

Joel Samuelsson

Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten*

"The law of contracts 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.

[...]

The task of introducing a feminist perspective on contractual law is a difficult one."

Linda Mulcahy

Vårt språk,¹ för att börja med det, skiljer manligt från kvinnligt, och det är en skillnad som spelar roll. Det manliga prioriteras framför det kvinn-

* Det är inte okomplicerat att som *man* skriva tänkande om kvinnans tillvaro. Man skriver om en plats på vilken man inte befinner sig. Orden blir ofrånkomligen den andres och gör utan grund i egen erfarenhet det kvinnliga till objekt – och är sammanhanget, som här, akademiskt kommer orden dessutom uppifrån en position som under långa tider varit förbehållen mannen, vilket präglar dem. Se här till t.ex. Grahn-Farley, M., An Open Letter to Pierre Schlag, University of Miami Law Review, Vol. 57, 2002–03 s. 755 ff.; Gustafsson, H., Cyklopens öga. En betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet, Retfærd nr 113, 29 årgång (2006) s. 3 ff.; Lahey, K. A., "Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 23, 1985 s. 519 ff.; Whelehan, I., Modern Feminist Thought. From the Second Wave to 'Post-Feminism', Edinburgh 1995 s. 177 ff.

¹ Uttrycket "vårt språk" innesluter och utesluter. Men vilka är *vi* som har detta språk, och finns det verkligen någonting sådant som "ett språk" – vad är då det? – som en gemenskap i någon mening kan *ha*? Ja ... gör man halt för att filosofera över innebördena blir man stående, och det är i sin ordning, men det är inte så man tar innebörden, i t.ex. en text, till sig.

liga. Mannen överordnas kvinnan. Kvinnan underordnas mannen.² Till exempel associeras det kvinnliga regelmässigt med den lägre värderade termen i våra grundläggande dikotomier: objektivt/subjektivt, förnuft/känsla, offentligt/privat, stark/svag, stor/liten, aktiv/passiv, ljus/mörker, själ/kropp, djup/yta med flera.³ Och en kvinna som bryter mot denna regel vinner typiskt sett ingenting på det, i moraliskt hänseende.⁴ Detta mönster kan man göra synligt för sig själv genom att byta alla maskulinformer mot femininformer, och tvärtom, i nästan vilken text som helst.⁵ En "stor kvinna" är – och nu pratar vi stereotyper – inte stor på det sätt en "stor man" är stor; en "stark kvinna" är inte stark på det sätt en "stark man" är stark, och så vidare. Skillnadsspelet här, som genomsyrar språket och därmed vår tillvaro, är komplicerat och svåröverskådligt, men det är inte desto mindre verkligt. Det bestämmer oss, för tänkandet kommer ingenstans utan språket, och språket bär vår kultur. Mannen kommer först, från Adam och framåt. Och kvinnan är en avvikelse. Om det är detta som menas med "könsmaktsordningen" låter den sig inte betvivlas. Det är ingen teori. Det är ett faktum.⁶

Filmen "Wonder Woman" (2017) ger ett i skrivande stund aktuellt exempel. Det är den senaste i den långa raden av superhjältefilmer och den första i någorlunda modern tid som har en kvinnlig huvudperson (titelkaraktären, som i filmen kallas Diana, spelas av Gal Gadot). Detta har fört med sig viss uppståndelse, och eftersom regissören, Patty Jenkins, också är kvinna, och särskilt som filmen blivit en kritikerframgång, har den på sina håll setts som en sorts feministisk triumf. Ett fenomen som är omskrivet i sammanhanget är att en del kvinnor inte kunnat låta bli att gråta under filmens stridsscener, i ett sorts förlösande "Äntligen!". Det gäller inte minst en scen som utspelas på Västfronten under första

² Jag rör mig här delvis på ett fält som inte är mitt, rent professionellt. Varje försök till tanke man här kan tänkas komma med har säkerligen redan tänkts och tänkts om i otaliga varianter av de som vikt sitt liv åt problematiken. För min del kan det bara bli fråga om slump- och amatörmässiga reflektioner och referenser. Vetenskapskulturell appropriering.

³ Se här till t.ex. Gunnarsson, Å., Svensson, E.-M., *Genusrättsvetenskap*, Lund 2009 s. 201 ff.

⁴ Se här till t.ex. Pauly Morgan, K., *Kvinnor och moraliskt vansinne*, Emt, J. E., Mansén, E. (red.), *Feministisk filosofi*, Nora 1994 s. 175 ff.

⁵ För ett belysande exempel se Pauly Morgan s. 184 f. Jfr Frug, M. J., *Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, *The American University Law Review*, Vol. 34, 1985 s. 1065 ff., s. 1105 n. 138.

⁶ Ett "grammatiskt" faktum, i meningen: det är så vi använder språket (det är så vi lever).

världskriget (händelsevis regissörens favoritscen). Hjältinnan får reda på att det finns en by med överlevande civila i ingenmanslandet mellan de belgiska och de tyska posteringarna. Hon beslutar sig för att ge sig upp över kanten på skyttegraven för att rädda de civila, trots att hon bestämt avråds från detta av samtliga närvarande, som alla är män; män som vet vad det innebär, eller vad det skulle ha inneburit om Diana inte hade varit en halvgudinna. Så hon ger sig över kanten och går beslutsamt mot byn i *slow motion*, under massiv beskjutning. Det är en nyckelscen; det är nu hon blir sig själv, genom eget fritt val. Men om detta är en feministisk triumf eller inte kan diskuteras – för undantaget får här upprättelse genom att anpassa sig efter regeln: genom att vara en individ, en hjälte, en krigare, självständig, aktiv, våldsam osv. Diana är den främsta bland amasonerna, en stam kvinnor som definieras genom sin förmåga att vara som män, vilket bekräftar såväl regeln som undantaget, det vill säga den dikotoma struktur som kallas könsmaktsordningen. I språket och tänkandet finns ingen tredje möjlighet, ingen plats förberedd där kvinnor ”verkligt” skulle kunna vara sig själva, i meningen någonting annat än en avvikelse från normen.⁷ (Därför är det svårt att tänka sig en feminism utan revolutionär syftning.)

Det är, kan man alltså säga, skillnad på män och kvinnor. Nu finns det juridik som tar sikte på detta förhållande, men mestadels återspeglas skillnaden mellan könen inte *direkt* i det rättsliga källmaterialet. Rättvisan är blind, som bekant, också i detta avseende.⁸ Lagen är väsentligen könsneutral – åtminstone till sin utformning.

Avtalsrätten utgör ett kanske särskilt tydligt exempel. På ytan kännetecknas reglerna i den klassiska avtalsrättens allmänna del just av sin neu-

⁷ Vi är hänvisade till språket, och språket är gemensamt. Det sätter en gräns för hur långt man kan komma t.ex. med ”medvetandehöjande”, i personliga erfarenheter grundade, samtal. Jfr MacKinnons definition på *consciousness raising*: ”the collective critical reconstitution of the meaning of women’s social experience, as women live through it”; MacKinnon, C. A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Massachusetts-London 1989 s. 83. Jfr t.ex. Lahey, ”Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell”, som i sammanhanget bl.a. framhåller och problematiserar den ”rejection of dualism” som ligger implicit i den skrivande feminismen. Dualismen kan man bara avsäga sig i teorin, inte i praktiken. Tänkandet kan inte fly från sig självt. Se här till särskilt Lahey, a.a. s. 533 och 540 f. och vidare nedan i n. 60.

⁸ Jfr t.ex. Conaghan, J., *Law and Gender*, Oxford 2013 s. 8: ”[L]egal scholarship continues to hold on to the view that gender plays little or no role in the conceptual make-up, normative grounding, or categorical ordering of law. The official position is that the idea of law and legal fundamentals are, and certainly ought to be, gender-independent.”

tralitet – eller kanske likgiltighet – i förhållande till alla materiella frågor.⁹ De behandlar rättshandlandets form – anger *hur* man rättshandlar, och låter de rättshandlande subjekten själva fylla formen med innehåll. Var och en sätter sin egen, individuella bundenhets gränser. Rättigheterna och skyldigheterna definieras såtillvida inte i lagen utan genom rättssubjektens fria val.¹⁰ De regler som avtalsrätten tillhandahåller är procedurrella; spelregler som ska garantera att allt går rätt till, och med ”rätt” menas då, ytterst, att de agerande subjektens autonomi inte kränks. När det som i avtalsrätten handlar om mellanmännsliga relationer – avtalande är ett gemensamt handlande till ömsesidig nytta – är det bara möjligt när autonomin tar sig uttryck som alla inblandade har förutsättningar att förstå, det vill säga i en rationell diskurs. Individualiteten balanseras mot det allmängiltiga. Det strikt privata är inte rättsskapande. Det är det *befogade* intrycket som styr, förutsatt att viljebildningen inte manipulerats illojalt eller på annat sätt störts ut.¹¹ (Djävulen skulle förlora om hans (hennes?) kontrakt prövades i domstol.) Avtalsrätten förkroppsligar på sitt sätt så, precis som så många andra rättsområden, den grundläggande västerländska föreställningen att den fria och rationella individens ansvar ska vara en effekt av denna individs eget handlande. Ansvar mot svarar handlingen, som motvikten i en vågskål. *Suum cuique*.

Kort sagt lämnar avtalsrätten öppet mål för identitetskritiskt tänkande.

Genom att fokusera uteslutande på individerna gör den sig blind för strukturella orättvisor, det vill säga alla orättvisor som präglar samhället i stort, och dit hör, för att ta det exempel som vi nu diskuterar, könsmaktsordningen. Avtalsrätt handlar förvisso om rättvisa, men konsekvent om en rättvisa av ett annat slag, som, enligt ovan, inte ser bortom det indivi-

⁹ Jfr 36 § AvtL, som explicit erkänner avtalets materiella innehåll som rättsfaktum och i vilken progressiva teoretiker sett ett löfte om en annorlunda, materiellt orienterad, avtalsrätt.

¹⁰ I den speciella kontraktsrätten finns dock, som bekant, åtskilliga tvingande regler som föreskriver bestämda rättigheter och skyldigheter. Den materiella avtalsfrihetens gränser bestäms även negativt – enligt allmänna principer, men också i lag. I sammanhanget kan nämnas att avtal som inskränker någons rättigheter eller skyldigheter enligt diskrimineringslagen (2008:567) är utan verkan i den delen, vilket framgår av denna lags 1 kap. 3 §. Därmed fräntas bland annat avtal som medger könsdiskriminering verkan på en rad områden.

¹¹ *Detta* har ingenting med tillitsprincipen eller den nordiska avtalsrättens särart att göra, utan är en grundpremiss i all västerländsk avtalsrätt. Se och jfr Karhu, J., Den nordiska avtalsrättens byggstenar, Andersen, M. B., m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015 s. 90 ff.

duella händelseförloppet parterna emellan. Den som blott bär ansvar för sina egna handlingar ansvarar inte för könsmaktsordningen, eller överhuvudtaget för rådande samhällstillstånd. Och eftersom det här rör sig om ett avgränsat regelsystem, och inte om en politisk ideologi med anspråk på allmängiltighet, ligger det ytligt sett ingen värdering i denna begränsning av ansvaret, bara ett konstaterande, av att könsmaktsordningens orättvisa inte kan hanteras inom ramen för den klassiska avtalsrätts system. Det utesluter naturligtvis inte att denna orättvisa bemöts med andra medel – vilket ju också sker. Det innebär bara att könsmaktsordningen saknar specifikt avtalsrättsliga konsekvenser. Kön är helt enkelt ett faktum utan avtalsrättslig relevans, och vad spelar det för roll? Den avtalsrättsliga logiken fungerar som en rå och lokal – till ett visst område avgränsad – liberalism, som kan fortleva i sin primitiva, oreflekterade form därför att den inte behöver ta ansvar för det den stöter bort, eftersom den är just lokal och alltså saknar explicita ideologiska anspråk. Avtalsrätten är bara ett verktyg i omsättningens tjänst (som om den tanken inte vore ideologisk). Teknisk. Neutral. Men ... det är den ju inte.

Även om det vore möjligt att utforma ett avtalsrättsligt system som verkligen var neutralt i den åsyftade meningen – ett *rent* instrument (hur det skulle gå till kan jag inte föreställa mig) – skulle detta likafullt ha samhälleliga konsekvenser. Ett instrument är nyttigt i proportion till användarens makt och möjligheter. ”Neutrala” instrument befäster och understödjer rådande maktförhållanden.¹² Avtalsfriheten är mer värd för den som har makt, resurser och inflytande. Det kan man visa rent empiriskt,¹³ och det följer av sunt förnuft. Den som har mindre att erbjuda får sämre villkor – får bo mindre attraktivt, sämre anställningsvillkor, högre räntor på sina eventuella lån osv. Den som inte vill förneka könsmaktsordningen existens (lycka till med det, i så fall), får nog dra slutsatsen att avtalsrätten – också i fiktiv, idealt neutral form – hör till de mekanismer som vidmakthåller denna ordning.

¹² Se här till Frug, *Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook* s. 1103 ff., som gör poängen att avtalsrättsens abstrakta och analytiska karaktär, parad med dess auktoritära neutralitetsanspråk i sig ger uttryck för den manliga normen. Denna karaktär och dessa anspråk påminner för övrigt starkt om den vetenskapliga praktikens i allmänhet; se här till t.ex. Lahey, ”Until Women themselves Have Told All That They Have to Tell” s. 523 ff. Och, för all del, om själva förnuftets antagna karaktär; se t.ex. Conaghan, *Law and Gender* s. 204 ff.

¹³ Vilket är utgångspunkten t.ex. för framställningen i Wilhelmsson, T., *Avtal och jämlikhet*, SvJT 1997 s. 505 ff.

Men nu är avtalsrätten alltså inte ens neutral på ytan. Den är partisk till förmån för mannen och till förfång för kvinnan. Hur skulle det kunna vara annorlunda? Avtalsrätten är djupt förankrad i den västerländska traditionen, en oskiljaktig del av denna. Områdets centrala begrepp är instanser av föreställningar man gärna spårar tillbaka till vår kulturs mytiska ursprung. Sådant som man kan hitta hos Aristoteles.¹⁴ Till exempel. Det gäller idén om rättvisa mellan kontrahenterna som någonting artskilt från den samhälleliga rättvisan. Distinktionen mellan privat och offentligt. Föreställningen om det autonoma subjektet. Rationalitetsidealet. Åtskillnaderna mellan det inre (psykiska) och det yttre (fysiska), mellan aktivitet och passivitet och mellan avsikten och orden. Med mera. Sammantaget åtskilliga av de element som man menat tydligast manifesterar kvinnans underordning. Avtalsrätten är inte könsneutral till sin utformning utan tvärtom ”könad” (*gendered*). Den är, kan man rentav säga, manlig.¹⁵

¹⁴ Följdenligt är aristotelisk avtalsrätt närmast en egen subgenre inom ramen för den avtalsrättsliga litteraturen. Det stora namnet här är James Gordley, vars ”The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine” (1993) har haft stort inflytande i flera discipliner. För svenskspråkiga bidrag se Holm, A., Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, Linköping 2004; Norlén, A., Oskälighet och 36 § avtalslagen, Linköping 2004; Votinius, Z., 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; dens., Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund, Stockholm-Stehag 2004.

¹⁵ Kan man verkligen säga det? Det är klart, men frågan är vad som menas. MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State s. 161 f., har rent generellt hävdat att ”[t]he state is male in the feminist sense: the law sees and treats women the way men sees and treat women”; se och jfr, gällande avtalsrätten, t.ex. Frug, M. J., Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140, 1992 s. 1029 ff., s. 1031. Jfr Conaghan, Law and Gender s. 75 f., som i anslutning till MacKinnons strax ovan citerade uttalande skriver: ”Nowadays, feminist scholars rarely attempt to put forward the claim that law is male as it recognizably relies upon a fixed and unitary conception of masculinity in terms of a core set of features which serve as an appropriate indicator of maleness. Such an essentialist and reductionist approach has increasingly given way to an understanding of masculinity, and indeed gender categories more generally, as complex, pluralistic, and unstable. This makes it much more difficult to talk in a meaningful way about law as male.” Conaghans standpunkt här, som illustrerar poängen nedan vid n. 29, kan diskuteras. Det faktum att en analys inte är populär för stunden talar inte nödvändigtvis emot den, och bortsett från det: En abstrakt beskrivning förlorar inte i värde redan genom att vara abstrakt. Faktum är att en

Detta förhållande präglar också de svenska avtalsrättsliga källorna, på den rent tekniska nivån. Ta till exempel 32 § 1 st. avtalslagen, lagens ideologiskt sett mest betydelsefulla bestämmelse. Motsatsvis ger denna uttryck för tillitsprincipen, det vill säga principen att en rättshandlings mottagare har rätt att lita till det objektivet sett befogade intryck som rättshandlingen ger, under förutsättning att han eller hon inte insåg eller borde ha insett att avgivaren avsett något annat.¹⁶ Denna princip – som alltså tar sikte specifikt på fall i vilka rättshandlingens avgivare menat något annat än vad han eller hon har sagt (förklaringsmisstagsfallen) – gäller vid onerösa rättshandlingar. Är det fråga om rättshandlingar med övervägande benefika inslag¹⁷ ska förklaringsmisstag däremot hanteras i enlighet med den så kallade viljeprincipen, som anvisar den rakt motsatta lösningen: rättshandlingen blir gällande med den avsedda innebörden, oavsett om mottagaren varit i god eller ond tro om att ett misstag begåtts. Den senare principen gäller följdriktigt, som framgår av ärvdabalken 11 kap. 1 § 2 st., också inom familjerätten, vid tolkning av testamenten. I de ursprungliga motiven förklaras skillnaden visavi avtalslagen med att ”den rättsliga samfärdsels intressen” inte gör sig gällande på samma sätt vid testamenterandet, som vid rättshandlande mellan levande.¹⁸ Tillitsprincipen – som i debatterna som kulminerade i dennas seger på förmögenhetsrättens område regelmässigt förknippades med ljus, förnuft och modernitet, till och med godhet¹⁹ – gäller på marknaden, i det offentliga.

beskrivning som inte är abstrakt inte är en beskrivning alls. Är en karta som är identiskt med verkligheten fullständigt korrekt? Nej, det är inte ens en karta.

¹⁶ Förslag till lag om avtal (1914) s. 140. Jfr n. 11 ovan.

¹⁷ I ”sådana fall, då den rättshandling, varom fråga är, har egenskap av gåva eller för medkontrahenten medför förmåner, vilka i värde väsentligen överstiga den betingade motprestationen [...]”; a. st.

¹⁸ Förslag till lag om testamente (1929) s. 71 f.: ”Förklaringen till denna olikhet ligger däruti att beträffande testamente den rättsliga samfärdsels intressen ej göra sig gällande på samma sätt som vid rättshandlingar i levande livet; den som vill grunda rätt på testamente kan ej med fog göra anspråk på annat eller mera än testator velat tillerkänna honom.”

¹⁹ Så t.ex. Arnholm, C. J., *Avtalerettslige spørsmål SvJT* 1955 s. 316 ff., s. 316: ”For oss som var studenter dengang, var det en av de store begivenheter at aftaleloven kom. Den markerte en milepel i den nordiske privatrett. Ikke fordi den bragte så meget nyt [...] Det store lå på et høyere plan. Nå hadde det gode definitivt seiret – viljesteoretikere og andre vranglærere var styrtet ut i mørkret.” Se vidare Björne, L., *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III, 1871–1910*, Lund 2002 s. 336 ff.; Tamm, D., *De nordiske aftalelove – mellem ”megaloman chauvinism” og nord-*

För det oegennyttiga benefika handlandet, och i det privata, gäller viljeprincipen. Och vilken princip ska man välja i tveksamma fall? Vi utgår från att den rättshandlande avsett att vinna någonting på sitt handlande, och alltså att detta är oneröst och inte benefikt.

Låt oss stanna där. Märk hur fältet struktureras genom upprepningar och variationer av vissa grundläggande dikotomier.²⁰

+	—
tillit	vilja
befogad uppfattning	avsikt
objektivt	subjektivt
(ekonomisk) rationalitet	altruism
onerös	benefik
marknad	familj
offentligt	privat
förmögenhetsrätt	familjerätt
förnuft	känsla
ljus	mörker
modernitet	historia
gott	ont
liv	död
huvudregel	undantag

Så hålls det avtalsrättsliga narrativet samman. Och det på ett sätt som är kongruent med språket i övrigt och som ger uttryck för och vidmakthåller kvinnans underordning (känslovarelsen kvinnan, vars plats är hemmet och så vidare).²¹

isk pragmatisme, Andersen, M. B., m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015 s. 17 ff.

²⁰ Se och jfr t.ex. Dalton, C., An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, The Yale Law Journal, Vol. 94, 1985 s. 997 ff.

²¹ Och här vi inte ens tagit hänsyn till faktorer som könstillhörigheten på de som sysslar med kommersiell avtalsrätt, t.ex. på de författare som skriver i ämnet, eller på förekomsten av kvinnor i de standardexempel som diskuteras, bland parterna i de mål som uppmärksammas, eller vilka livsområden som berörs. För en klassisk analys i denna riktning se Frug, Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook. Se även

Avtalsrätten förtrycker. Det *borde* inte kunna betvivlas. Frågan tycks bara vara vad som ska göras åt saken. Förtryck kan inte accepteras, så hur ska frigörelsen gestalta sig? Vilka emancipatoriska handlingar måste vi vidta? Det är här frågan ligger, för det är nu det blir svårt. Det verkar som om vi behöver en annan avtalsrätt, men hur ska den vara beskaffad?

Anta att vi försökte häva förtrycket genom att vända strukturen – ställa den på huvudet, upp och ned.²² På något sätt. Kanske genom att ersätta de förment neutrala reglerna med regler som uttryckligen tar upp parternas könstillhörighet som rättsfaktum? Eller, mindre våldsamt, närmare gränsen för det redan rättsligt möjliga, läsa 36 § 2 st. avtalslagen så, att avtal som ingåtts mellan en man eller en juridisk person å ena sidan och en kvinna å den andra kan jämkas till kvinnans fördel av särskild hänsyn till det behov av skydd som hennes underlägsna ställning medför?²³ Eller, skulle man inte kunna nöja sig med att, som Thomas Wilhelmsson föreslog redan för två decennier sedan, uttryckligen erkänna och bejaka den jämlikhetsprincip som på flera sätt redan ligger implicit i den avtalsrättsliga materian?²⁴ Emellertid, oavsett vilken variant man föreslår infinner sig här omedelbart en rad, i normkritiska sammanhang välbekanta, svårigheter.

En regel som direkt och uttryckligen kompenserar effekterna av en förtryckande struktur bekräftar denna – så kvinnan *är* alltså underlägsen? – och riskerar att befästa den ytterligare. Och *vilka* undantag från normen ska vi kompensera för? Det är inte bara kvinnan som avviker och straffas för det. Utöver kön – som i sig är en problematisk kategori²⁵ – har vi att räkna med klass, etnicitet, sexuell läggning, religion, ålder, längd, vikt, hälsotillstånd, funktionsvariationer, utbildning och så vidare. (Listan på relevanta undantag är under ständig omförhandling och tenderar att bli längre med tiden.) Är du till exempel överviktig riskerar du ett

t.ex. Wheeler, S., *Going Shopping*, Mulcahy, L., Wheeler, S., *Feminist Perspectives on Contract Law*, London-New York 2005 s. 21 ff.

²² Jfr Wilhelmsson, *Avtal och jämlikhet* s. 522 ff.

²³ Enligt detta stycke skall vid prövningen av den jämningsmöjlighet som första stycket samma paragraf medger, "särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenkap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet". Även om den föreslagna läsarten är möjlig rent semantiskt saknar den i princip stöd i sekundärkällorna.

²⁴ Wilhelmsson, a.a.

²⁵ Se här till t.ex. Garland, J., *On Science, Law and Medicine. The case of gender "normalizing" interventions on children who are diagnosed as different in sex development*, Uppsala 2016 s. 36 ff. och 447 ff., som närmar sig frågan från ett kritiskt medicinerettsligt perspektiv.

sämre bemötande i alla möjliga livssituationer; du riskerar sämre avtal och en hårdare bedömning vid en rättslig prövning.²⁶ Regler som uteslutande tar sikte på könstillhörighet osynliggör och förtrycker dig. Och du kanske är överviktig *och* kvinna? Vi måste uppenbarligen ta hänsyn till effekten av att kategorierna ibland överlappar varandra.²⁷ Lägg till detta att normen är relativ den sociala kontexten. Vi gynnar våra likar. Kvinnor gynnar kvinnor, till exempel (i en kvinnlig gemenskap är kvinnan norm och mannen undantag).²⁸ Strävan efter rättvisa tycks driva fram en analys som underminerar och fragmenterar sig själv.²⁹ Kan det *du* är överhuvudtaget fångas i abstrakta kategorier?³⁰ Till sist räcker språket inte till.³¹

Normkritiken lämnar oss så med en känsla av att någonting är akut fel med avtalsrätten, men svarar inte på frågan vad som borde göras åt saken. Och det är inte så konstigt. Vi har att göra med två radikalt skilda verksamheter, som bedrivs på skilda villkor, i skilda fora, för skilda syften, på skilda ... språk.³² Avtalsrätten är instrumentell på ett för jurister bekant sätt. Det avtalsrättsliga samtalet bedrivs, oavsett abstraktionsgrad, oav-

²⁶ Se och jfr Levinson, J. D., Bennett, M. W., Hioki, K., Implicit Bias: A National Empirical Study of Judicial Stereotypes, Florida Law Review, Vol. 69, 2017 s. 63 ff., s. 66 ff.

²⁷ Se t.ex. Gunnarsson, Svensson, Genusrättsvetenskap s. 236 ff.

²⁸ Rudman, L. A., Goodwin, S. A., Gender Differences in Automatic In-Group Bias: Why Do Women Like Women More Than Men Like Men?, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 87, 2004 s. 494 ff.

²⁹ Vilket har präglat den normkritiska rörelsens historia. Se här till t.ex. Minda, G., Post-modern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, London-New York 1996. Den fragmentiseringstrend som Minda beskriver har ännu inte brutits. (Och den kommer inte att brytas. Men det kan tänkas att ett nytt historiskt narrativ småningom kommer att ersätta det gamla.) Jfr bara t.ex. Nash, M., Warin, M., Squeezed between identity politics and intersectionality: A critique of 'thin privilege' in Fat Studies, Feminist Theory, Vol. 18, 2017 s. 69 ff., om konflikten mellan identitetspolitik och intersektionalism inom ramen för Fat Studies.

³⁰ Se här till t.ex. Gustafsson, H., Dissens. Om det rättsliga vetandet, Göteborg 2011 s. 127 ff.; dens., Persona non grata? Skisser till rättssubjektets upplösning, Husa, J. m.fl. (red.), Oikeuden avantgarde. Juhlaulkaisu Juha Karhu, Helsinki 2013 s. 27 ff.; Fridström Montoya, T., Homo juridicus. Den rättsliga människan, Uppsala 2017.

³¹ Det är inte heller så att vi förfogar över språket. Det är inte en konstruktion, med element som vi kan byta ut efter eget gottfinnande (jfr Neuraths båt). Noga taget vet vi väl inte vad språket är, som objekt betraktat. Vi skriver, pratar, tänker ... och använder då språket, vill vi säga, men det är inte alls klart vad det egentligen betyder. Språket är inte givet för oss som ett någonting, som är där för att användas när vi, exempelvis, yttrar ett ord. Vi yttrar det bara. Vi överblickar inte språket, utan är hela tiden mitt i det. Och det är naturligtvis också missvisande uttryckt.

³² Till det följande, se och jfr Rider, S. P., Avoiding the Subject, Stockholm 1998.

låtligen med sikte på att fastställa rättsläget. Det är ett exegetiskt samtal, avgränsat till en uppsättning givna källor, med dogmatisk syftning. Frågan är alltid hur rätten egentligen är beskaffad och den frågan kan bara förstås mot rättstillämpningens horisont. Avtalsrätten syftar ytterst till att leverera konkreta svar på konkreta frågor i individuella fall. (Med hänsyn tagen till *dessa* omständigheter, ska *detta* villkor, givet rättsläget, jämkas eller inte?) Avtalsrätten *är* den praktik som låter oss avgöra sådana frågor. Det normkritiska samtalet – i den utsträckning man kan prata om ett sådant – kan inte definieras med hänvisning till ett på motsvarande sätt entydigt bestämt syfte.³³ Det är öppet och pluralistiskt och tar alltså typiskt sett inte sikte på att fastställa en slutgiltig sanning; vilket i praktiken däremot är själva poängen med juridiken.³⁴ Det är inte i första hand exegetiskt, tar inte avstamp i en viss uppsättning givna källor, och karakteriseras inte av en medveten strävan att upprätta dogmatiska strukturer, låt vara att det finns klassiska normkritiska texter, givna referenser, och en (uppsättning) normkritisk(a) tradition(er). Sin politiska natur till trots är den normkritiska praktiken primärt teoretisk; den gör livet till föremål för reflektion, men den kan inte tala om för dig hur du ska leva.³⁵ Den kan få dig att fundera över huruvida den romantiska kärleken är en borgerlig social konstruktion, men den ger dig inga entydiga besked om hur du ska hantera din egen förälskelse.³⁶

Det finns ett glapp mellan dessa båda praktiker – mellan den avtalsrättsliga och den normkritiska, till exempel feministiska.³⁷ Och det är ett

³³ I den nordiska kontexten, se Svensson, E.-M., *Formering och transformering av ett kunskapsfält*, Svensson, E.-M. m.fl. (red.), *På vei – kjønn og rett i Norden*, Göteborg-Stockholm 2011 s. 437 ff.

³⁴ Ett förhållande som rådande teoretiska fördomar gärna skymmer. Vad jurister faktiskt gör ska inte blandas ihop med vad jurister *påstår* att de gör när de undantagsvis tar sig för att reflektera över den saken. Jfr Svensson, E.-M., *De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion*, JP 2014 s. 211 ff.

³⁵ Det är en paradox och ett hinder, som varje politiskt syftande teoribildning på något sätt måste hantera. Se t.ex. hur själva teoribegreppet omdefinieras hos MacKinnon, C. A., *From Practice to Theory, or What Is a White Woman Anyway*, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 4, 1991 s. 13 ff.; Hooks, B., *Theory as Liberatory Practice*, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 4, 1991 s. 1 ff.; Harris, A. P., *Bad Subjects: The Practice of Theory and the Constitution of Identity in Legal Culture*, *Cardozo Women's Law Journal*, Vol. 9, 2003 s. 515 ff. Men tanken på en teori som griper in i det vardagliga livets praktik är i sig teoretisk.

³⁶ Hör Pet Shop Boys "Love is a Bourgeois Construct" (2013).

³⁷ Se här till Conaghan, *Law and Gender* s. 1 ff., särskilt s. 16.

glapp som manifesterar sig mycket konkret, i själva formerna för det faktiska handlandet. Mitt i ett rättstillämpningsresonemang, i försöket att med de juridiska teknikernas hjälp stänga tolkningsmöjligheterna, i syfte att visa att den valda lösningen och inte någon annan har företräde, är det inte läge att ifrågasätta avtalsfrihetens princip med hänvisning till den eller den andra feministiska analysen. Inte läge? Normativt och politiskt, visst, men inte faktiskt, i *denna* mening: Rådande livsformer obstruerar – hindrar försöket att omsätta de teoretiska, normkritiska tankarna i den avtalsrättsliga praktiken.³⁸ Vi vet inte vad ett avtal är om det inte är frivilligt. Vi vet inte hur vi ska ta nästa steg. Hur mycket av den avtalsrättsliga väven måste inte rivas upp om inte avtalsfrihetens princip gäller?! Kritiken visar in i ett vakuum.

Följdriktigt har den feministiska teorin inte levererat någon alternativ avtalsrätt att fylla tomrummet med. Det har inte heller någon annan kritisk teoribildning lyckats med.³⁹ Och just *detta* är konstitutivt för den samtida förståelsen av ämnet, inte bara i Sverige, och Norden i övrigt, utan, tillsynes, i den internationella avtalsrättsliga debatten i allmänhet. Generellt gäller att den ”moderna” avtalsrätten förstår sig själv som motsatsen till en tidigare ”klassisk” avtalsrätt, som ska ha byggt på vissa välbekanta antaganden om individens fria vilja och så vidare.⁴⁰ Vår avtalsrätt definieras alltså i teorin negativt, med hänvisning till avståndstagandet från viljeteorin, viljeförklaringsbegreppet, avtalsfriheten etc., samtidigt som den i praktiken framhårdar i invanda former. Ryktet om avtalsrättens död (*the death of contract*) är lika överdrivet som en gång ryktet om Mark Twains.⁴¹ David Campbell skriver:

³⁸ Normbrytande beteende är kostsamt; det kan kosta dig ditt betyg, ditt anseende, din karriär... Se här till t.ex. Lahey, ”Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell” s. 536 f.

³⁹ Se här till Samuelsson, J., Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema, Uppsala 2008, s. 137 f.

⁴⁰ Detta mönster har legat fast i ungefär ett och ett halvt sekel. För ett inflytelserikt sentida exempel se Kennedy, D., Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000, Trubek, D. M., Santos, A. (eds.), The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal, Cambridge 2006 s. 19 ff. Temat löper som en röd tråd genom hela Kennedys författarskap; se dens., The Rise and Fall of Classical Legal Thought, Washington 2006 s. 157 ff. (”The Rise and Fall” är Kennedys första bok.)

⁴¹ Jfr Andersen, M. B., m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015 s. 329 ff.

”[A] very thorough job of criticism has been carried out, to the point where further criticism of the classical law is superfluous, but this negative work has not yet been matched by similarly successful positive work of constructing an alternative theory to the classical law.”⁴²

Jag tror inte att vi ska vänta oss några sådana framgångar i närtid, eller någonsin. Vi kommer inte att kunna rubba diskursens oerhörda vikt. Vi kommer inte lyckas lyfta oss själva i håret. Här är det, vill jag göra gällande, inte fråga om en avtalsrättsspecifik svårighet, som skulle kunna lösas genom någon form av avtalsrättsvetenskapligt arbete. Problematiken griper omkring sig överallt där det teoretiska förnuftet tar sig för att normera livsvärlden. Rätten i stort är väsentligen i samma läge som avtalsrätten.⁴³ *Vår kultur* är i stort i samma läge. Så länge vi ger efter för instinkten att förkasta det förflutna kommer vi att befinna oss i det ”post-moderna tillståndet” – där allt är i spillror och ingenting nytt längre är möjligt. (Vill man slippa ut är det i och för sig enkelt nog; man behöver bara överge det modernistiska narrativet.⁴⁴)

Det ligger i rättskritikens natur att den vill överskrida *sina egna* gränser. Med detta inte sagt att det kritiska projektet är hopplöst. Rätten är inte evig och statisk. Och skotten mellan teorin och praktiken är inte vattentäta. Det kan väl till exempel antas, att en jurist som – trots att han eller hon är jurist – kan någonting om feministisk teori,⁴⁵ tar med sig den erfaren-

⁴² Campbell, D., Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting, Mulcahy, L., Wheeler, S., *Feminist Perspectives on Contract Law*, London-New York 2005 s. 161 ff., s. 161.

⁴³ Se, bara t.ex., Gordley, J., *The Jurists. A Critical History*, Oxford 2013, särskilt s. 309 ff. Gordley, a.a. s. 312, har, menar jag, rätt när han skriver: ”The problem is not that law is impossible. The problem is that the legacy of rationalism has made it seem so”; jfr Lindroos-Hovinhoimo, S., *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Oxon 2012 s. 131.

⁴⁴ Fråga inte: Hur ska jag kunna komma *framåt*? Utan, kanske, till att börja med: Vem har tagit ut riktningen åt mig?

⁴⁵ Den svenska juristutbildningens tekniska och, ofta öppet, bildningsfientliga karaktär är förvisso beklagansvärd. Häromåret publicerade Dagens Nyheter en intervju med Justitiekanslern, Anna Skarhed (DN 2015-02-06). Skarhed framhöll då att juridik inte är någon vetenskap i vanlig bemärkelse, och tryckte särskilt på att varje juridiskt beslut i viss mening är ofrånkomligen subjektivt: ”Vi jurister kan försöka skydda oss bakom idén att vi bara tillämpar lagen, men i alla beslut som fattas finns alltid människan, man kan inte komma ifrån det.” På följdfrågan om det finns för lite etik och moral i juridikutbildningen svarade hon: ”Det finns ingen alls tror jag. Det fanns i vart fall inte på min tid. I Norge måste man läsa filosofi och etik innan man börjar läsa juridik. Det borde man

heten i sitt dömande.⁴⁶ Vad vi inte vet är, vad det verkar, hur vi ska tänka oss – konceptualisera – denna levda förmedling mellan teori och praktik. Levd förmedling, till skillnad från blott teoretiskt föreskriven. Kanske ... skulle man kunna tillåta sig att tänka någonting i stil med det följande.

Det som sägs och skrivs utanför det teoretiska sammanhanget tål sällan teoretisk betoning. Det hindrar typiskt sett inte teoretikern från att tolka utsagorna ifråga teoretiskt. Teorin strävar efter att kolonisera livsvärlden i övrigt. Jurister, till exempel, de pratar om sådant som "lagstiftarens avsikt", "gällande rätt", "rättssystemet" och "naturliga tolkningar", utan att kunna förklara exakt vad som menas ... och rättsteoretikerna kan inte hjälpa sig själva – de *måste* försöka slå sina mindre upplysta kollegor på fingrarna.⁴⁷ Men hur de slår verkar det inte ha någon direkt verkan, och det är nog i sin ordning, för någon egentlig grund för teoretikernas anspråk på att kunna rätta sina medmänniskors språkbruk finns väl inte, *annat än i teorin*. Att läxa upp en jurist som talat om lagstiftarens avsikt, med hänvisning till att det ju inte finns någon enskild fysisk lagstiftare,

kräva även i Sverige." Det kan tyckas självklart, kanske, *nu*. Tiderna har förändrats. När den juridiska examen stöptes om från vetenskaplig till yrkesexamen för drygt ett sekel sedan avsåg akademien alldeles uttryckligen ansvaret för "individens bildning". Vid sin installationsföreläsning 1906 konstaterade Winroth, A. O., Rättsväsende och juridisk utbildning. Installationsföreläsning den 1 februari 1906, Uppsala 1906 s. 19 (jag tackar Henrik Forshamn för att ha försett mig med detta fantastiska citat): "Den högre utbildningen kan ej längre hafva till mål att utdanna menniskor utan måste gå ut på att åstadkomma maskindelar, som, noga afpassade efter sin framtida plats i samhällsorganisationen måste blifva verklig fackbildning, och för allmänbildningen det mera än förut litas till lifvet och den enskilde själf." Vad Winroth här säger innebär en total omkastning av det humboldtska bildningsideal som behärskade också juridiken fram till artonhundratalets slut. Kontrasten med Jherings uttalande i sin installationsföreläsning i Wien 1868 är slående: "[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?"; Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16 Oktober 1868. Göttingen 1998 s. 51. Ett annat exempel, som är lika träffande, ger John Stuart Mills installationsföreläsning (i egenskap av *vice chancellor*) vid St. Andrews året innan (1867); se Rider, S., Higher Heteronomy: Thinking through Modern University Education, Rider, S., Hasselberg, Y., Waluszewski, A. (eds.), Transformation in Research, Higher Education and the Academic Market. The Breakdown of Scientific Thought, Dordrecht 2013 s. 171 ff., s. 175.

⁴⁶ Se här till Conaghan, Law and Gender s. 238 f.

⁴⁷ Vi borde *skämmas*, menar t.ex. Dworkin, R., Taking Rights Seriously, 2nd ed., London 1978 s. 14 f.

och att, ens om en sådan funnits hade denna inte haft någon empiriskt konstaterbar avsikt, är inte bara teoretiskt obildat,⁴⁸ det är också ett misstag jämförbart med att tillrättavisa någon som talat om solens uppgång med upplysningen att solen faktiskt inte ”går upp” – det ser bara så ut eftersom jorden roterar kring sin egen axel.⁴⁹ Det förra är blott en något mindre vansinnig variant av det senare.

Fråga är om inte den formenliga rättskritiken – också den feministiskt syftande – ofta bygger på detta misstag när den beskriver sitt objekt: här alltså avtalsrätten. Det går ofta *snabbt* när man rör sig från den konkreta rättsliga materian (till exempel Windscheids syn på förhållandet mellan vilja och förklaring) till de övergripande principerna (viljeteorin) och därifrån vidare ner till den förmenta ideologiska grunden (liberalism). Den första anhalten hoppar man vanligen över helt. Bam!, så har man en färdig karakteristik av fienden.⁵⁰ Men strukturen är postulerad, inte verklig. Det är högst oklart vad det innebär att påstå att Windscheids rättshandlingslära vilar på liberal ideologi. Politisk filosofi är inte juridikens grund, utan helt enkelt någonting annat, någon annanstans.⁵¹ Och Windscheid var förvisso ingen viljeteoretiker i den mening som ”viljeteorins” kritiker lägger i begreppet. ”Viljeteori” och ”liberalism” är först och främst ideologiska markörer; inverterade fälttecken i de upplystas kamp mot det förlegade. Men i larmet går nyanserna förlorade, och man avlägsnar sig från det som skulle angripas. Bättre vore det, att sänka volymen, kanske rentav vara tyst och lyssna. För en stund.

Ta detta med viljan, för det är viljan det handlar om, i avtalsrätten. Viljan är den stora stötestenen för det moderna kritiska projektet på detta område. Rubbar vi viljebegreppet kollapsar systemet. Men vad bestämmer kritikerns vilja att rubba detta begrepp? Kanske en alltför enkel bild av detsamma. Förstår vi viljan på den naiva realistiska teorins premisser – det vill säga som någonting faktiskt psykiskt; rent individuellt, rent internt – så är det *givet* att viljan i princip bör strykas ur den avtalsrättsliga ekvationen, för någonting som är så ogreppbart kan man inte gärna låta vara avgörande för rättsverkningarna, alldeles särskilt som detta otung

⁴⁸ För en mer nyanserad syn på lagstiftarbegreppet se Hult, Lagstiftnings ändamålsenlighet. En regleringsteoretisk utvärdering av fjärrvärmelagens potential att skapa förtroende, Stockholm 2015, särskilt s. 34 ff.

⁴⁹ Jfr Heidegger, M., Einführung in die Metaphysik, 6. Aufl., Tübingen 1998 s. 80.

⁵⁰ Jfr Gordley, The Jurists s. 248: ”The nineteenth-century jurists defined contract in terms of the will of the parties.”

⁵¹ Jfr t.ex. greppet i Votinius, Varandra som vänner och fiender.

– viljan – antas vara intimt förbundet med en skadlig ideologi och ett nyckelelement i en förtryckande struktur. Så vi stryker viljan – i teorin – och tvingas därmed att få ekvationen att gå ihop ändå, vilket den inte gör. Dödläge.

Men denna enkla teoretiska bild gör inte den avtalsrättsliga praktiken rättvisa. Så många avtalsrättsliga frågor – nästan alla, faktiskt – avgörs genom konkreta ställningstaganden i frågan vad den, eller de, rättshandlande avsett. Vilken var partsviljan? Men det betyder naturligtvis inte att det bara finns en grundläggande rättsfråga i avtalsrätten och att resten är bevisvärdering. Fråga vad du vill: Anbud? Accept? Avtal? Avtaltat formkrav? Fullmakt? Tredjemansavtal? Gåva? Avsiktsförklaring? Garanti? Osv. Avtalsrätten hänvisar till partsavsikten. Är nu denna ett faktiskt fenomen, som det är omöjligt att bevisa förekomsten av med hänvisning till yttre omständigheter, så verkar avtalsrätten tämligen svårbegriplig. Varför skulle man låta i det närmaste allt hänga på ett test som är praktiskt taget omöjligt att genomföra? Ja, varför skulle man? Släpp då den bild, som du bygger din förståelse på! Och *se efter*. Här måste man vara konkret.⁵² Huruvida en viljeförklaring är att betrakta som ett anbud eller inte är avhängigt huruvida mottagaren med fog kunnat uppfatta att avsändaren avsett att binda sig till ett avtal med mottagaren, förutsatt att mottagaren accepterar erbjudandet. I *den* meningen är partsviljan avgörande här, och för att ta ställning i frågan tolkar vi viljeförklaringen med utgångspunkt i själva förklaringen som sådan.⁵³ Vi ser till lydelsen, läser den i utgångsläget med beaktande av allmänt språkbruk, men lägger, om omständigheterna ger anledning till det ett mer specifikt språkbruk till grund, såväl som eventuella andra kutymer som handlandet aktualiserar. Vi är inte formalister utan förstår uttrycket i ljuset av kontexten, såväl den individuella som den vidare, och här inkluderar vi också rättsläget. Fokus i tolkningen kommer naturligen att riktas mot graden av precision i uttrycket, med avseende på avtalsinnehållet och bindningsviljan, och allt annat som låter oss dra en slutsats i frågan om det var rimligt att viljeförklaringen uppfattades som ett uttryck för avsikten att binda sig rättsligt eller inte.⁵⁴ När rättstillämparen slutligen tar ställning är det ett

⁵² Se och jfr Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1039 ff.

⁵³ Det finns ingen alternativ metod. Jfr t.ex. Dotevall, R., *Avtal*, Lund 2017 s. 174.

⁵⁴ Viljan kan inte skiljas från tilliten – att någonting sådant skulle vara möjligt var dock premissen för det sena artonhundratalets objektivistiska avtalsrätt, som konstituerades genom upproret mot ”viljeteorin”. I nästa skede, i Norden t.ex. hos Ussing, löstes motsättningen upp i en riktninglös pragmatism; se Ussing, *Aftaler*, 1 udg., København 1931

ställningstagande i en rättvisefråga – en dom över parternas beteende, som kan formuleras i termer av rättigheter och skyldigheter. Hade av-sändaren verkligen avsett någonting annat, som att bara komma med en förhandlingsinvt, borde han eller hon inte ha uttryckt sig så oförsiktigt.⁵⁵ Mottagaren hade givet omständigheterna rätt att anta att detta faktiskt var ett bindande anbud. Det får anses vara ett anbud. Det ger uttryck för den avsikten. Det är ett anbud.

Här finns inget utrymme för teoretiskt tvivel. ”Men, vi vet inte vad avgivaren *egentligen* avsåg!” Det har inte med saken att göra. Det är inte en kunskapsfråga, i den meningen, som vi har tagit ställning till här.⁵⁶ Vi har balanserat parternas intressen mot varandra i en bedömning som på argumentationsplanet uppenbarligen har såväl faktiska som normativa komponenter. Bedömningen är faktiskt-individuell i det att den är in-riktad på den individuella situationen, på den specifika viljeförklaringen; den är vad vi uttalar oss om, det vars innebörd det gäller. Bedömningen är samtidigt normativt-generell, i det att den, för att någon mening över-huvudtaget ska kunna tillskrivas förklaringen, måste sätta den i samband med allmänna begrepp och normer. *Hur* denna koppling – detta ”tillskri-vande av innebörd” – ska genomföras bestäms inte entydigt av vare sig rätten eller viljeförklaringen. Argumentationsformerna är i viss mening bundna, men aldrig utgången. Det spelar roll vem rättstillämparen är.⁵⁷

s. 6 ff. jfr s. 216 ff., samt t.ex. Vahlén, L., *Avtal och tolkning*, Stockholm 1960 s. 93, 97, 171, 181 f. och 189 f. Avgörandet i NJA 2014 s. 684 framstår i sammanhanget som något av ett eko av den äldre uppfattningen; jfr Lindskog, S., *Betalning. Om kongruent infri-ande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, 2 uppl., Stockholm 2018 s. 131 f., särskilt n. 393.

⁵⁵ Jfr Vahlén, *Avtal och tolkning* s. 180.

⁵⁶ Viljan som psykologiskt faktum är ointressant för avtalsrätten. Partsavsikten är inte en sakomständighet, utan det som parternas agerande betyder; jfr Schöldström, P., *Tviste-målsanalys för praktiskt bruk*, Stockholm 2017 s. 64 ff.; märk dock a.a. s. 66 n. 72. Mot-svarande gäller tolkningen av språkliga uttryck i allmänhet. Det leder tanken fel att föreställa sig den avsikt som förmedlas som ett bakomliggande psykiskt faktum som det skulle vara tolkningens mål att fastställa. Vi lever inte våra liv som amatörmässiga naturvetare. Detta var en svår punkt för nittonhundratalets scientistiskt orienterade rättsvetenskap; se t.ex. Ekelöf, P. O., *En essay om tolkning och mening*, Kungliga vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 20/1976; särskilt s. 7 ff., 29 och 48.

⁵⁷ Motsvarande gäller all rättslig tolkning; se här till t.ex. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*.

På detta sätt rymmer den avtalsrättsliga praktiken en irreducibel politisk-etisk dimension, också när den är som mest teknisk.⁵⁸ Och – för att återknyta till den grundläggande frågeställningen i detta bidrag – hur blir det då med emancipationen, inom ramen för avtalsrätten? Då, det vill säga om det jag här har sagt är riktigt, kan svaret inte dikteras. Det kan inte dikteras, lika litet som något annat avgörande i en etisk fråga.⁵⁹ Det ligger på var och en av oss att ta ställning, konkret och allteftersom.⁶⁰ För rättsteorins del kan budskapet vara att det finns anledning att närmare undersöka premisserna för det ”moderna” rättskritiska projektet (fortfarande, efter all denna tid). Istället för att fundera över hur den ”klassiska” rätten ska rekonstrueras, borde man kanske rikta uppmärksamheten mot frågan vilka människor som är och blir jurister. Ett teknokratiskt tjänstemannaideal kan antas vara skadligt för kvinnans sak – och för många andra saker. Uppfattningen att juridik och politik är skilda ting likaså. Hur är juristutbildningen uppbyggd? Vad innehåller den? Vem undervisar där? Att juriststudenten kan gå rakt igenom utbildningen, direkt efter gymnasiet, utan att läsa om någonting annat än materiell rätt, är smått häpnadsväckande, och ärligt talat skrämmande, särskilt i ljuset av juridikens enastående förmåga att normera tänkandet, och likrikta det.⁶¹ Jurister tenderar att blanda ihop rätt och verklighet. Oreflekterat utgår vi från att rätten är någon sorts faktisk samhällelig infrastruktur. Som om avtalslagen hade någonting med det faktiska beteendet på marknaden att göra, eller som om regeringsformen skulle ge en rättvisande bild av – eller,

⁵⁸ Avtalsrätten har plats för det mänskliga. Jfr Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1113: ”The stories told by contract doctrine are human stories of power and knowledge”; jfr Kennedy, D., *The Political Stakes in ”Merely Technical” Issues of Contract Law*, *European Review of Private Law*, Vol 10, 2002 s. 7 ff.

⁵⁹ Se här till Eriksen, C., *Moral Change*. Wittgenstein, *Law and the Dynamics of Ethics*, Aarhus 2017, som försvarar ”an irreducibly pluralistic account of moral change” (s. 245), utan att för den skull frångå det etiska anspråket giltighet – dvs. trots detta anspråks absoluta karaktär (”the ethical is what in an absolute sense ought to matter to us [...]” (s. 49)).

⁶⁰ Jfr Grahn-Farley, M., *Kvinnomaraton 2017* (Föreningen för kvinnliga forskare i Uppsala), 10 nov. 2017: ”Feminism has been preoccupied with escaping the trap of binarism. But at each bend and turn, feminists find themselves recaptured by the trap once again.” Detta synliggör ”the binary struggle” som en etik, en livshållning, vars enda alternativ är det helt och fullt oreflekterade våldet.

⁶¹ Som Conaghan, *Law and Gender* s. 232, framhåller, antar rätten ”a discursive form in which norms of sameness are repeatedly re-inscribed”, vilket gör att det finns ”a performative dimension to legal reasoning which is normatively reiterative”.

värre, *vara* – samhällets värdegrund (vad nu det är för någonting). Juridiken riskerar att, för var och en av oss, utöver juridik också bli protetisk bildning. Det är den mekanismen som verkar när juristen som konfronteras med frågan om kvinnans ställning i rätten omedelbart börjar prata om de undantagssituationer i vilka rättssubjektens könstillhörighet i den rättsliga diskursen uttryckligen erkänts som en rättsligt relevant faktor.

Vad annat kan vi göra?

