

Pacta sunt servanda och pragmatiska principer

MIKAEL MELLQVIST*

De traditionella filosofiska
dispyterna är till största delen
lika obefogade som ofruktbara.¹

Inledande friskrivning

Mina initiala tankar och preliminärt uppställda teser inför ämnet *principfasthet och pragmatism i förmögenhetsrätten* innefattade att den princip (med underprinciper) som uttrycks i sentensen *pacta sunt servanda* är en inom förmögenhetsrätten (avtalsrätten) stark princip. Att hålla fast vid att avtal ska hållas måste således anses vara ett tydligt uttryck för principfasthet. Men tankarna fortsatte med att det i förmögenhetsrätten (avtalsrätten) förekommer ett stort antal andra principer. Pragmatism kanske kan vara en sådan annan princip, funderade jag. Analyser av rättsliga företeelser och rättstillämpning handlar hela tiden om att ställa samman olika principer och väga dessa mot (eller med) varandra för att nå ett resultat. Principfasthet och pragmatism behöver kanske inte nödvändigtvis ställas mot varandra – tvärtom. Det var alltså min avsikt att skriva något om detta. Och så har det också blivit. Vad jag däremot inte insåg – men naturligtvis borde ha insett – när jag umgicks med dessa initiala tankar var att det inom juridiken i stort, inte minst inom avtalsrätten, och även i vidare (rätts)filosofiska sammanhang har ägnats så mycken möda åt att behandla just detta med principfasthet och pragmatism

* Lagman och jur dr h.c.

¹ A.J Ayer, *Språk, sanning, logik*, Stockholm 1953, s. 9.

i avtalsrätten.² Här fanns det verkligen inga hjul att uppfinna! Men – skam den som ger sig – jag höll ändå envist fast vid mina initiala tankar – med den tillkommande insikten att min behandling av ämnet i detta sammanhang inte kunde bli annan än ytterst ytlig. Med det också sagt (här kommer fri-skrivningen) att jag inte har tagit del av mer än en ynka bråkdel av allt som tidigare sagts i ämnet. Men denna lilla bråkdel har ändå befast min (möjligen något paradoxala) övergripande tes om att *iakttagande av pragmatism är ett principfast förhållningssätt*.

Något om principfasthet

En princip fyller i vissa bemärkelser samma funktion som en lag, dvs. som en generellt gällande föreskrift att hålla sig till i enskilda fall. Skillnaden är att lagen är antagen på ett juridiskt formaliserat sätt medan en princip kan ha egentligen vilket ursprung som helst. Inom juridiken tolkar och tillämpar vi gällande rätt på vissa sätt. Hur lagtolkning och rättstillämpning närmare bestämt bör gå till är inte bestämt i lag utan det har utvecklats inte minst inom den juridiska doktrinen. Den klassiska rättsdogmatiken går förenklat ut på att systematisera och förklara hur gällande rätt på olika områden gestaltar sig, utifrån hur lagar och enskilda lagbestämmelser bör tolkas och tillämpas. I allt detta finns en på kulturell grund vilande rättskällelära att använda sig av. Gällande rätt består, som bekant, inte endast av de gällande lagarna, långt därifrån. Förvisso är given lag en mycket viktig komponent när gällande rätt på ett område ska fastställas. Men sedvanor, praxis, förarbeten, doktrin m.m. lämnar också bidrag. En mycket viktig – och alldeles egen – komponent utgörs *invävt* i dessa källor *och dessutom* av juridiska principer. Dessa principer (dvs. icke formaliserat tillkomna ”lagar”) kan som sagt vara av skiftande ursprung. De kan ha större eller mindre kopplingar till olika rättskällor. Det kan vara direkt uttalade i t.ex. praxis eller doktrin. De kan gå att sluta sig till endast genom att ställa samman bidrag från ett flertal rättskällor. De kan i och för sig också ha formaliserats i lag. Juridiskt gällande och användbara principer kan med andra ord vara av olika slag och ha olika status. Men de är hela tiden påtagligt närvarande inom juridiken. Vid närmare eftertanke är det principer av olika slag som ger rättssystemet stadga

² Och då avser jag enbart den svenska (i någon mån nordiska) diskussionen. Om man öppnar fönstret mot resten av världen blir man... tja, yr i mössan. Jfr Joel Samuelsson, *Tolkning och utfyllning – Undersökningar kring ett förmögenhetsrätsteoretiskt tema*, Uppsala 2008, s. 112.

och stabilitet. Man skulle till och med kunna uttrycka det som att principer är något av byggstenar i rättskällorna, något som förbinder olika rättskällor med varandra och dessutom något som är överordnat rättskällorna.

Ola Svensson har i två artiklar presenterat Ronald Dworkins rättsteori ("law as integrity") om *den principstyrda rätten*.³ Den teorin går i allra största korthet ut på att det utöver de rättsregler som går att utläsa ur rättskällorna (lag, motiv, prejudikat, doktrin) finns vissa grundläggande principer som kan användas för att precisera och fylla ut vad som finns att hämta i rättskällorna; ja, till och med för att avvika från vad som där kan sägas. Dessa principer – som alltså blir en form av rättskälla – gäller i kraft av sin förmåga att rättfärdiga reglerna (uttryckta i t.ex. skriven lag) och kan sägas uttrycka den "institutionella moralen". På det sättet bidrar principer också som ett slags kitt som håller samman hela rättssystemet.⁴

En princip är att se som en generellt gällande föreskrift påstod jag inledningsvis. Det kanske bör tilläggas att den "föreskriften" grundar sig på ett ställningstagande, dvs. en värdering. Med tanke på principers stora betydelse inom juridiken tror jag att man lugnt kan påstå att någon objektiv, helt värderingsfri, juridik inte existerar. Det innebär att principfasthet är ett värderingsbaserat synsätt som bygger på att man håller fast vid vissa värderingar och inte tillåter sig att rucka på dessa. "Problemet" är emellertid att andra principer kan föra med sig ett sådant ruckande. Principfasthet för nödvändigtvis inte med sig stabilitet.

Något om pragmatism

Ibland ser man att *pragmatisk* anses liktydigt med *praktiskt*. Det är ingalunda fel, men det är ändå en förenkling. Den gren inom filosofin som brukar benämnas pragmatism (eller pragmaticism), och som har Charles Sanders Pierce (1839–1914) som upphovsman, fokuserade på de praktiska konse-

³ Ola Svensson, *Den principstyrda rätten 1 – En presentation av Ronald Dworkins rättsteori* i Ny Juridik 4:16 s. 19 och *Den principstyrda rätten 2 – Teorins betydelse för svensk kontraktsrätt* i Ny Juridik 1:17 s. 79. Se också hans monografi *Avtalsfrihet och rättvisa – en rättsfilosofisk studie*, Lund 2012.

⁴ Det finns beröringspunkter mellan detta synsätt och det synsätt Dag Victor för fram i sin avhandling *Rättssystem och vetenskap* från 1977. Där redovisar han sin syn på rättssystemet som ett ideologiskt system som "existerar i sig självt" och som därför kan vara föremål för vetenskapliga studier och analyser. Mer om detta i det följande.

kvenserna av handlingar och påståenden.⁵ I den filosofin utgick man från att förutsägelser är möjliga. Det går alltså att förutse konsekvenser av olika handlingsätt. Den bakomliggande logiken bakom detta antagande är att vi människor erfarenhetsmässigt upplever regelbundenhet, vilket förutsätter att verkligheten består av lagbundna fenomen. Och av dessa lagbundenheter kan vi människor alltså dra slutsatser om följderna av olika sätt att agera. I det ligger också att all vår kunskap om verkligheten är indirekt eftersom den härrör från vår egen interaktion med verkligheten. Det påminner om vad Ernst Mach uttalade om att vi bara känner till en källa som direkt avslöjar vetenskapliga fakta, nämligen våra sinnen.⁶ En sentida filosof som i någon mån kan sägas ha tagit över den stafettpinnen är W.v.O. Quine (1908–2000) som någonstans lär ha uttalat att ”endast vetenskapen kan berätta för oss om världen, och en av de saker som vetenskapen berättar för oss om världen är att vår kunskap är begränsad av och inskränkt till våra sinnesintryck”.

Det finns också beröringspunkter mellan pragmatismen och den s.k. Wienkretsen och dess (i och för sig mycket spretiga) filosofi. En av medlemmarna i denna krets, Karl Popper, har sagt att ”jag vet att jag ingenting vet – och ofta inte ens det”.⁷ Liknande uttalanden har fällt av Esaias Tegner (som inte har ett dugg med Wienkretsen att göra) som har sagt ”Hvad du icke kan säga, vet du ej; med tanken ordet föds på mannens läppar: det dunkelt sagda är det dunkelt tänkta” och av Ludwig Wittgenstein (som har tydliga beröringspunkter med Wienkretsen) när han i *Tractatus* slog fast: ”Vad man icke kan tala om, därom måste man tiga”.⁸ Det finns också en koppling mellan Axel Hägerström (Uppsalaskolan) och hans filosofi och pragmatismen liksom även med den rättspositivism som uppstod under 1800-talet och växte sig successivt starkare under 1900-talet.⁹ Även de amerikanska rättsrealisterna

⁵ Andra filosofer som förknippas med pragmatismen är William James (1842–1910) och John Dewey (1859–1952).

⁶ Ernst Mach (1838–1916) är väl i dag mest känd för att ha gett namn åt överskridandet av ljudhastigheten (machtalet). Han vara alltså fysiker, men också vetenskapsfilosof och företrädde en radikal empirism, se t.ex. hans 1905 utkomna *Erkenntnis und Irrtum* (Kunskap och villfarelse).

⁷ Karl Sigmund, *Wienkretsen – Filosofi på avgrundens rand*, Stockholm 2017, s. 226.

⁸ Se Louise Vinge (redaktör) och Kurt Johannesson, *Tegnér och retoriken*, Åstorp 2003, s. 122 resp. Karl Sigmund, a.a. t.ex. s. 112 och s. 123.

⁹ Ang. Axel Hägerströms filosofi nöjer jag mig här att med att hänvisa till Staffan Källströms *Den gode nihilisten – Axel Hägerström och striderna kring Uppsalafilosofin*, Stockholm 1986, eller varför inte hans avhandling *Värdenihilism och vetenskap – Uppsalafilosofin i forskning och samhällsdebatt under 1920- och 30-talen*, Göteborg 1984, Patricia Mindus, *A Real Mind – The Life and Work of Axel Hägerström*, 2009 och Max Lyles, *A Call for Scientific*

kan sägas ha haft beröringspunkter med pragmatismen i det att de satte fokus på hur rättsliga system tillämpades i praktiken och de sociala konsekvenser de medförde, dvs. hur rättssystemet *de facto* gestaltar sig i verkligheten. I skärningspunkten mellan juridik, filosofi och psykologi har också den s.k. nyretoriken steg för steg tagit plats som en förklaringsmodell för hur vi reagerar på information och argumentation. Den nyretoriska teoribyggnaden är inte helt lättillgänglig, men den kan sägas i grunden bygga på den klassiska retoriken dock på ett intrikat sätt parad med den förnuftsmässiga filosofin. Den knyter rationalitet och logik till de historiska och sociala förutsättningar som gäller för mänskligt tänkande och agerande.¹⁰ Mats Rosengren har träffande uttryckt det som att den nyretoriska teorin är varken rationell eller irrationell, utan förnuftig.¹¹ En med Hägerström samtida svensk filosof som separerade *och* kopplade samman förnuft och känsla var Hans Larsson.¹² Han var en skarpögd iakttagare och analytiker av mänskligt beteende så som det *de facto* gestaltar sig. Han har beträffande intuition bl.a. uttalat att den känslomässiga reaktionen kan ge sig till känna omedelbart och att den då inte är att förlita sig på. Han uttrycker det som att tanken (dvs. förnuftet) på det stadiet är ”omtöcknat” av känslan. Människans kulturella framsteg ligger, enligt Hans Larsson, i att vi har skiljt tanken från känslorna. Vi kan tänka förnuftsmässigt och bortse från känslorna. Men när den tankeproces-

Purity: Axel Hägerströms Critique of Legal Science, 2006, Jes Bjarup, *Reason, Emotion and The Law – Studies in the Philosophy of Axel Hägerström*, Århus 1982, Bo Petersson, *Axel Hägerströms värde teori*, Uppsala 1973 och hans, *Värde, känsla och fiktion – Fem studier om Uppsalaskolan och Axel Hägerströms moralfilosofi*, Linköping 2017. En utmärkt inledning till/sammanfattning av Hägerströms filosofi ges av Konrad Marc-Wogau, *Studier till Axel Hägerströms filosofi*, Stockholm 1968. Se också Joel Samuelsson, a.a. särskilt s. 295 f. som redovisar inte särskilt höga tankar om Hägerströms filosofi. Ang. den tyska historiska skolan och framväxten av rättspositivismen, se Adam Croon, *Jura novit curia – En rätts-genetisk undersökning av den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, Stockholm 2018.

¹⁰ Chaim Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, Notre Dame 1969 och Chaim Perelman, *Retorikens imperium*, Ödåkra 2013. Jfr också Jonas Gabriellson/Inger Hoedt-Rasmussen (Eric Bylander), *Juridisk genomslagskraft*, Ödåkra 2016, Janus Beyer, *Retorik i rätten*, Malmö 2015, Maria Wolrath Söderberg, *Topos som meningsskapare*, Ödåkra 2012, Maria Louise Staffe, *Retorik*, Köpenhamn 2008, Jörgen Fafner, *Tanke og tale*, Köpenhamn 1982 och Sören Stig Andersen, *Naerhed ved domstolene*, Köpenhamn 2012 samt Ande Somby, *Juss som retorikk*, Tromsø 1999.

¹¹ Mats Rosengren, *Psychagogia – konsten att leda själar*, 2 uppl. Ödåkra 2015, s. 10. Jfr också Mats Rosengren, *Om doxa – den nya retorikens kunskapssyn*, 2 uppl. Ödåkra 2008 och *För en dödlig som ni vet är största faran säkerhet*, Åstorp 2006.

¹² I en rik produktion se de två små skrifterna *Intuition och Intuitionsproblemet*, Stockholm 1892 respektive 1912; den förra i nyutgåva 1997.

sen är slutförd kan vi med ”bibehållande af själfständigheten och den fria öfverblicken och begreppsklarheten” hos tankarna, återvända till känslorna för att hos dem stämma av tankarna och sätta in dem i en helhetsbild. Framträder då en form av ”förädlad bild” som är fylld med såväl förnuftsmässiga som känslomässiga överväganden.¹³ Trots Hans Larssons separation mellan förnuft och känsla hamnar han ändå här i någon form av ”final holism”.

I ett vidare perspektiv svarar detta också mot Dag Victors syn på rättssystemet som ett ideologiskt system där man kan uttrycka sanna påståenden såväl *om* som *i* systemet.¹⁴ Nyckeln till hans synsätt är att rättssystemet kan ses som ett ideologiskt system, dvs. ett av människan påhittat system som i sig kan vara föremål för studier, bearbetning, analys m.m. Med det synsättet behöver rättssystemet inte härledas ur någon övergripande filosofi och någon ”sann” formulering av systemet finns inte. Rättssystemets existens samt närmare innehåll och form kan, enligt Dag Victor, ”inte vara föremål för exakt kunskap i annan mening än att man kan ha kunskap om vad en viss person anser vara systemets innehåll” och det finns ”ingen möjlighet att formulera det på ett enhetligt och motsägelsefritt sätt”. Hans konklusion är att ”rättssystemet alltså har objektkaraktär, vilket gör att det kan vara föremål för kunskap. Men som objekt är det undflyende, obestämt och föränderligt”.¹⁵ Så mycket kan dock sägs som att systemet är ett *beslutssystem*, dvs. ett system inom vilket det går att fatta beslut. Inom ramen för systemet och med tillämpning av i systemet ingående regler kan det åstadkommas domar och andra avgöranden; i alla bemärkelser högkvalitativa sådana. Detta system är alltså till sin karaktär ett *ideologiskt* system, men ”på köpet” får man också ett *sambälleligt* system och det är den samhällliga utvecklingen som styr utvecklingen av systemet. ”Det verkliga livet är primärt i förhållande till ideologin – materien primär till tanken”, säger Dag Victor och ”systemets existens och utbredningsområde är inte omedelbart beroende av systemets regler utan av mer *sociologiskt färgade kriterier*”.¹⁶ Systemet som sådant är alltså *externt* beroende. Men all tillämpning sker *internt* inom (det ideologiska) systemet. Det som jag framför allt ser som pragmatiskt hos Dag Victor är frikopplandet

¹³ Hans Larsson, *Intuition* s. 14 f.

¹⁴ Dag Victor, *Rättssystem och vetenskap – Studier kring en analysmodell för ideologiska system*, Stockholm 1977, s. 191 f. Jfr också Juha Karhu i antologin *Aftaleloven 100 år*, Köpenhamn 2015, s. 89 f. och det han säger om avtalslagen som en *social konstruktion*.

¹⁵ Dag Victor a.a. s. 211 f. Victors syn har, tycker jag, klara beröringspunkter med Hans Kelsen och dennes rena rättslära, även om Victor själv framhäver skillnaderna (se s. 225 f.). Jfr Joel Samuelsson a.a., s. 354 f.

¹⁶ Dag Victor a.a. s. 237 och s. 230.

av rättssystemet från olika filosofiska grundläggningar. Detta frikopplande innebär att man ”i lugn och ro” kan ägna sig åt juridik och rättsvetenskap som en alldeles egen disciplin utan att behöva kasta oroliga blickar över axeln för att kontrollera vad mer eller mindre metafysiska åskådningar har för uppfattningar om rättssystemet. Rättssystemet *finns* – och det på *riktigt!* Det är, om inte annat, pragmatiskt!

Anledning till att jag här nämnt Wienkretsen, de amerikanska rättsrealisterna, Axel Hägerström, Hans Larsson och Dag Victor m.fl. är att jag anser att de alla – var och en på sitt sätt – i ett vidare perspektiv står för synsätt som i någon mening kan sägas vara av pragmatisk natur. Om man smalnar perspektivet till enbart avtalsrätten är inslaget av pragmatiska synsätt också frekvent förekommande.¹⁷

Med pragmatism menar jag alltså något mer än att det enbart är frågan om att ha ett ”praktiskt” förhållningssätt till sin omvärld och sin verksamhet. I stället är det snarare frågan om ett ”avskalat” synsätt fritt från metafysiska inslag förutom – och det är viktigt – att synsättet är värderingsbaserat.¹⁸ Pragmatism handlar i den tappningen om att göra mycket komplicerade förhållanden och företeelser enkla, begripliga och användbara med fokus på lösningar eller resultat. Det handlar, aningen tillspetsat, om att göra de *enkla lösningarna* intressanta i stället för de *svåra frågorna*.¹⁹

¹⁷ Se t.ex. Mads Bryde Andersen/Eric M. Runesson, *An Overview of Nordic Contract Law i The Nordick Contracts Act – Essays in Celebration of its one hundredth Anniversary*, Köpenhaman 2015, s. 30 samt Ditlev Tamm, *De nordiske aftalelove – mellem ”megaloman chauvinisme” og nordisk pragmatisme* och Sverre Blandhol, *Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt? – Aftalelovene og den nordiske rettspragmatisme i Aftaleloven 100 år* s. 17 f. resp. s. 37 f.

¹⁸ Jfr Joel Samuelsson, a.a. s. 442 f. där det han säger om att juridiken ”finns” – som jag förstår det – inte är något erkännande av metafysiken (även om rubriken till avsnitt 8.4 kan ge sken av det). Det är klart att juridiken (med rättssäkerhetsbegreppet) ”finns”. Det förnekar nog inte Hägerström/Lundstedt heller. Men det är just endast som juridik den finns. Det finns ingen verklighet bakom juridiken som motiverar dess existens eller skänker den legitimitet. Ibland förefaller det som vissa försöker leda i bevis att något sådant ”bakomliggande” skulle finnas. Robert Nozick inleder t.ex. sitt monumentala verk *Anarki, stat och utopi*, 5 uppl. Stockholm 2019, s. 31 (första upplagan från 1974) med orden ”Individer har rättigheter” som ett påstående om någon sorts begynnelsestillstånd. Med ett sådant anslag är det lätt att förstå att det inte blir någon styrelse på fortsättningen. Juridik kan alltså mycket väl utgöra ett vetenskapligt objekt. Men det objektet är inget annat än juridik, dvs. något som människan på grundval av vissa värderingar har konstruerat. Det är också så jag har uppfattat analyserna hos Dag Victor, *Rättssystem och vetenskap*.

¹⁹ Se t.ex. Mads Bryde Andersen/Eric M. Runesson o.a.a. s. 30 där de säger att ”For a pragmatist, the consequences of a rule may be more important than its contents”. Jfr Joel Samuelsson, a.a. s. 185 (p. vi) som säger ”tvärtom”. Trots det ser jag Samuelsson som en pragmatiker.

Pacta sunt servanda

Pacta sunt servanda (avtal ska hållas) är inom förmögenhetsrätten *en princip* som svävar över alla ifrågasättanden. Det finns dock *ingen regel* (uttryckt i lag eller annan rättskälla) som direkt uttrycker denna princip.²⁰ Det har t.ex. inte i avtalslagen behövt föreskrivas att avtal ska hållas. Det gäller ändå – alldeles självklart. Avtalslagen kan nöja sig med att, faktiskt *enbart*, reglera hur avtal kommer till stånd.²¹ Inte heller har det behövts någon generell lagreglering hur avtals innehåll ska bestämma (tolkas) och inte om sanktioner för de fall avtal inte hålls. Hjälpregler för att precisera avtalsinnehåll samt regler om följderna av avtalsbrott och förutsättningar för dessa följderna inträde finns i stället reglerat på skilda sätt inom den särskilda kontraktsrätten (se t.ex. köplagen). Det finns alltså en tydlig och klar uppdelning mellan å ena sidan en generell gällande och minimalistisk avtalslag och å den andra sidan fylligare och mer detaljerade regleringar av vissa särskilda avtalstyper (där köplagen fyller en viktig funktion som utgångspunkt för analogier). Denna legislativa uppdelning av kontraktsrätten är, såvitt jag förstår, något av ett nordiskt signum.

Man kan under alla förhållanden grovt men tveklöst ändå säga att såväl det kommersiella som det mer privata livet bygger på att ingångna avtal fullföljs. Om så inte sker kan juridiska sanktioner av olika slag inträda. Det är principiellt *och* praktiskt viktigt. Det är i grund och botten principfast *och* pragmatiskt. Pacta sunt servanda är en grundläggande princip, eller egentligen innebörden (konsekvensen) av principen om löftets bindande kraft. Det är en stark rättslig princip; central för avtalsrätten. Det saknas det anledning att i och för sig rucka på. Därmed inte sagt att avtal alltid, oavsett omständigheterna, ska fullföljas. Inte heller det finns det anledning att rucka på.

Rättvisa avtal ska hållas

Om man ser avtalet i ett historiskt perspektiv är principen pacta sunt servanda måhända inte lika given, i vart fall inte om man ser till innebörden av principen. Enligt Aristoteles' synsätt var avtalet en vänskapsrelation byggd på

²⁰ Ang. skillnaden mellan principer och regler, se Ola Svenssons presentation av Ronald Dworkins rättsteori i *Ny Juridik* 4:16 s. 19.

²¹ Strängt taget är det inte någon annan fråga som regleras i lagen. Man skulle dock kunna säga att 36 § reglerar något annat (fastställande av avtals innehåll under vissa förutsättningar). Ogiltighetsreglerna (och även fullmactsreglerna) handlar däremot om hur avtal (inte) kommer till stånd.

ömsesidig respekt och nytta.²² Omsorg om och lojalitet med sin medkontra- hent utgjorde ett väsentligt inslag i avtalsrelationen. Med denna *kommutativa rättvisa* följde ett krav på ömsesidighet och balans såväl vad gäller avtalets grund (tillkomstsätt) som dess innehåll. Av intresse är att den rättvisepincip som Aristoteles förespråkar gäller såväl inom- som utomobligatoriskt. Vad gäller avtalet är principen relationsskapande medan den i skadeståndsfallet är skadereglerande. Det innebär att avtalet kan ses som en början på något, inte ett slut. Sacharias Votinius uttalar.

”Den kommutativa rättvisan är först och främst avsedd att skapa samverkan. Genom ömsesidighet, den kommutativa rättvisans ideal för lika fördelning av tillgångar och bördor, ges parterna motiv att på vänskaplig grund komma sam- man i avtal och andra frivilliga relationer.”²³

Här finns det alltså en tanke om balans och jämvikt. I det innefattas – som jag förstår det – att den balansen ska vara uthållig. Avtalets innehåll ska med andra ord kunna justeras i omfördelande syfte om balansen rubbas av någon anledning. Det kan vidare konstateras att det i Aristoteles’ rättvisideal ingår ett icke ringa mått av solidaritet, dvs. rättvisa betyder inte nödvändigtvis att två avtalsparter ska få ”lika mycket” (rättvisan ska inte bara var kommutativ den ska även vara distributiv). Till exempel kan den enes större behov moti- vera att han eller hon ska få ”mer”. Med hänvisning till vad Aristoteles uttalar om rimlighet (*epieikeia*) har Sacharias Votinius uttalat följande.²⁴

”Jag menar att parterna i ett avtal på sätt och vis skapar sin egen lag genom att avge löften som fastställer deras inbördes rättigheter och förpliktelser. Men lika lite som lagstiftaren lagstiftar om alla upptänkliga situationer gör parterna det. Därför är det orimligt att i alla situationer hålla fast parterna vid avtalets ordalydelse, lika orimligt som att alltid tillämpa lagen strikt enligt dess bok- stav. Domaren bör istället se till att åstadkomma rättvisa i varje konkret fall. Bedömningen bör ske med utgångspunkt i ett grundläggande antagande om att parterna – oavsett vad de givit uttryck för – har haft för avsikt att få lika stor nytta av relationen.”²⁵

²² Se Sacharias Votinius, *Varandra som vänner och fiender – En idékritisk undersökning om kontraktet och dess pögrund*, Stockholm 2004, s. 61 f. Se också Adlercreutz m.fl. s. 30.

²³ Sacharias Votinius a.a. s. 66.

²⁴ Sacharias Votinius a.a. s. 70.

²⁵ Det bör observeras att det som uttrycks här är ett långt gående ”balans- och nyttotänk”. Avtalsparter ska enligt uttalandet, *oavsett vad parterna uttryckt*, få lika stor nytta av avtalet. Det torde gå utöver vad gällande rätt tillåter i form av t.ex. jämkning.

I den tappning som nu redovisats var alltså *avtalets bindande kraft* något som var *villkorat*. Så länge båda parter hade glädje och nytta av det var det gällande. Så länge ett avtal vilade på förnuftig grund eller hade ett godtagbart syfte – s.k. *causa* – gällde det. Om inte fanns det alltså rättsenlig grund att inte prestera enligt avtalet.

Alla avtal ska alltid hållas

Under 1600-talet förebådade dock Thomas Hobbes (1588–1679) och John Locke (1632–1704) nya tider. Den förstnämnda utvecklade i sitt mest kända verk *Leviathan* tesen om bellum omnium contra omnes (allas krig mot alla) med tankar som lade grunden för liberalismen. I den världen fanns det inte plats för några vänner som hos Aristoteles. Nu var vi alla fiender till varandra och vi måste söka skydd och räddning hos en enväldshärskare.²⁶ Med den senare träffades ett avtal – och det avtalet var bindande. Något utrymme för att förklara avtalet ogiltigt, jämka det eller omförhandla det fanns inte. Den kontraktsteori Hobbes utvecklade måste säga vara extrem (även avtal tillkomna under dödshot var fullt ut giltiga).²⁷ Det som stod i förgrunden var löftet. Löftet var den enda viktiga principen för kontraktuella relationer.²⁸ Löftet skulle hållas till varje pris och det enda sättet att agera lojalt i en avtalsrelation vara att hålla sitt löfte – vad som än hände. Denna extrema löf-testeori mjukades i viss utsträckning upp i Lockes version. Han ansåg avtalet bindande endast om det vilade på en rationell grund. Och han ville omgärda kontraktsrätten med ett visst rättsskydd. Men i grund och botten förefaller Hobbes och Locke att stå varandra nära i det att de förespråkar en nära nog obegränsad avtalsfrihet och de begränsningar som kan tänkas handlar inte om annat än att skydda egendom.²⁹

De tider som Hobbes och Locke förebådade var alltså den under 1700-talet gryende liberalismen som sedan successivt växte sig stark under 1800-talet och in på 1900-talet. Hos Adam Smith (1723–1790) och David Hume (1711–1776) talade man inte som hos Hobbes om människan som en egoistisk och ond varelse utan nu hette det att hon var ekonomisk och rationell

²⁶ Jag vet inte om man ska se det som grymt ironiskt att en av liberalismens förgrundsgestalter ser en diktator som en nödvändig beståndsdel i samhällsbygget.

²⁷ Den hotade har ju ett val; han eller hon kan ju välja döden framför att ingå ett avtal. Varför ska man förvägra vederbörande denna valfrihet?

²⁸ Sacharias Votinius s. 159 f.

²⁹ Sacharias Votinius s. 169.

– det låter lite bättre.³⁰ Smith utvecklade huvudsakligen ekonomiska teorier, men Hume (huvudsakligen historiker) utvecklade en teori kring avtalet som han grundade helt och hållet på löftesprincipen.³¹ Humes avtalsteori anslöt således i allt väsentligt till föregångarnas (Hobbes och Locke).

1915 års avtalslag

Den idémässiga grogrunden för 1915 års avtalslag var alltså tveklöst det liberala idealet om långt gående avtalsfrihet. Rent juridiskt utgår lagen från att avtalet är finalt, dvs. det reglerar mellanhavandet slutligt. Det lyser till och med igenom i språket i det att vi säger att man *sluter* ett avtal. Och det gäller även för avtal som till sitt innehåll innebär att parterna långsiktigt ska samarbeta på olika sätt. Avtalsmekanismen är exakt densamma oavsett om avtalet avser ett momentant utbyte eller ett långsiktigt samarbete.

”Avtal tillhör en av de grundläggande företeelserna i mellanmänniska relationer”. Så inleds en klassisk lärobok i ämnet.³² Om inte annat talar det för att man bör se på avtalsrättsliga problem med ”pragmatiska glasögon”. Om något är *grundläggande för mänskliga relationer* måste man rimligen göra allt för att underlätta och förenkla företeelsen, dvs. vara pragmatisk. Samtidigt kan det givetvis finnas all anledning att också vara principfast när det gäller något som är grundläggande för samvaron oss människor emellan. Avtalet är först och främst ett instrument ”i den ekonomiska omsättningens tjänst” och principen *pacta sunt servanda* har setts som ”en hörnsten i marknadsekonomin” – och vill man undvika att bli ”*persona non grata*” ifrågasätter man inte en sådan ekonomi.³³ Betoningen på löftet som rättskapande är dock i avtalslagen modifierat genom att det är löftet på det sätt som det har kommit uttryck och som motsvarar löftesgivarens avsikt med sitt löfte som är bindande. Inte nog med det. Den avsikten måste också ha uppfattats på ett rimligt sätt av löftesmottagaren. Det är ett uttryck för den s.k. *tillitsprincipen*. Avtalslagens synsätt är på så vis utpräglat intersubjektivt. Det är interaktionen mellan parterna som är avgörande. ”Avtalsfriheten som

³⁰ Sacharias Votinius s. 172. Se också s. 173 och vad som där sägs om ”den liberala traditionens förkärlek för att sätta vinningslystnad i samband med rationalitet och att koppla ihop icke-ekonomiska drivkrafter med irrationalitet”.

³¹ Sacharias Votinius s. 173 f.

³² Axel Adlercreutz, Lars Gorton, Eva Lindell-Frantz, *Avtalsrätt I*, 14 uppl. Lund 2016, s. 18.

³³ Adlercreutz m.fl. a.a., s. 19 och s. 28.

princip och partsviljan som rättsskapande faktor har begagnats som startpunkt för de mest olikartade teoretiska överbyggnader. Liberalismen under 1800-talet erbjöd en utmärkt grogrund för denna verksamhet”. Så uttrycks det i kommentaren till avtalslagen.³⁴ Min egen ”kortkommentar” till detta är att det alltså är partsviljan så som den har kommit till uttryck som är rättsskapande, om motparten har uppfattat denna vilja på ett rimligt sätt.³⁵

Det centrala och principiellt avgörande med avtalet är dess *partsbindningsfunktion*. Det är inte minst den som uttrycks i sentensen *pacta sunt servanda*. Men 1915 års avtalslag har alltså inget alls att sägs om det. Men den innebörden finns där som en tyst och självklar utgångspunkt. I ett vidare och hårdraget perspektiv innebär det att vår vilja, om vi förmår att uttrycka den hyfsat tydligt, är rättsskapande oavsett hur destruktiv eller irrationell den än är. Men någon gräns måste det väl finnas? Och det gör det också i 1915 års avtalslag. Den innehåller (i 3 kap.) en ogiltighetskatalog. I strid mot Hobbes' synsätt reglerar lagen vissa förhållanden som ska innebära att någon giltig viljeförklaring med bindande verkan inte har uppkommit. Den vilja som är rättsskapande måste var *fri*.³⁶ Är den inte det uteblir den rättsskapande effekten. Ett ofrivilligt agerande (”rättshandlande”) är som det ibland sägs en ”nullitet”, dvs. vi låtsas som att det aldrig har hänt.³⁷ Bortsett från förhållanden som nämns i avtalslagens ogiltighetskatalog finns det ytterligare en inbyggd svaghet i grundtanken om den fria partsautonomin. Den bygger nämligen inte bara på att parter agerar med fri vilja. Den bygger dessutom på att parter är fullt informerade om förutsättningar och konsekvenser och också agerar rationellt utifrån dessa. I verkligheten råder det *aldrig* sådana

³⁴ Kurt Grönfors/Rolf Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, 5 uppl., Stockholm 2016, s. 26 f.

³⁵ Jfr Adlercreutz m.fl. s. 45 f. där det bl.a. sägs att rättsregler är grundade på rättspolitiska överväganden (och beslut) och att olika teorier (viljeteori, tillitsteori m.m.) egentligen inte är särskilt intressanta. Samtidigt säger man där att *principer* kan vara av intresse. Det kan uppfattas som aningen motsägelsefullt. Löftesprincip, tillitsprincip m.m. är inte intressanta, men de är intressanta. Är det vad som menas? Skrivna lagtext, vedertagna lagtolkningsmetoder, rättspolitiska övervägande (förarbeten), rättsfall, doktrin och förekommande principer är *allt* och *alltid* av intresse vid tillämpningen. Jag vill hävda att sambandet och samverkan mellan dessa rättskällor (inkl. bärande juridiska principer) är alltför intrikat för att det ska vara möjligt att helt utesluta någon av komponenterna. Alltså; juridiska principer är av intresse!

³⁶ Jfr t.ex. Kåre Lilleholm, *Grenser för kontraktsfridommen i The Nordick Contracts Act – Essays in Celebration of its one hundredth anniversary*, s. 259 f. Han tillhandahåller där en kort utvecklingsexposé rörande avtalsfrihetens begränsningar.

³⁷ Ogiltighet delas ibland in i kategorierna ”nullitet” resp. ”angriplighet”, se t.ex. Axel Adlercreutz m.fl. a.a., s. 258 f.; en som jag ser det tämligen meningslös uppdelning.

perfekta förhållanden. Detta grundskott mot allehanda ekonomiska teorier har bäring även i detta juridiska sammanhang. Verkligheten är för komplicerad och för mångfacetterad – och den juridiska verkligheten alltför viktig – för att tillåta oss att dra alltför bestämda slutsatser utifrån orealistiska förutsättningar. Den s.k. vigilansprincipen, dvs. att vi alla alltid agerar med omsorg om våra egna intressen, tål nog inte att upprätthållas i alltför stor utsträckning.³⁸ Och det är väl just här striden står. I vilken utsträckning kan man nagga partsautonomin i kanten? I vilken mån kan man tillåta ”objektiva” förhållanden som skälighet, rimlighet, obillighet att intervensera i mellanmänskliga relationer?

Den ”nya” avtalsrätten

Möjligen kan man säga att avtalsrätten i Sverige efter 1915 har utvecklats i två olika spår.³⁹ Det är utvecklingen av dels ”6-2-principen”, dels ”konsumentspåret”. Om denna utveckling verkligen förtjänar epitetet ”den nya avtalsrätten” är väl högst tveksamt. Det är väl snarare frågan om just en utveckling av något redan befintligt, inte något ”paradigmskifte” eller annat ”revolutionärt”.

Men med ”6-2-principen” avser jag hur som helst den utveckling, i framför allt praxis, som skett i anslutning till bestämmelsen i 6 § andra stycket avtalslagen (jfr 4 § andra stycket). I den aktuella bestämmelsen föreskrivs följande.⁴⁰

³⁸ Jfr t.ex. Stefan Lindskog i *Aftaleloven 100 år* (redaktör Mads Bryde Andersen m.fl.), Köpenhamn, s. 326 f., som säger att fullt informerat och rationellt agerande är ”utopiska” förutsättningar.

³⁹ Om detta finns hur mycket som helst skrivet. Som någon form av sammanfattning kan hänvisas till de båda jubileumsantologierna *Aftaleloven 100 år* (redaktör Mads Bryde Andersen m.fl.) och *The Nordic Contracts Act* (redaktör Torgny Hästad), båda Köpenhamn 2016. Se också Christina Ramberg i SvJT 2015 s. 561.

⁴⁰ I grund och botten är frågan om avtalslagens reglering av avtalslut och dissens insiktsfullt behandlat redan av Lennart Vahlén i *Avtal och tolkning*, Stockholm 1966, särskilt s. 119 f. Mycket har hänt sedan Vahlén utkom med denna bok, men framställningen här är alltså av största intresse och enligt min mening är den aningen orättvist bortglömd. En annan sak är att det jag här kallar ”6-2-principen” efter bokens tillkomst har utvecklats enormt. Jfr för övrigt Joel Samuelsson, a.a., s. 49 som beskriver Vahléns författarskap som ”centralt” och s. 164 f. där han bl.a. utnämner Vahlén som den ”främsta auktoriteten” på området (för frågan om tolkning och utfyllning av avtal – förvisso en annan fråga än den jag behandlar här).

1. Ett anbud har lämnats.
2. Mottagaren av anbudet anser att anbudet har accepterats trots att svaret inte är ”rent”.
3. Anbudsgivaren har måst inse detta och underlåter att reklamera.
4. Avtalet är slutet med det innehåll som framgår av svaret (den orena accepten).⁴¹

Den mer vittgående princip som, enligt min mening, har utvecklats ur denna föreskrift är att det generellt åligger den som ger sig in i ett rättshandlande med någon annan en skyldighet att påtala den andres felaktiga uppfattningar när sådana är synbara (eller måste, i vissa fall borde, vara det). Om så inte sker uppstår bundenhet vid den andres uppfattning att avtal har träffats alternativt om vad som avtalats. Jag ska inte här utveckla denna princip eller innebörden av den. Doktrinära uttalanden och rättspraxis är oerhört rik vad gäller detta. Men min uppfattning är att det i anslutning till denna bestämmelse har utkristalliserats en alldeles egen avtalsrättslig princip som kan sägas ha frigjorts från den aktuella bestämmelsen i avtalslagen och som står på egna ben. Och den principen innebär en skyldighet att i en avtalsrelation alltid korrigera eventuella missuppfattningar som man ser (eller måste, i vissa fall borde, se) att medkontrahenten hyser. Man kan kalla det för upplysningsplikt eller lojalitetsplikt eller något annat.⁴² Vilken etikett man väljer att åsätta principen är dock underordnat principen i sig. Jag menar att principen finns och att den är ett uttryck för gällande rätt. Jag tror vidare att detta i det stora hela inte förnekas av någon. Vad som däremot är föremål för delade meningar är hur man närmare ska bestämma förutsättningarna för att principen ska ”slå till” och principens räckvidd. I det sammanhanget har mycken kritik riktats mot att den bestämmelse (6 § andra stycket avtalslagen) som principen härleds ur är konstruerad med dubbla subjektiva rekvisit. Och subjektivitet är något som vi jurister är rädda för. Här är dessutom subjektiviteten dubbel.

⁴¹ Jag påstår här att avtal *är* slutet under de angivna förutsättningarna. Ett påstående om s.k. *avtalsverkan*. Vissa rättsfall ger i stället uttryck för en s.k. *bevisverkan* (presumtionsverkan), dvs. avtal är slutet under angivna förutsättningar om motparten inte kan styrka motsatsen. Se Adlercreutz m.fl. s. 117. Se också Erika P Björkdahl/Torgny Håstad, *Passivity Rules in the Nordic Contracts Act and Practice* i *The Nordic Contracts Act*, s. 43 f. och Torgny Håstad, *Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag med mera i Aftaleloven 100 år*, s. 165 f.

⁴² Ofta brukar det uttryckas som att bundenhet uppstår på grund av den ondetroendes passivitet, dvs. man fokuserar då på vederbörandes underlåtenhet att reklamera; det ses som det avgörande rättsfaktumet.

Konstruktionen är alltså dubbelt skrämmande. Enligt min mening är dock konstruktionen ett exempel på pragmatism; ja, till och med *nödvändig pragmatism*. ”6-2-principen” är ett uttryck för ett synsätt där juridik och juridisk tillämpning sker i en verklighet befolkad av verkliga människor. Den är också mycket väl förenlig med ett synsätt där rättssystemet är ett av människan skapat ideologiskt system där dikotomin subjektivt-objektivt inte har någon egentlig plats.

”Konsumentspåret” då? Under 1970-talet och framåt växte den s.k. konsumenträtten sig stark i Sverige. Den avsatte ett flertal lagar av såväl civilrättsligt som marknadsrättsligt slag. Kännetecknande för dessa var att de fokuserade på att ge ena parten (konsumenten) i en avtalsrelation vissa juridiska fördelar. Regleringarna hade på så vis ett slags skyddskaraktär. Den typiskt sett svagare parten i en avtalsrelation gavs ökade möjligheter att komma ifrån bundenhet alternativt att komma ifrån oförmånliga villkor. Efter det att denna utveckling under slutet av 1900-talet kan sägas ha stabiliserats och där konsumentskyddande reglering har normaliserats har man i övriga Europa inom ramen för EU-samarbetet ”kommit i kapp”. Det har fört med sig en rad EU-rättsakter där konsumentskyddet på olika sätt har preciserats och formaliserats. I ett svenskt perspektiv har dock detta *i sak inte* inneburit något utvidgat konsumentskydd.⁴³ Det man dock rent principiellt kan slå fast är att konsumentspåret har inneburit en utveckling med ökade möjligheter till en ”objektiv” korrigerande avtalsfriheten och oönskat avtalsinnehåll.

Man skulle också kunna nämna ytterligare ett ”spår” i utvecklingen. Det gäller hanteringen av s.k. standardvillkor. Bruket av på förhand bestämda (av ena parten eller mer sällsynt av företrädare för båda parter) villkor för leverans m.m. har ökat under hela 1900-talet. Det finns en rik flora av praxis och doktrinuttalanden vad som krävs för att sådana villkor ska anses utgöra en del av ett individuellt avtal, hur de ska tolkas m.m. Jag tvekar dock inför att benämna det som ett ”eget spår” i utvecklingen. Det är snarare frågan om en ingrediens i båda de ”spår” jag presenterat här.

Så här långt brukar det sägas att den ”nya” avtalsrätten har inneburit en ”objektivering” av avtalsrätten, där avtalsfriheten och partsautonomin har fått träda tillbaka. Och då hamnar man lätt i famnen på diskussionen kring generalklausulen i 36 § avtalslagen; ”en tydlig tendens, inte bara i nordisk rätt, är att avtalsrätten håller på att utvecklas från att vara formellt präglad till

⁴³ Ett bra exempel på denna ”icke-utveckling” är Ulf Bernitz artikel i SvJT 2019 s. 679 där det med önskvärd tydlighet framgår att EU-rätten *i sak inte* fört med sig något utökat konsumentskydd.

att bli mer materiellt inriktad där frågan om avtalsinnehållets skälighet skjuts i förgrunden”, har det sagts”.⁴⁴

Generalklausulen

”Detta är avtalslagens kanske mest betydelsefulla bestämmelse”. Så inleder Grönfors/Dotevall sin kommentar till bestämmelsen.⁴⁵ Det är givetvis ett helt felaktigt påstående. Det centrala i avtalslagen är partsbindningsmodellen (”anbud-accept-modellen”). Den modellen uttrycker också lagens i särklass viktigaste funktion. Och rent ideologiskt är den modellen uttryck för en långt gående avtalsfrihet och partsautonomi. Det som uttrycks i 36 § avtalslagen är ett *undantag från en stark princip*.⁴⁶ Det undantaget ska i och för sig rent allmänt, enligt uttalanden i förarbeten och doktrin, (i strid mot vad som ofta antas) inte användas med någon särskild försiktighet, men utrymmet för en användning av jämningsmöjligheten är i sig inte alltför stort.⁴⁷ Det har att göra just med att det handlar om ett undantag från en *stark* princip. Om man så vill är det ett undantag som ger uttryck för ett inslag av pragmatism i regleringen. Men detta undantag kan knappast benämnas som lagens ”mest

⁴⁴ Grönfors/Dotevall s. 258. Se Joel Samuelsson, a.a., s. 74 f. och hans kritik mot dikotomin ”formell” (subjektiv) resp. ”materiell” (objektiv) i frågan om avtalsrättens karaktär. Instämmer!

⁴⁵ Grönfors/Dotevall s. 255.

⁴⁶ Jori Munukka (*Kontraktuell lojalitetsplikt* s. 467) beskriver t.ex. avtalsfriheten som en primär och lojalitetsplikten som en sekundär reglering. Hans diskussion i anslutning till det om att lojalitet, som ett klart uttalat undantag från en huvudregel, bidrar positivt till förutsebarhet rättssäkerhet är intressant och övertygande. Vad han här, och annars i sin avhandling, säger om lojalitet är för mig ett utslag av pragmatism. Se också Adlercreutz m.fl., s. 21, som uttrycker det som att ”skälighetsbestämmelser och lojalitetsprinciper har successivt kommit att tillmätas allt större betydelse” och, s. 28, att principen om pacta sunt servanda ”har successivt mjukats upp”.

⁴⁷ Se prop. 1975/76:81 s. 100 f. (särskilt s. 117), SOU 1974:83 s. 103 f. och s. 193 f., Andreas Norlén, *Oskälighet och avtalslagen*, Linköping 2004, s. 2666 f., Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm 2007, s. 453 f., Claes-Robert von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm 1999, s. 118 och Kurt Grönfors/Rolf Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, 5 uppl., Stockholm 2016, s. 254 f. samt Axel Adlercreutz/Lars Gorton/Eva Lindell-Frantz, *Avtalsrätt I*, 14 uppl., Lund 2016, s. 331 f. Se också Eric M. Runesson, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*, Stockholm 1996, s. 394 f. Jfr även Johan Bärlunds, Hilde Hauges och Herman Brusceruds bidrag i antologin *The Nordic Contracts Act*.

betydelsefulla bestämmelse”. Men visst är den betydelsefull – det är alla lagbestämmelser.⁴⁸

Generalklausulen i 36 § kom inte till som någon blixtnyhet från en klar himmel. Bestämmelsen kan i och för sig sägas ge ett samlat uttryck för de samtida konsumenträttsliga strävandena. Men klausulen utgör egentligen inte något avgörande paradigmskifte i svensk avtalsrätt även om det ibland framställs som ett sådant. Förekomsten av oskäligen (otillbörligen) inslag hade uppmärksamats t.ex. i 8 § skuldebrevslagen när den kom till 1936 – och det var inte heller då någon helt ny tanke. Enligt den bestämmelsen krävdes att ett avtalsvillkor var *uppenbarligen otillbörligt* för att jämkning skulle kunna ske.⁴⁹ Även om konsumentskyddande aspekter stod i förgrunden vid införandet av generalklausulen 1976 är tillämpningen av bestämmelsen, som bekant, inte begränsad till sådana förhållanden.⁵⁰ Jämfört med 8 § skuldebrevslagen har 36 § avtalslagen inte något krav på ”uppenbarhet”. Placeringen i avtalslagen skänker också bestämmelsen en större allmängiltighet. Bestämmelsen är också innehållsmässigt av en mycket generell karaktär. Det har dock visat sig att bestämmelsen av domstolarna de facto har tillämpats med viss, inte obetydlig, försiktighet.⁵¹

⁴⁸ Jfr Joel Samuelsson, a.a. s. 74 f. som i språkkritisk anda tonar ned, eller i vart fall ifrågasätter, den ibland snarast ”mytiska” betydelsen av 36 §. Han säger mycket träffsäkert: ”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 sjuttioalets 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 – allt detta bidrar till känslan av att generalklausulen gjorde någonting med avtalsrätten, någonting synnerligen betydelsefullt”.

⁴⁹ Lagrådet förordade då att bestämmelsen skulle tas in i avtalslagen och inte skuldebrevslagen, se SOU 1974:83 s. 45 f.

⁵⁰ Jfr SOU 1974:83 s. 109 f. och prop. 1975/76:81 s. 100 f. och s. 135 f. Vid närmare eftertanke kan man på goda grunder påstå att det skulle vara en oerhört märklig ordning om man accepterade oskäligheter i vissa sammanhang men inte i andra.

⁵¹ Se prop. 1975/76:81 s. 100 f.; särskilt s. 117 och SOU 1974:83 s. 103 f. I specialmotiveringen (s. 193 f.) sägs inget särskilt om restriktivitet. Av intresse kan dock Lagrådets konstaterande (prop. 1975/76:81 s. 166) vara om att domstolarna kan ”förväntas gå fram med försiktighet”, dvs. en gissning – inte någon anvisning – om tillämpningen och också vad där sägs om betydelsen av anvisningarna i motiven (och deras tidsbundenhet). Aningen märkligt är uttalandet i Grönfors/Dotevall (s. 257) om att det ligger ”i sakens natur” att ”förarbetena till 36 § inte får bli alltför styrande”. När någon säger att något ”ligger i sakens natur” finns det alltid anledning att dra öronen åt sig; det sagda betyder i själva verket att det inte finns något (bra) argument för påståendet. Samtidigt sägs

Tillkomsten av 36 § avtalslagen sammanföll under alla förhållanden tidsmässigt med någon sorts kulmen på såväl den svenska konsumenträttens explosion med bärande idéer om begränsningar av partsautonomin rent allmänt och av den individuella avtalsfriheten som generella tendenser mot en mer objektiviserad syn på avtalet. Sedan kom ”frihetsrevolutionen”.

Liberalismen som politisk ideologi i klassisk tappning har under tidens gång varit föremål för modifikationer och justeringar av olika slag. Bland annat har den s.k. socialliberalismen försökt att mildra de yttersta effekterna av ideologin och försökt förena den med ett socialt ansvarstagande. Sådana ansträngningar har dock under senare årtionden fått stryka på foten när neoliberala (nyliberala) åskådningar har fått dominera. Idéer om rättvisa och jämlikhet anses i den tappningen som direkta hot mot människors frihet och fram för allt som ett hot mot avtalsfriheten. John Rawls omfattande och inträngande analyser om vad rättvisa kan anses vara avvisas bestämt till förmån för hyllandet av idén om ”allas krig mot alla” som lyckoskapande här i världen.⁵² Rawls idéer om rättvisa innefattar emellertid mer specifikt inte avtalsrätten.⁵³ Rättvisa för liberaler – gamla eller nya – är ett helt främmande och ovidkommande värde. Och med det följer naturligtvis att avtal – oavsett tillkomsätt och innehåll – till punkt och pricka ska hållas.

En som har behandlat generalklausulen och dess förhållande till avtalsfriheten är Andreas Norlén i sin doktorsavhandling.⁵⁴ Han gör sig där till tolk för en balanserad och – vill jag nog påstå – pragmatisk syn på hithörande frågor. Inte minst innehåller avhandlingen i 4 och 5 kap. en systematisk genomgång av generalklausulens förhållande till olika principer och, vad han

dock strax därefter att förarbetena innehåller ”generella riktlinjer från vilka domstolarna kan hämta ledning”. De generella riktlinjer som lämnats i förarbetena måste enligt min mening tillmätas ett betydande värde – och så har också varit fallet i såväl domstolspraxis som doktrin.

⁵² Se vad som sagts av nyliberaler om ”mord på friheten” i fråga om sociala välfärdsprojekt i välfärdsstaten, Sacharias Votinius s. 182. Som ett samlat nyliberalt manifest kan man se Robert Nozick, *Anarki, stat och Utopi* från 1974 som också kan sägas utgöra en reaktion mot bl.a. John Rawls, *En teori om rättvisa*, Göteborg 1996 (engelska originalet 1971). Som något av en kuriositet kan nämnas att Nozick och Rawls kände varandra väl, arbetade tillsammans, var professorer i samma ämne vid samma universitet. Trots det kan man i flera bemärkelser se dem som varandras motpoler (trots att det också finns likheter).

⁵³ Sacharias Votinius s. 184. Se också ang. detta Ola Svensson, *Avtalsfrihet och rättvisa: en rättsfilosofisk studie*, Lund 2012 och hans artikel i *Ny Juridik* 1:14 s. 21. Han gör där bl.a. en distinktion mellan legal avtalsfrihet och genuin avtalsfrihet och han synes företräda en ”förmedlande syn” där ett icke oväsentligt utrymme ges för pragmatism på principfasthetens bekostnad.

⁵⁴ Andreas Norlén, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Linköping 2004.

benämner, dygder. Jag ser hans framställning som liggandes väl i linje med ett pragmatiskt och rättvisebaserat sätt att se på frågorna. Även Ola Svensson förefaller kunna hänföras till ett sådant synsätt. I sin uppsats *Lagstyre inom avtalsrätten* diskuterar han (förenklat) balansen mellan "the rule of Law" (förtutsebarhet) och behovet av att kunna komma till rimliga (rättvisa) avgöranden i enskilda fall.⁵⁵

Jori Munukka uttalar i sin doktorsavhandling att det "kan konstateras att en vittomfattande plikt att ta till vara motpartens intresse gör sig gällande i svensk avtalsrätt".⁵⁶ Han åsätter dessa plikter (detta samverkansparadigm) samlingsbeteckningen lojalitetsplikt, som han menar utgör en grundläggande avtalsrättslig princip (men inte regel). Det påminner en hel del om den kommutativa rättvisa som t.ex. Sacharias Votinius talar om i anslutning till Aristoteles. Jori Munukka redovisar också skepsisen mot en lojalitetsplikt i avtalsförhållanden; en skepsis som grundar sig på att sådana hänsynstaganden skulle ha en skadlig inverkan på affärlivet. I motsats till Jori Munukka kan jag inte se att de ekonomiska argumenten bakom detta har "svåremotståndlig övertygande kraft". I stället är det väl, som han också (och bättre) uttalar, så att de "kan kritiseras bygga på en väl enkel, stereotypiserad verklighet". Och i slutändan kanske de ekonomiska teoriernas betydelse inte ska överskattas; det finns klara rättskällestödd för att de samverkanstankar som framförs utgör gällande avtalsrätt. Avtalsförhållanden har, som Jori Munukka framhåller, i "allt högre utsträckning kommit att betraktas som *förhållanden* och mindre som bindande löften".

Joel Samuelsson, som hittills endast figurerat i några fotnoter, för i sin avhandling fram det "språkkritiska alternativet" när han vill beskriva, förklara och definiera avtalsrättens väsen. Han sammanfattar detta alternativ i tio punkter.⁵⁷ Hans objekt är enligt honom det "avtalsrättsliga språket", han väljer således exegetik framför teleologi. Det han analyserar är texten och han fäster inget (större) avseende vid orsaker, funktioner, ändamål, ekonomisk effektivitet och rättvisa. Det partikulära och konkreta är viktigare än det generella och abstrakta. Och han bygger inte upp några teorier och – han säger sig inte vara resultatinkriktad. Frågorna är viktigare än svaren. Inte bara det sistnämnda utan även annat i det nu redovisade skulle väl kvalificera Joel Samuelsson som en svuren fiende till pragmatismen. Men nej – jag vill inte

⁵⁵ Ola Svensson, *Ny Juridik* 1:16 s. 7.

⁵⁶ Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm 2007, s. 461 f. Se också hans bidrag i *The Nordic Contracts Act* s. 203 f.

⁵⁷ Joel Samuelsson, a.a. s. 183 f.

sätta den etiketten på hans språkkritiska ”program”. Även här finns påtagliga pragmatiska inslag.⁵⁸ Och som vetenskapligt angreppssätt och metod förefaller hans språkkritik vara högklassigt (vilket jag inte är rätt person att uttala mig, även om jag precis gjorde det).

Pragmatism som en princip för rättvisa

När jag någon gång under 1980-talet för första gången deltog vid ett doktorseminarium i Uppsala där två olika förhållningssätt i en juridisk principfråga (vilken det var har jag glömt för länge sedan) ställdes mot varandra grävdes de inledande skyttegravarna snabbt och de ”båda sidorna” i debatten kastade rikligt med granater över motståndaren, när en deltagare efter en stund försiktigt undrade om det inte fanns utrymme för att inta en förmedlande ståndpunkt. Detta utlöste givetvis ett ramaskri från *båda* sidorna i striden. Vad som helst! Men absolut inte någon kompromiss!

Principfasthet eller pragmatism i förmögenhetsrätten? Frågan implicerar ett avgörande vägval. Har vi här med en dikotomi att göra där man tvunget måste välja det ena eller det andra eller kan man hitta någon form av mellanväg. Eller är det senare, i likhet med vad som inledningsvis beskrevs, något som man måste ”vandra över lik” för att uppnå?

Egentligen är nog svaret redan givet. Den kompromiss, eller förmedlande ståndpunkt jag talar om, är redan på plats. Och det har den varit under en längre tid och den kommer med all sannolikt bestå under överskådlig tid. Det gäller i vart fall för ämnet för denna uppsats. Pacta sunt servanda är en gällande princip av allra största betydelse inom avtalsrätten (och utanför den). Men den gäller inte oinskränkt och ovillkorligen. En på pragmatism grundad princip om skälighet i avtalsrelationer modifierar den. Den principen är dessutom lagfäst på visst sätt. Det har bl.a. sagts att ”en ändamålsenlig tolkning kan utformas som en principstyrd rätt byggd på en konstruktiv tolkning”.⁵⁹ Det har också sagts att ”lojalitetskravet fyller rättssäkerhetsbehovet att uppnå materiellt tillfredsställande resultat och att på så vis åstadkomma förutsebarhet” och ”löftestrohet enligt modern kontraktsrätt blir resultatet av kombinationen mellan avtalsbundenheten och lojalitetsplikten”.⁶⁰ Samma

⁵⁸ Se Joel Samuelsson, a.a., s. 60 f. och beskrivningen av den moderna (amerikanska) avtalsrätten; en beskrivning som kan ses som mer ”typiskt” pragmatisk.

⁵⁹ Ola Svensson i Ny Juridik 1:17 s. 79 (s. 105).

⁶⁰ Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 469 och s. 473. Återigen; det som här uttrycks ser jag som ett utslag av pragmatism.

författare har också påpekat att det i engelsk rätt (som kan ses som särskilt motsträvigt till pragmatism) finns många uttryck för ”ett fjärmande från det rigida bevakandet av den klassiska avtalsrätten”. Jori Munukka citerar i sammanhanget Hugh Collins som sagt att avtalsrättens rättviseideal transformerats från ”liberty, equality, and fairness in reciprocity” till tre framträdande teman ”the concern about unjustifiable domination, the equivalence of the exchange, and the need to ensure co-operation”.⁶¹ Det är intressant och viktigt att påpeka att allt detta sägs med ett erkännande av, och en respekt för, avtalsfrihetens och partsautonomins primat. Avtalsrättens hela struktur bygger, enligt Jori Munukka på detta.⁶² Det är inte svårt att instämma i det. Avtalsfrihet och partsautonomi är en självklar utgångspunkt.⁶³ En annan sak är att denna utgångspunkt inte tillåts dominera helt utan möjlighet till korrektiv. Det bör observeras att detta synsätt – där avtalsfrihet och lojalitetsplikt (och skälighetsresonemang) utgör motstående begrepp i grunden avviker från Aristoteles’ synsätt på avtalet som en ”vänskapspakt” (vänskapen – inte löftet – är den huvudsakliga bindningsmekanismen). I slutändan kan dock de båda synsätten leda till samma, eller likartade, resultat.

I grund och botten är det frågan om att avtalsrätten till mycket stor del vilar på en *princip om pragmatism*. Det kan beskrivas som en sorts ”omvänd principfasthet”. Principen är att inte vara principfast. Men då blir ju ”principlöshetens princip” i sin tur en princip som man håller stenhårt fast vid. Då är vi alltså tillbaka i principfastheten. Och så kan vi fortsätta i det oändliga.

Hur som helst är det ofrånkomligen på det viset att det kan vaskas fram ett antal (många gånger ett stort antal) principer som måste beaktas när innehållet i rätten ska bestämmas.⁶⁴ Flera av dessa principer kan strida mot varandra. Då får man göra avvägningar – vilket vi jurister går till jobbet och gör varje dag. Det sagda gäller rimligen inte bara avtalsrätten, utan hela förmögenhetsrätten – för att inte säga juridiken överlag. Och det har gällt i det förflutna, det gäller i dag och säkerligen också i morgon. Pragmatism synes vara något

⁶¹ Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 471. Jfr vad Joel Samuelsson, a.a. s. 63 f., skriver om ”modern” avtalsrätt enligt Thomas Wilhelmsson och om ett ”formellt” resp. ”materiellt” avtalsparadigm.

⁶² Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 472.

⁶³ Jfr Joel Samuelsson, a.a. s. 113 f. och hans kommentarer till ”svängningarna” vad gäller synen på avtalsfrihet m.m.

⁶⁴ Hade det funnits bara en enda princip som gav oss lösningen på alla juridiska problem skulle det – hemska tanke – inte behövas några jurister här i världen.

evigt och beständigt.⁶⁵ Principen om pragmatism är måhända medlet som slipar ”hård och fyrkantig” rätt till ”mjuk och avrundad” rättvisa? Om principen är pragmatism, är det med andra ord vällovtligt med principfasthet. Och om andra principer kan förenas med pragmatism kan man hålla fast även vid dem. Men principer som stänger pragmatismen ute bör överges. Det är min principfasta och pragmatiska övertygelse!

⁶⁵ Det betyder också att jag inte håller men när Joel Samuelsson (a.a. s. 146) säger att ”pragmatiska realister måste vara teorifientliga annars skulle de *teoretiska* brister som vidlåder deras ståndpunkt bli alltför påtagliga”. Nej, pragmatikern *måste inte*, hävdar jag, vara teorifientlig. Ett uteblivet utvecklande av detta får bli denna uppsats ”cliffhanger”.