1995.

– Varieties of Welfarism in European Contract Law. European Law Journal 2004 s 712 ff.
– Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law. Wilhelmsson, T, Hurri, S (ed), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law s 3 ff. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney 1999.
– Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation. Wilhelmsson, T (ed), Perspectives of Critical Contract Law s 9 ff. Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney 1993.

Windscheid, B, Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I. 9. Aufl. Frankfurt am Main 1906.
– Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetztung. Düsseldorf 1850.
– Die Voraussetzung. AcP bd 78, 1892 s 161 ff.
– Wille und Willenserklärung. AcP bd 63, 1880 s 72 ff.

Wittgenstein, L, Bemerkungen über Frazers *Golden Bough*. Vortag über Ethik und andere kleine Schriften s 29 ff. Frankfurt am Main 1989.
– The Blue and Brown Books. Preliminary Studies for the 'Philosophical Investigations', 2nd ed. Oxford 1969.
– Filosofi. Göteborg 2000.
– Filosofiska undersökningar. Stockholm 1992.
– Om visshet. Stockholm 1992.
– Särskilda anmärkningar. Stockholm 1993.
– Tractatus logico-philosophicus. Stockholm 1992.
– Zettel. Stockholm 1995.

Wood, A W, The Final Form of Kant's Practical Philosophy. Timmons, M (ed), Kant's Metaphysics of Morals. Interpretative Essays s 1 ff. Oxford-New York 2002.

von Wright, G H, Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi. Nora 1993.

Woxholth, G, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 4 utg. Oslo 2001.
– Avtaleloven må revideres! Lov og rett 2006 s 461 f.
– Avtalerett, 5 utg. Oslo 2003.

Zahle, H, Bevisteori og retsteori. Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23–26 maj 1977 s 63 ff. Uppsala 1978.
– Den fortryllede ret: Fortolkning af autoritative tekster. Modéer, K Å (red), Sen-modernitetens historiska och komparativa konstruktioner s 27 ff. Lund 2006.
– Den vitenskapelige narrativitet. En skitse. Festskrift till Per Henrik Lindblom s 829 ff. Uppsala 2004.
– Fra polycentri til omsorg for retfærdighed. SvJT 2002 s 857 ff.
– "Hvad skal jeg gøre i denne sag?" Retsfilosofien mellem videnskab og praksis. Juristen 2003 s 81 ff.
– Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth. A Critical Analysis of Alf Ross' Conception of Legal Doctrine. European Journal of International Law. Vol 14, 2003 s 801 ff.

– Om det juridiske bevis. København 1976.
– Omsorg for retfærdighed. Essays om retlig praksis. København 2003.
– Praktisk retsfilosofi. København 2005.
Zitelmann, E, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. Leipzig 1879.
Zweigert, K, Kötz, H, An Introduction to Comparative Law, 3rd ed. Oxford 1998.
Åhman, O, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt. Uppsala 1997.

Rättsfall

Nytt juridiskt arkiv (NJA)

NJA 1930 s 131 *506*
NJA 1939 s 101 *236*
NJA 1949 s 134 *255, 525*
NJA 1950 s 86 *232*
NJA 1962 s 270 *506*
NJA 1962 s 276 *506*
NJA 1963 s 643 *236*
NJA 1965 s 427 *236*
NJA 1977 s 92 *506*
NJA 1977 s 717 *235, 521*
NJA 1978 s 223 *83*
NJA 1979 s 448 *490*
NJA 1979 s 483 *83*
NJA 1980 s 46 *506*
NJA 1980 s 145 *236*
NJA 1980 s 188 *236*
NJA 1980 s 705 *510*
NJA 1981 s 323 *440 f, 506*
NJA 1981 s 693 *510*
NJA 1982 s 244 *506*
NJA 1982 s 589 *510*
NJA 1983 s 808 *83*
NJA 1984 s 482 *224*
NJA 1985 s 178 *522*
NJA 1985 s 717 *224*
NJA 1987 s 553 *236, 447*
NJA 1988 s 408 *603*
NJA 1989 s 95 *224*
NJA 1989 s 614 *529*
NJA 1990 s 24 *83, 230, 432*
NJA 1991 s 319 *83, 219, 226, 602*
NJA 1992 s 403 *230*
NJA 1992 s 820 *224*
NJA 1994 s 34 *224*
NJA 1995 s 586 *83*
NJA 1997 s 382 *46, 83, 219, 236, 257, 602*
NJA 1998 s 448 *247, 251, 564*
NJA 1999 s 35 *219, 602 ff*
NJA 1999 s 629 *180, 236, 246 ff, 559*
NJA 1999 s 793 *224*
NJA 2000 s 78 *224*
NJA 2000 s 685 *564*
NJA 2000 s 747 *506*
NJA 2001 s 191 *231*
NJA 2001 s 750 *83*
NJA 2004 s 862 *439*
NJA 2005 s 142 *83, 236*
NJA 2005 s 309 *226*
NJA 2006 s 53 *236*
NJA 2006 s 638 *100, 506, 507*
NJA 2007 s 35 *219, 230, 432*

Amerikanska rättsfall

Lochner v New York, 198 US 45 (1905) *481*

Southern Pacific Co v Jensen, 244 US 205 (1917) *437*

Brittiska rättsfall

Gardner v Coutts & Co [1968] 1 WLR 173; [1967] 3 All ER 1064, Ch D *525*

Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society (No 1) [1998] 1 WLR 896; [1998] 1 All ER 98, HL *412, 445 f*

Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd [1939] 2 KB 206, [1939] 2 All ER 113, CA *525*

Sak- och personregister

A

Aftonstjärnan 323
Ahlander, B 367 f, 373
Analytisk filosofi 173, 298, 310 ff, 376 ff
Anbud-accept-modellen 30, 79, 430 ff
Andra världskriget 167, 334, 345, 373 f
Anything goes! 134
Arkitektur 368, 388
Aristoteles, Aristotelianism 123 f, 144 ff, 316, 370, 389, 415, 429
Arnholm, C J 403 f, 427 f
Atiyah, P S 34, 113 ff, 118, 137 f, 472 f
Augustinus, St 211, 465 ff
Auktoritetsskäl 260 ff, 390
Avtalsfrihet 24 f, 86, 96 ff, 113 f, 120, 137, 140 ff, 249, 291 f, 437, 448, 597 ff
Avtalslagen 78 ff, 88 ff, 435 ff

B

Beskrivning, istället för förklaring 184 f
Bestämda beskrivningar 324 ff
Bevisfrågor 542 ff, 572 ff
Boström, C J 313

C

Cambridge 132, 310 ff, 324 ff, 333 f, 371
Carnap, R 240 f, 287, 371 f, 374, 583
CISG 45 ff, 548 f
CLS 32 f, 106, 115 ff, 128, 148 f, 153

D
Denotation 324 ff
Deskriptiv kritik 35 ff, 139 ff, 172 ff, 588 ff
Dikotomier 187 f
Dispositive utsagn 403 f
Dogmatik 28, 57 f, 155, 162, 260 f, 296, 370, 454
Dolusregeln 602 ff
Duvor, på taket 341 f

E
Eckhoff, T 122, 127, 320, 383, 404 f, 512
Einstein, A 373
Ekelöf, P O 40, 55 f, 133, 185, 311, 360 ff, 376 ff, 406, 411 ff, 549 ff, 565 ff
Elefanten 211
Enhet (rättssystemets) 221 ff
Epistemologi 145, 315
Exegetik 185

F
Faktische Vertragsverhältnisse 92 f, 129
Falsa demonstratio non nocet 46, 225 f, 564, 604
Fiktioner 245, 451 f
Finsk rättsvetenskap 105
Form 479 ff
Formalism 120 ff, 480 ff
Formellt (avtals)paradigm 63 ff
Frege, G 313 ff
Frågor, istället för svar 185 f
Fukuyama, F 118
Fullmaktsgrundande rättsfakta 92 ff, 398
Funktionsbegrepp 303 ff, 419 ff
Futurism 240 f
Förutsättningsläran 67 f, 73, 81, 163, 208, 219, 426 f, 513 ff

G
Gadamer, H-G 47, 130 f, 133 f, 165, 279, 572
Genealogi 43, 285

Gierke, O, 141 f
Giltighetsregeln 229, 601
Grammatik 149
Grotius, H 45, 47, 67, 370, 431, 479, 580
Gränser, språkets 36 ff, 155 f, 200
Grönfors, K 34, 44, 65 f, 71, 76 ff, 88 ff, 135, 154, 180, 266, 397 ff, 427, 429 ff, 439 ff, 472, 546, 556

H

Harmonisering, av privaträtten 386 f, 394, 396, 436
Hedenius, I 333 ff, 352 f, 364
Hegel, G W F 86, 87, 156 f, 313, 389
Heidegger, M 42, 56, 130 f, 150, 290, 343
Hermeneutik 127, 131, 476 ff, 572 ff
Hjälpregler (i tolkningsläran) 601
Humpty Dumpty 411 ff
Hägerström, A 32, 36 f, 297, 301 f, 307 ff, 310 f, 313, 333 ff, 349 f, 357 ff, 374, 560 ff
Hägerström-Lundstedtska misstaget 333 ff

I

Idealism 37, 86, 105, 122 f, 239, 286 f, 369, 449, 577
Ignatz Mouse 193 ff

J

Jargong 181 ff
Jhering, R v 76 f, 281, 451 f, 495, 502
Jämkning 74 ff

K

Kant, I 36 ff, 96 f, 123, 145 f, 150 f, 155, 333, 409
Karlgren, H 139, 171, 180, 264, 281, 544 f
Kelsen, H 132, 287 f, 303, 354 f, 371 f
Klarhet 332
Konstapel Pupp 193 ff
Kopplingsbegrepp 376 ff, 419 ff

Kubism 94, 103, 135
Kungen av Frankrike 324 ff
Krazy Kat 193 ff
Kritik 30 ff

L

Lassen, J 90, 144, 212 f, 228, 426, 485, 517 ff
Lehrberg, B 67 f, 100, 121 f, 144, 154, 173 f, 220 ff, 304, 406, 429, 472, 514 ff, 543 ff, 556, 559, 573
Liberalism 86, 108 f, 115 f, 117 f, 120, 123 f, 137
Logisk analys 318 ff
Logisk positivism 167 ff, 287, 371 f
Lundstedt, A V 56, 178, 239, 298 f, 300 ff, 327, 333 ff, 368 ff, 442, 560, 582

M

Magi 260, 305 ff, 338, 349 f, 377, 391 ff, 417, 457 f, 475
Marc-Wogau, K 333
Marxism 34, 105, 118
Materia 479 ff
Materiellt (avtals)paradigm 63 ff
Meningsfrågan 313 ff
Metafysik 417, 452 f
Modern avtalsrätt 479 ff
Moore, G E 311, 331, 333
Morgonstjärnan 323
Myt, -ologi 256 ff

N

Naturrätt 452 f
Neoaristotelianism 123 f
Neoformalism 120 ff
Neowittgensteinianism 130, 133
Normativ kritik 30 ff
Nynormativism 106, 148
Nyrealism 126, 482

O
Objektivism 59, 64, 76 ff, 207, 224, 231, 438, 517 ff, 547 f
Offentlig rätt se Privaträtt
Olivecrona, K 562 ff
One right answer-thesis 222
Ontologi 106 f, 145, 297, 315, 375, 444 ff
Oxford 357 f

P
Paradigmbegreppet 72 f
Parkeringsfallet 439 ff
PECL 46, 437, 549
Pendelmetaforen 75 f, 136
Postmodern, -ism 61, 128 ff, 304
Primitiva samhällen 95, 307 ff, 365, 367, 391 f
Privaträtt, gränsen mot offentlig rätt 140 ff
Pufendorf, S 370, 415, 431, 453

Q
Quine, W v O 374

R
Referentiell meningsteori 134, 280 f, 284, 380, 391 f, 468
Relativism 157
Romersk rätt 43 f, 45, 125 f, 141, 308 f, 344, 436
Rorty, R 150
Ross, A 125, 131 ff, 167 ff, 244, 287, 372 f, 376 ff, 389, 391 ff, 395 ff, 417, 457, 561
Russell, B 299, 311, 318 f, 324 ff, 341 f, 376
Rylander, S 264
Rättighetsdebatten 349 ff
Rättvisa 38, 110, 120, 122 ff, 149, 185, 261, 445, 450, 478
Rättsdogmatik 21, 28, 54 ff, 155, 162, 296, 370, 408, 443, 454

Rättsekonomi 56, 119 f
Rättsfaktum, och rättsföljd 258, 296, 360, 363 ff, 377 ff, 406, 549 ff, 566 ff
Rättsfrågor 215 f, 264, 503, 541, 549 ff
Rättsföljd se Rättsfaktum
Rättshistoria 184, 535
Rättsmaskineriet 300 f, 336
Rättstillämpning 254, 574 f

S

Sakfrågor 185, 216, 549 ff
Sakskäl 93, 262 ff
Sanning 139 ff
Saussure, F de 414 f
Savigny, F C v 44, 67, 141, 221, 227, 245, 433, 545
Schack 234 ff, 458 ff
Seriemediet 195 f
Skalbaggar 278 f
Slow reading 58
Sofisterna 42 f
Spel 279 f
Språk 75
Språkfilosofi 282, 313 ff
Språkkritik 47 f
Språkspel 134, 278 ff, 461 ff
Stang, F 74 ff, 141, 240 f, 258 f, 518, 548, 579
Subjektiva rekvisit 30, 100, 506, 592
Subjektivism 513 ff
Substansbegrepp 303 ff, 419 ff
Syllogism 568

T

Teleologi 40, 55 f, 185, 355, 574 ff,
Teologi 155, 238
Testamentstolkning 24, 543
Tractatus logico-philosophicus 133, 172, 182, 319
Traditionsbegreppet 260
Tû-Tû 376 ff, 391 f

U
Undén, Ö 287 f, 302 ff
UNIDROIT Principles 46, 548 f
Upplysningen 409
Uppsala, -skolan 36 f, 132, 138, 178, 239 f, 244, 287, 297 ff, 333 ff, 349 ff, 361 ff, 560 ff
Ussing, H 144 f, 154, 180, 212 ff, 228, 398, 426 f, 485, 514, 517, 527 ff, 544

V
Vahlén, L 164 ff, 243 ff
Vardagsspråksfilosofi 130, 173, 357 f
Venus 323
Verifikationism 167 ff
Vidskepelse 73
Viljeförklaring, -sbegreppet 42 ff, 425 ff
Viljeteori 59, 74 f
Vänsterns kris 117 f

W
Wedberg, A 298, 333 ff, 372 f, 376
Wien 132, 169, 172, 320, 371 ff, 394
Wilhelmsson, T 34, 63 ff, 88 f, 101, 104 ff, 119, 138, 144, 148
Windscheid, B 67, 74 f, 76, 102, 485, 502 f, 517 ff, 538 f, 580 f
Wittgenstein, L 42, 56, 129 ff, 150, 159, 186, 188, 257, 272 ff, 286, 293, 319 f, 461 ff, 476 f, 489
Woxholth, G 403 ff, 498

Z
Zitelmann, E 238 f

Ä
Äganderätt 127, 261, 288, 302 ff, 338 f, 360 ff

I DEN VETENSKAPLIGA DISKUSSIONEN kring avtalsrättens frågeställningar figurerar en distinktion mellan tolkning och utfyllning av avtal. Det har antagits att denna distinktion är grundläggande, i systematiskt hänseende. Det har också antagits, att den saknar all praktisk betydelse. Under alla omständigheter råder enighet om, att det inte är möjligt att ange exakt var gränsen mellan tolkning och utfyllning går.

Denna bok tillhandahåller ett svar på frågan om tolkningens förhållande till utfyllningen. Svaret levereras dock inte direkt – i form av en lära, färdig för användning. Framställningens fokus ligger heller inte på svaret, utan på frågan.

I ett försök att sätta frågetecknet djupt nog, följer författaren i en serie undersökningar de diskursiva förloppen tillbaka till tiden för den moderna svenska förmögenhetsrättens tillblivelse. Det visar sig, att problematiken kring distinktionen mellan tolkning och utfyllning inte kan isoleras från det sätt på vilket den moderna avtalsrättens själva rationalitet är konstituerad. Problemet följer med avtalsrättens självbild, specifikt med dess attityd till viljebegreppet. Kan vi se det, upphör distinktionen mellan tolkning och utfyllning att vara problematisk – det är vad författaren gör gällande.

Joel Samuelsson är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Akademisk avhandling.

ISBN 978-91-7679-691-8
ISSN 0283-7930