

Joel Samuelsson

Åter till huset vid Göta älv

”Osynlig fog, starkare än synlig.”

Herakleitos

Ställd inför det athenska folket vägrar Sokrates att göra avkall på *sig själv* och döms till döden.¹ Han återoppar sin kallelse, uppenbarad för honom av oraklet i Delfi, och gestaltar genom sitt handlande det ideal som alltsedan Thales gällt för tänkarna: *gnothi seauton*² – känn dig själv, låt dig med andra ord inte förblindas av normen, det norm-ala, av det som gäller allmänt, bland folk,³ utan gå till dig själv; tänk själv, om du alls ska tänka. Alternativet är att löpa med flocken, med folket, och gå på det som gäller och säljer. Men det är, alltså, inte ett alternativ för tänkare. Det är inte ett alternativ för Sokrates.

Känn dig själv! Denna uppmaning mötte också som inskrift på vägen in i det Apollos tempel i vilket det delfiska oraklet huserade, och när guden genom oraklet förkunnar att ingen är visare än Sokrates blir det bara begripligt med hänvisning till densamma – för Sokrates vet ju *ingenting*,⁴ och drar slutsatsen att om han trots detta är visast så måste

¹ Vår primära källa här är lärjungen Platons dialog ”Sokrates försvarstal” (i Jan Stolpes översättning i Platon, Skrifter, Bok 1, Stockholm 2000). Men Sokrates rättegång behandlas även i andra klassiska texter, som i Diogenes Laertius levnadsteckningar; se Diogenes Laertius, *Lives of Eminent Philosophers*, Vol. I, Cambridge, Massachusetts-London 1972, s 167 ff.

² Enligt Diogenes Laertius var upphovsmannen Thales – och Thales räknas av traditionen, och av samme Diogenes, som den förste filosofen; se Diogenes Laertius, a a s 37 och 41.

³ Med en nymodig läsning: Låt dig inte förblindas av *språket*. Jfr J Samuelsson, *Hermeneutik*, Korling-Zamboni (red), Juridisk metodlära, Lund 2013, s 374.

⁴ Jfr Wittgenstein, *Särskilda anmärkningar*, Stockholm 1992, s 22: ”När man läser de sokratiske dialogerna, så har man känslan: vilket fruktansvärt slöseri med tid! Vad skall

det vara därför att han, till skillnad från alla andra, som inte heller vet någonting, åtminstone förstår *det*.

Detta vill säga att Sokrates ensam fullt ut förstår att skilja det som hålls för att vara sant från det som *är* sant.⁵ Skenet skiljs från verkligheten och rationaliteten från den blotta övertygelsen. Sokrates har inget val. Han *kan* inte, givet den han är – enligt oraklet och så som han har levat –, ens försöka att övertyga folket om sin oskuld. När han sedan också tömmer giftbägaren och dör fullbordar han inte bara sitt öde, utan grundlägger också den distinktion mellan vetande och tro – den *rationalitet* – som det västerländska tänkandet vilar på, för detta är Platons grundmyt och vi är alla platonister. Vetenskapen själv, som kan förstås som ett programmatiskt underkännande av skenet, ligger i förlängningen av Sokrates ställningstagande. (Det *ser ut* som om solen går upp över horisonten varje morgon, men *egentligen* ... och så vidare.) Och det gör också teknologin, vetenskapens praktiska konsekvens, som är helt avgörande för det sätt på vilket vi lever våra liv. Vår *civilisation* grundläggs där och då. Sokrates dör för oss.

Så kan man framställa det.⁶ En smula ensidigt och våldsamt, men ändå.

I det juridiska sammanhanget är det fina med denna tolkning att den gör den västerländska civilisationens uppkomst beroende av utfallet i en rättslig process. I början var lagen, liksom. (Det borde tilltala vår fåfånga.) Och även om det antika athenska *rättssystemet* i våra ögon kanske har uppenbara brister – folkdomstolar är illa sedda nuförtiden⁷ – så kan den

alla dessa argument tjäna till, som ingenting bevisar och ingenting klarlägger?” Jfr nedan vid n 139.

⁵ Och här går en gränslinje i en skolstrid. Sokrates (Platon) markerar mot Protagoras och andra sofister, som ju ska ha lärt att människan är alla tings mått. Med en formulering från Stanley Fish är detta “[the] ancient tension between the notion of truth as something independent of local, partial perspectives and a notion of truth as whatever seem conspicuous and obvious to those embedded in some local partial, perspective.”; Fish, *Doing What Comes Naturally*, Oxford 1989, s 5.

⁶ En aktuell tolkning som drar åt detta håll är den som framläggs av Ranasinghe i ”Socrates and the Gods” (South Bend, Indiana 2012). Ranasinghe slår an tonen när han i inledningens första stycke hävdar att Västerlandet (the West) som civilisation tack vare Sokrates ”barnmorskekonst” kunde födas fram ur den kulturella nihilism som följde på det peloponnesiska kriget.

⁷ Strahls karakteristik av den athenska staten i Strahl, *Makt och rätt*, 12 uppl, Uppsala 2009, s 21 f, är representativ. Men som Strahl (a a s 22) också framhåller kunde det athenska systemet framstå som mer eller mindre förryckt också för samtida athenare.

motsvarande *rättskulturen* inte på några villkor dömas ut som rudimentär och primitiv.⁸

Till exempel kan den senare inte skyllas för att vara oreflekterat *formalistisk*.⁹ I Platons dialog ”Euthyfron”,¹⁰ som i flera avseenden kan betraktas som en prolog till ”Sokrates försvarstal”,¹¹ väntar Sokrates vid den kungliga pelargången för att få bemöta de anklagelser som riktats mot honom. Här möter han profeten Euthyfron, för sin del i färd med att åtala sin egen far för mord.¹² På det beskedet reagerar Sokrates med karakteristisk ironi, och anställer genast ett förhör i syfte att utröna på vilken grund Euthyfrons imponerande känsla för det rätta vilar. Någon som åtalar sin egen far måste ju vara säker på sin sak, veta vad han gör i dylika frågor – och den kunskapen skulle Sokrates verkligen behöva, för att möta de anklagelser som riktats mot *honom*. Det som följer är en typisk sokratisk dialog, där Sokrates med logikens hjälp demonstrerar för sin samtalspartner att han faktiskt inte vet – låt vara i den specifika meningen: *kan förklara* – vad det är han pratar om.¹³ Möjligen är karaktären Euthyfron något överdriven¹⁴ och kanske är det humoristiska inslaget mera påtagligt än vad det vanligen är hos Platon. Euthyfron gör, som man säger, en slät figur – framstår rentav som löjlig – och drivs till och med, till sist, på flykten av den diskussionslystne Sokrates.¹⁵ Men att dialogen är (över)tydlig gör den bara bättre, som illustration betraktad.

⁸ Se här till t ex Strömholm, Europa och rätten, Stockholm 1991, s 13 ff.

⁹ Annars är det en populär schablon; moderna jurister föreställer sig gärna att äldre tiders rätt var mindre utvecklad bland annat, eller till och med först och främst, på så sätt att denna skulle ha varit just ”formalistisk”. Exempelen äro legio. För konkretion se J Samuelsson, Tolkning och utfyllning, Uppsala 2008, s 479 ff.

¹⁰ Även den återfinns i Bok 1 i Stolpes Platonöversättning.

¹¹ Kronologiskt, uppenbarligen, men också om man ser till innebörden. Sokrates förhör med Euthyfron förebådar mötet med Meletos, som är den som åtalat Sokrates; se Euthyfron 2 a–3 c. Att ”Euthyfron” ska hanteras på detta sätt – som en förövning, inför avgörandet i ”Sokrates försvarstal” – är en bärande tes hos Ranasinghe (se ovan n 6) vars uppmärksamma läsning varit av stor hjälp vid min egen.

¹² Det fanns ingen allmän åklagare i det athenska rättssystemet; se Stolpes not 2 i Platon, Skrifter, Bok 1 s 429.

¹³ Jfr Euthyfrons invändning: ”Men Sokrates, jag vet inte hur jag ska säga dig det som jag har i sinnet, för vad vi än föreslår vandrar det liksom runt för oss hela tiden och stannar inte där vi har ställt det.”; Euthyfron 11 b.

¹⁴ För en starkare tes, se Ranasinghe, a a s 16 f och 34 f.

¹⁵ Sokrates säger sig rentav vara villig att betala den som är beredd att lyssna på honom; Euthyfron 3 d; jfr Sokrates försvarstal 23 b–c, där Sokrates hävdar att han varit så upptagen av sin syssla – att påvisa att ingen människa är vis – att han inte haft tid att ägna sig

När Euthyfron avslöjar att åtalet mot fadern gäller mord utbrister Sokrates: "Gode Herakles! Vanligt folk vet inte när det är rätt att göra så, Euthyfron, för jag tror inte att vemsomhelst skulle göra rätt i en sån sak, utan bara en som har hunnit långt i vishet."¹⁶ Och Euthyfron svarar, aningslöst: "Vid Zeus, Sokrates, just det! Långt!" – han hyser höga tankar om sig själv och fallet blir hårt, för ifråga om vishet (definierad på den platonska rationalismens villkor) är han precis som alla andra, Sokrates undantagen.¹⁷ Men till en början är han självsäker och förebrår till och med Sokrates att *han* är löjlig.¹⁸ Det ska nämligen vara löjligt att tro, vilket Sokrates tycks göra, att det gör någon skillnad huruvida de inblandade är släktingar eller utomstående ("Du skulle väl aldrig ha åtalat [din egen far] på en utomståendes vägnar."¹⁹). Det enda som rimligen kan spela någon roll är, enligt Euthyfron, om en orätt begåtts eller inte. Och här stoltserar han med sin rättskänsla. En man har dödats. Den skyldige måste straffas. Att mördaren är Euthyfrons egen far är en slump, som det vore ogudaktigt att fästa sig vid.²⁰ Att döda är inte tillåtet. Det är så enkelt.

Men så enkelt är det, naturligtvis, inte. Uttryckt i juridiska termer: Euthyfron bortser från att det aktuella lagbudet måste tillämpas i en konkret situation, med hänsyn tagen till de föreliggande omständigheterna. När han kvalificerar det inträffade som ett fall av orättfärdigt dödande, som mord, gör han det utan minsta eftertanke – och just *det* utmärker hans känsla för det rätta och det gudaktiga. Han hyser en from tilltro till lagens bokstav.²¹

Och vilka var omständigheterna? Så här beskrivs de av Euthyfron själv:

vare sig åt stadens angelägenheter eller åt sina egna, varför han kommit att leva i största fattigdom.

¹⁶ Euthyfron 4 a–b.

¹⁷ Jfr Euthyfrons konstaterande: "Det vore inget bevänt med mig och Euthyfron skulle inte skilja sig från vanligt folk på något sätt om jag inte hade ett gediget vetande om allt sådant."; Euthyfron 4 c–5 a; jfr även Sokrates egen beskrivning av sin verksamhet; Sokrates försvarstal 22 a–24 a, särskilt 23 b.

¹⁸ Dialogen har en enkel dramaturgi. Under dess gång omkastas rollerna fullständigt. Sokrates, som inledningsvis underkastar sig Euthyfron som eleven en lärare, visar sig vara den som undervisar. För Euthyfrons del byts ordning och lugn i kaos och förvirring, medan Sokrates, som står inför sitt livs prövning, kan gå sin rättgång till mötes med upphöjt lugn.

¹⁹ Euthyfron 4 b.

²⁰ I antikens Athen kan det rätta och det gudaktiga inte skarpt skiljas åt.

²¹ Jfr Euthyfrons tautologa första svar på Sokrates fråga vari det gudaktiga består: "[G]udaktigt är det som jag nu gör: att åtala en person som begår brott genom att begå

I det här fallet var den dödade [...] daglönare hos mig; när vi arbetade med vår jordlott på Naxos städslade vi honom där. En dag söp han sig full, blev arg på en av våra slavar och skar halsen av honom. Min far band honom till händer och fötter och skickade en man till Athen för att fråga lagtolkaren vad han skulle göra. Under tiden struntade han helt i den bundne, eftersom denne var en dråpare och det var alldeles likgiltigt om han strök med. Det gjorde han också: han dog av hunger och köld och av att ligga fjättrad innan budet kom tillbaka från lagtolkaren.²²

Hur ett sådant fall ska bedömas efter athenskt rätt kan vi, nu, förstås inte uttala oss om. Men det kan konstateras att Sokrates för sin del finner det märkligt att Euthyfron givet omständigheterna är så säker på sin sak.²³ Poängen är dock inte att Euthyfron har fel vad målets utgång beträffar,²⁴ utan att hans bokstavstro²⁵ är missriktad – att den *inte* är from och rättfärdig, utan omvänt hädisk och orättfärdig. Euthyfron – vars namn betyder någonting i stil med ”oförmedlad visdom”²⁶ – tänker inte efter. Han är inte sann mot sig själv och inte mot gudarna. Platon låter på flera sätt antyda att Euthyfrons åtal i realiteten handlar om just det som Euthyfron själv menar är irrelevant: att den åtalade är den åtalandes far. Ja, knappt har han hunnit förneka att släktskapet har någonting med saken att göra förrän han åberopar Zeus hantering av Kronos som exempel.²⁷ Kronos, den härskande titanen, hade som bekant för vana att sluka sina barn i syfte att förhindra ett tronskifte. Zeus kom emellertid undan, slog sin far i bojor, kastade honom i Tartaros och tog själv makten – och Kronos hade, som Euthyfron anmärker, gjort någonting liknande med sin far (Uranos). Inte nog med att Euthyfron genom att åberopa detta exempel hädiskt sätter sig i den högste gudens ställe, som ju regerar *i kraft av* att vara den främste (”människorna själva erkänner att Zeus är den bäste och rättfärdigaste av gudarna”²⁸), indirekt och omedvetet erkänner han

mord, stjäla heliga föremål eller göra något annat sådant, vederbörande må vara far eller mor eller någon annan, vemsomhelst; ogudaktigt är att inte åtala.”; Euthyfron 5 d–e.

²² A a 4 c–d.

²³ A a 4 e.

²⁴ Jfr a a 9 c.

²⁵ På en direkt fråga från Sokrates bekräftar Euthyfron att han tror att allt som diktarna berättar om gudarnas liv är sant, bokstavligen; a a 6 b.

²⁶ Ranasinghe, a a s 9.

²⁷ A a 5 e–6 a.

²⁸ A st. Som Ranasinghe, a a s 32, påpekar är gudars maktövertagande per definition rättfärdiga, men endast *post factum*. Detsamma gäller alla suveräner. Jfr Euthyfron 8 b.

att han drivs av ambitionen att ta sin faders plats. Euthyfron är ung och misslyckad. Trots att han är profet skrattar man åt hans uttalanden i religiösa frågor och han drar sig för att framträda offentligt.²⁹ Och istället för att rådfråga honom – i ett ärende som faller inom området för hans egen expertis (det rättas och det gudaktigas natur) – sände alltså hans far ett bud till lagtolkarna i Athen. För detta vill han ha sin far dömd, eller, om man ser till effekten, undanröjd.

Euthyfron är, sammanfattningsvis, formalist – någon som till och med för sig själv döljer skälen bakom den användning han gör av lagen, samtidigt som han förnadsfullt hänvisar till lagen som sådan. Formalisten är här, i denna äldsta utläggning av rättstillämpningens villkor, en nitisk pajas; en klant, som sviker lagen i sin iver att följa den.

I västerländsk intellektuell tradition är formalismen, sen själva begynnelsen, den största juridiska synden.³⁰

Man skulle kunna tänka sig att ett begrepp som är så antikt också måste vara urvattnat. Och visst går det slentrian i användningen. "Formalister" kallar vi gärna våra motståndare och "formalistisk" den juridik vi anser passé eller finner främmande. Att vara formalist är mer eller mindre liktydigt med att vara en dålig jurist, vilket vill säga att den motsvarande termen i praktiken saknar konkret innebörd. Vem som är formalist beror på vem man frågar.

Men ställda inför ursprunget³¹ hos Platon erfar vi också en strängare förståelse av formalismens begrepp. "Euthyfron" riktar en fordran mot oss. För det som Euthyfron saknar, är självkännedom. Det är därför han går vilse med sin sak. Den som inte känner sig själv, känner inte heller lagen. Och det åligger oss, som rättsanvändare, att sätta *vår egen* hållning till lagen i fråga. Annars kan det småningom visa sig, att det är *vi* som är formalisterna.

Om man vill kan man se detta som juristens främsta utmaning. Att inte stelna. Att inte hemfalla till flockbeteende – vilket förutsätter att man ständigt förhåller sig *tänkande* till rätten. Gör man det inte, *dör* den. Detta är då det platoniska arvet. För det var formalism som dödade

²⁹ A a 3 c och d.

³⁰ Se häremot J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 480 vid n 1344.

³¹ Något "egentligt" ursprung, i kausal mening, är det ju knappast. Ursprunget är *mytiskt*, och kan inte vara annat. Se och jfr H Gustafsson, Dissens. Om det rättsliga vetandet, Göteborg 2011 s 106 ff.

Sokrates: irrationell, missriktad fromhet och oförmedlad folklig vrede. Där fanns ingen rättvisa, ingen rätt.³²

Samtidigt ... var finns utrymmet för en sådan tänkande juridik i vårt moderna samhälle? Där den tillämpas är juridiken ofta en form av masshantering. Den omtalade "juridifieringen" ökar trycket. Juristen läser lagen instrumentellt – för att avgöra det fall han eller hon har framför sig, för att göra sig av med det, gärna så snabbt som möjligt. Och rättsstatsidealet tycks kräva likriktning. Juristen ska inte vara individ, utan utbytbar. En kugge i maskineriet.

Om det någonstans finns utrymme för eftertanke ska det väl vara i rättsvetenskapen. Och så kan man se på den rättsvetenskapliga uppgiften: Rättsvetaren tänker där mer praktiskt inriktade jurister saknar tid och ro – tänker *åt* dem. Rättsvetenskapen är den juridiska praktiken samvete. Eller, givet den ovan skisserade idéhistoriska bakgrunden, juridikens värn mot formalismen.

Och ibland – ganska ofta, rentav – får man intrycket att det är ungefär så som rättsvetenskapens egna företrädare ser på saken.³³ Man sätter sig till doms över den praktiska juridiska verksamheten. Berömmar och tillrättavisar. Man *vet* ju trots allt bäst. (Vem vet bättre än vetenskaparen?)

Detta beteende är, emellertid, inte blott självförhärligande och förmått. Det är också riskabelt. Farligt. För närhelst man riktar blicken mot den andre, och dömer honom, glömmar man för ögonblicket sig själv, och riskerar sig själv. Grunden för den dom man utfärdar kan visa sig obefintlig, och istället för fast mark har man plötsligt en avgrund under fötterna. ("Må den, som är utan synd ...") Vad vi kan vinna genom att minnas det platoniska arvet är, tänker jag mig, en känsla för denna fara – för faran i den rättsvetenskapliga verksamheten. För den saknar vi. Vi är, för att tala med Nietzsche, *drömmare*: "vi bestiger med öppna ögon och likgiltiga för alla faror de farligaste vägar, klättrar upp på fantasteriets tak

³² Utan tvärtom godtycke. Jfr Diogenes Laertius redogörelse för efterspelet ("Meletus" och "Anytus" är de engelska namnformerna på två av de som låg bakom åtalet mot Sokrates): "[N]ot long afterwards the Athenians felt such remorse that they shut up the training grounds and gymnasia. They banished the other accusers but put Meletus to death; they honoured Socrates with a bronze statue, the work of Lysippus, which they placed in the hall of processions. And no sooner did Anytus visit Heraclea than the people of that town expelled him on that very day."; Diogenes Laertius, a a s 173.

³³ Av kollegial artighet avstår jag från att ge exempel. Här dock ett motexempel: H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s 37 f.

och torn, och utan minsta svindel, liksom födda att klättra – vi sömngångare på ljusa dagen! [...] Vi [...] outtröttliga vandrare på höjder som vi inte uppfattar som höjder, utan som vår släta mark, vår trygghet!”³⁴

Formalismen är en utmaning också för rättsvetenskapen. Den ansätter oss, som rättsvetare.

Allt detta låter, misstänker jag, farligt abstrakt. (Och hur skyddar man sig mot en abstrakt fara?) Låt mig göra det konkret.

I det i NJA 1989 s 117 refererade målet – ”Huset vid Göta älv”, välbekant för många³⁵ – finner HD:s majoritet att säljarna är skyldiga att ersätta köparna av en fastighet den skada de lidit med anledning av att det på fastigheten belägna huset fick utrymmas och överges till följd av en överhängande risk för skred. Givet omständigheterna fick fastigheten enligt majoriteten anses sakna en egenskap – nämligen egenskapen att vara beboelig – som kunde anses utfäst, trots att någon uttrycklig garanti ej lämnats. Därmed var förutsättningarna för att ersättningsskyldighet skulle åläggas säljarna uppfyllda, för enligt JB 4:19 st 1 p 2 har köparen rätt till ersättning för skada om ”fastigheten vid köpet avvek från vad säljaren får anses ha utfäst”.

Majoriteten tillämpar här den princip som etablerades genom avgörandet i NJA 1978 s 307, i vilket en enig HD tillerkände köparen av en nyuppförd villa med felaktigt utförda vattenledningsarbeten ersättning trots att ledningarna överhuvudtaget inte kommit på tal inför köpet.³⁶ HD utnyttjade då en i doktrinen uppmärksammas möjlighet, som i en nyckelpassage i skälen beskrivs på följande vis:

Det får nämligen – vid sidan av utfästelsefallen och därmed jämställda fall av positiva uppgifter från säljaren – anses föreligga ett visst, om än mycket begränsat utrymme för skadeståndsansvar. Vad som här åsyftas är sådana fall då ett fel innebär en så allvarlig och fundamental avvikelse från rimlig

³⁴ Nietzsche, Den glada vetenskapen (”la gaya scienza”), Stockholm-Stehag 2009, aforism nr 59.

³⁵ Fallet har kommenterats av Hellner i JT 1989/90 s 98 ff och av Runesson – under rubriken ”Huset vid Göta älv” – i Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997, 2 uppl, Stockholm 1998, s 313 ff.

³⁶ I NJA 1976 s 217, som gällde köp av en fastighet på vilken det förekom råttor ”i en utsträckning som får anses tämligen unik i dagens samhälle” hade köparsidan åberopat att fastigheten saknade en ”kärnegenskap”. HD avböjde att tillämpa resonemanget med hänvisning till den på fastigheten befintliga villans ålder och det faktum att det inte är helt ovanligt att fastigheter av det aktuella slaget hemsöks av råttor.

standard på fastigheten, att denna måste anses sakna en – för att använda en i doktrinen förekommande term – ’kärnegenskap’, som får anses utfäst ehuru frågan ej berörts vid köpeförhandlingarna.³⁷

Principen hade prövats och befunnits icke tillämplig i NJA 1985 s 871, som gällde en nyligen omgjord men felaktig elinstallation, och HD kom kort efter avgörandet i NJA 1989 s 117 även att, i NJA 1989 s 156, avstå från att tillämpa principen vid ett fall av köp av lös egendom: en hund, som led av ”höftledsdysplasi” och som av den anledningen avlivats.³⁸

Vi har alltså att göra med en princip som diskuterats i doktrinen, som HD tagit upp och sedan i en följd avgöranden bestämt närmare genom att ta ställning till tillämpligheten i en uppsättning konkreta situationer. Det är i sig ingenting märkligt med det. Tar man emellertid del av den mening som utvecklades av de skiljaktiga i NJA 1989 s 117, justitieråden Vängby och Solerud i förening, kan man möjligen få en annan uppfatt-

³⁷ Att ett sådant utrymme måste finnas påpekades av Karlgren; se Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål, 2 uppl, Stockholm 1954, s 97 ff. Enligt Hellner, a a s 98, torde det ha varit Sundberg som myntade uttrycket ”kärnegenskap” för att beskriva falltypen ifråga; se även Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen, SvJT 1972 s 721 ff, s 738 och således Sundberg, Om ansvaret för fel i lejt gods, Stockholm 1966, s 135 ff. Sundberg, a st, menade att övervägande skäl talar för att som en allmän köp- och hyresrättslig princip acceptera att naturagäldenären svarar vid avsaknad av sådana egenskaper som är så väsentliga för det kontrakterade godset att det typiskt sett inte kommer ifråga att inför avtalsslutet diskutera dessas förefintlighet, men som parterna, om de tillfrågas, tveklöst skulle ansett vara nödvändiga. Principen skulle, ansåg Sundberg, a a s 221, i stort sett lösa de problem som Karlgren förknippade med ”garantifikationerna”.

³⁸ Jfr NJA 1915 s 495, där HD fann förekomsten av lungpipning hos en häst hävningsgrundande utan att anse säljaren skyldig att utge skadestånd (ingen uttrycklig tillförsäkran). I förbigående vill jag anmärka att den tvekan som HD i NJA 1989 s 156 uttrycker avseende möjligheten att tillämpa kärnegenskapsresonemanget vid köp av lös egendom egentligen är grundlös; vilket också Hellner, a a s 100, tycks antyda. Det finns av skäl som utvecklas närmare nedan ingen anledning att kräva viss form för att en utfästelse ska föreligga – till och med skrivningen ”om varan vid köpet avvek från vad säljaren särskilt har utfäst” (40 § 3 st ”nya” KöpL) medger principiellt att säljarens ansvar grundas på en helt och hållet tyst utfästelse, dvs i situationer i vilka vare sig uttrycklig garanti eller ”enuntiation” föreligger men omständigheterna ändå varit sådana att köparen ägt utgå från att varan ska ha egenskapen ifråga; se här till Mellqvist – Persson, Ny köplag – några noteringar, SvJT 1990 s 386 ff, s 398 ff; Wetterstein, Säljarens ansvar för utfästelser, Festskrift till Jan Ramberg, Stockholm 1996, s 484 ff; Lehrberg, Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp, SvJT 1990 s 543 ff, s 555 ff; häremot dock H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 329; J Ramberg – Herre, Allmän köprätt, 5 uppl, Stockholm 2009, s 240.

ning. Minoriteten fann inte kärnegenskapsresonemanget tillämpligt och ville följaktligen ogilla köparnas skadeståndstalan. Men det är inte bara det att Vängby och Solerud ansåg att underlaget brast. De är i och för sig noga med att markera skillnaden mot situationen i 1978 års fall och de framhåller förvisso att det i ”en sådan situation är [...] naturligt att säljaren får svara för fel av den art som förelåg i målet”. Samtidigt är de skeptiska till den ifrågavarande principen som sådan; av deras resonemang följer rentav att denna egentligen saknar berättigande.

Grunden för sin skepsis, som är av principiell natur, hämtar dissidenterna hos Karlgren.³⁹

Om man utsträcker tillämpningen av regler om skadeståndsansvar för fall av tillförsäkrad egenskap till sådana lägen, där varken en garanti i egentlig mening eller en ’enuntiation’ föreligger, är, som Karlgren framhållit, möjligheten till en klar gränsdragning tillspillogiven; det blir fråga om den ’rent fingerade garantin’, (Avtalsrättsliga spørsmål, 2 uppl 1954 s 99).

Och tanken återkommer i det avgörande tillämpningsresonemanget:

Felet består i att fastighetens grundförhållanden var sådana att bostadsbyggandens bestånd var hotat. Detta är självfallet ett synnerligen allvarligt fel. Köpeavtalet har emellertid ingåtts mellan enskilda personer och i målet har inte framkommit att säljarsidan skulle ha känt till eller ens misstänkt att det förelåg bristfälliga grundförhållanden. Att under dessa omständigheter anse att det varit utfäst att det inte – trots att säljarna varken lämnat några som helst positiva uppgifter eller det eljest på deras sida förekommit något som tillnärmelsevis kan jämföras med utfästelse – är inget annat än en fiktion. Att på grund av en sådan förpliktad säljarna att utge skadestånd skulle inte motsvara syftet bakom bestämmelserna i 4 kap 19 § JB – att åstadkomma en ekonomiskt lämplig avvägning mellan säljarsidans och köparsidans intressen när det efter köpet visar sig att fastigheten är behäftad med faktiskt fel. Att säljarna, om fastigheten ekonomiskt sett är mer eller mindre värdelös på grund av felet, får betala tillbaka köpeskillingen är en sak. Däremot ter det sig knappast rimligt att enbart på grundval av en i rättstillämpningen fastlagd fiktion låta dem vara närmare än köparna att bära de senares individuella skada.

Sett för sig är resonemanget slående, i sin enkelhet. Man kan naturligtvis inte enbart med hänvisning till en *ren fiktion* flytta över kostnaden för en

³⁹ Samtidigt är ju Karlgren, som ovan antytts, möjligen principens upphovsman; se ovan n 37.

uppkommen skada från ett rättssubjekt till ett annat. Det är inte rättvist. Och det är inte rationellt, utan godtyckligt. För en fiktion är ju inte en *egentlig* grund, utan ett påhitt. Det finns alltså ingenting som kan fungera som kriterium för ansvarets inträdande utöver rättstillämparens skön; ingenting objektivt, ingen ... sak, och då är det klart att det blir svårt att ange var ansvarets gräns går.⁴⁰ Det finns liksom ingenting att peka på. Där är tomt. Det finns ingen uttrycklig garanti, överhuvudtaget ingen garanti "i egentlig mening", och inga "enuntiationer" eller "enuntiativa beteenden", vilket vill säga att situationen är sådan att "säljarna varken lämnat några som helst positiva uppgifter eller det eljest på deras sida förekommit något som tillnärmelsevis kan jämföras med utfästelse".

Men med detta rena, och i den meningen starka, resonemang vecklar minoriteten in sig i en motsägelser. För man gillar utgången i 1978 års fall, och argumenterar för att förevarande fall på ett avgörande sätt är annorlunda, vilket man inte hade behövt göra om det principiella utrymmet för den där tillämpade normen egentligen är noll. Eller menar man att ersättningsskyldighet förvisso skulle ha ålagts säljaren i 1978 års fall – trots avsaknaden av såväl uttrycklig garanti som enuntiationer – på en *annan*, i så fall dittills okänd, rättslig grund, som man hade fått konstruera där och då? Helt enkelt laga efter lägligheten? (Man konstaterar ju att utgången var naturlig.) *Det* hade varit att döma på grundval av en ren fiktion. För också 1978 saknades på säljarsidan varje tillstymmelse till positivt uppträdande med bäring på det där aktuella felet.⁴¹ Innebär

⁴⁰ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 96, karakteriserar konstruktionen så, att den "icke inrymmer något som helst reellt, annat än uppfattningen att inträdet av skadeståndsplikt är lämpligt", och anmärker, att i vilka lägen denna "enligt lagstiftarens mening och härskande åskådning är att applicera, blir [...] ofta vanskligt att avgöra."; se även Karlgren, a a s 99. Jfr Hellner, a st, som med anledning av att HD avböjde att tillämpa principen i fallet NJA 1989 s 156 konstaterar: "Osäkerheten förefaller nu att vara större än någonsin. Det finns ett ansvar för avsaknad av kärnegenskap, men det synes omöjligt att bedöma vad som är en kärnegenskap. Det är möjligt att det är en misslyckad princip – som ju främst beror på ett inflytande från den romerska rätten och den rättsbildning som edlerna införde – att låta skadeståndspåföljden, till skillnad från andra påföljder av fel, bero av utfästelse. Huruvida regeln än tillämpas förefaller resultatet bli godtyckligt." Men märk att Hellner i första hand kritiserar HD:s *tillämpning* av principen – det är *den* som ger upphov till osäkerhet, en osäkerhet som i sin tur *möjligen*, enligt Hellner, kan tänkas bero på principen som sådan. Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, Uppsala 2009, s 121, konstaterar att rättsläget, såvitt gäller köp av lös egendom, i avvaktan på ett ställningsstagande från HD får betraktas som ovisst.

⁴¹ Ritningar hade överlämnats, enligt vilka de läckande ledningarna skulle ha dragits i

det nödvändigtvis en fiktion att i detta läge anse en utfästelse föreligga, så gör det rimligen det 1978 såväl som 1989.⁴² Innebär det däremot *inte* nödvändigtvis en fiktion, åligger det minoriteten, om den står fast vid att ersättning inte ska utgå i det senare fallet, att visa hur och varför principen inte kan tillämpas där, och då har man inte rätt att rakt av åberopa att fråga är om en fiktion. Man kan inte tillämpa en princip samtidigt som man underkänner den.⁴³

Det vore vidare olyckligt – materiellt sett – om minoritetens resonemang höll streck. För sannolikheten för att parterna inför avtalsslutet tar upp en möjlig avvikelse från förväntad standard till diskussion minskar naturligtvis om avvikelsen ifråga är ovanlig, vilket ju, som Karlgren själv understryker, innebär att köparen, om säljarens ersättningsskyldighet begränsades till fall av positivt uppträdande (i form av uttrycklig garanti, enuntiation eller enuntiativt beteende), skulle stå utan rättsligt skydd i skadeståndshänseende i de mest ömmande fallen:

just i de mest stötande felsituationerna – där det är mest ovanligt att fel förekomma och där köparen alltså har minst anledning att frammana några lugnande uttalanden l.dyl. å säljarens sida [...] ⁴⁴

Av denna anledning, och då det i många fall måste bero av rena tillfälligheter huruvida säljaren väljer att uttala sig om en viss egenskap hos köpeobjektet eller ej, finner Karlgren att gränsdragningen skulle bli ”synnerligen irrationell” om säljarens ersättningsansvar villkorades av att det förekommit en enuntiation eller något därmed jämfällt beteende.⁴⁵

Men vänta nu ... Skulle man gå i andra riktningen, och utsträcka säljarens ansvar till fall i vilka positivt, relevant beteende alldeles saknas skulle ju själva möjligheten till en klar gränsdragning – enligt samma Karlgren,

taket istället för i golvet, och även om det som HD anmärker ”kan tänkas att under speciella omständigheter enbart överlämnande av byggnadsritningar kan ges den innebörden att säljaren därigenom utfäster att byggnaden utförts i enlighet med ritningarna” så gav utredningen inget stöd för att ritningarna i det aktuella fallet skulle ges en sådan tolkning.

⁴² Se även Hellner, a s 99.

⁴³ Renhårigare hade varit att som JustR Lindskog i NJA 2008 s 826, som gällde en eventuell tillämpning av den familjerättsliga figuren ”dold samäganderätt” – ett fenomen som i mycket är analogt med de ”garantifiktioner” som förevarande text behandlar –, gå på given praxis, men i ett tillägg utveckla sin avvikande uppfattning i sak.

⁴⁴ Karlgren, a s 98 f.

⁴⁵ A a s 97 f; se även Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken, Lund 1976, s 55.

och som Vängby och Solerud uppmärksammar – vara tillspillogiven!⁴⁶ Så Vängby och Solerud föredrar att hålla fast vid en gränsdragning som kanske är *klar*, men som inte desto mindre är *synnerligen irrationell*? Varför?

Här är det någonting som skorrar falskt. Eller kanske flera saker. Jag är inte riktigt rättvis när jag låter Vängby och Solerud, när de använder Karlgrens namn och argument, också stå för de *konsekvenser* som Karlgren, i just det resonemang som åberopas, menar att argumentet ifråga leder till. Likafullt kan det hävdas att Vängby och Solerud gör Karlgren orätt, för de rycker ett påstående ur hans resonemang, tillsynes obrydda om att detta är på väg in i en återvändsgränd.

Det skaver alltså i *övergången mellan praxis och doktrin*: I min läsning av minoritetens votum och i minoritetens läsning av Karlgren. Nu är detta fullt naturligt – rättsvetenskap och domar produceras på skilda villkor. Föreliggande text och Karlgrens analys i "Avtalsrättsliga spörsmål" följer andra regler än de som Vängby och Solerud måste foga sig efter.⁴⁷ Rättstillämparens skäl är skrivna för att leda fram till och rättfärdiga avgörandet i den sak det gäller, på ett genrespecifikt sätt som i jämförelse med det rättsvetenskapliga framstår som jäktat.⁴⁸ Det är inte det att rättstillämparens språk, som man först kanske frestas att tro, är mer effektivt eller målrationellt – för rättstillämpning och rättsvetenskap har *skilda* mål. Vetenskap som skrivs alltför direkt och rakt på sak blir i realiteten ineffektiv. Målet är ju, enkelt uttryckt, att säga *sanningen*, som man måste närma sig med viss känsla för takt (grunden för det som praktikern kanske ser som subtiliteter och spetsfundigheter).⁴⁹ I denna text, till exempel, utgår jag från Sokrates rättegång och död, kommer därifrån till ett konkret avgörande i HD – NJA 1989 s 117 – och går vidare, inte därför att jag vill krångla till det utan därför att poängen, den poäng som jag vill göra, når man just den vägen, och inte på något annat sätt (och poängen kanske är subtil, ja, men också *därför* värd att försöka för-

⁴⁶ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99.

⁴⁷ När relationen mellan praxis och doktrin diskuteras på ett abstrakt plan framhålls emellertid gärna likheterna; se senast Kleinman, Rättsdogmatisk metod, Korling-Zamboni (red), Juridisk metodlära, Lund 2013, s 21 ff. (Man får hålla i minnet att likhet och skillnad inte är absoluta storheter.)

⁴⁸ Larenz, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1966, s 20, anmärker att praktikerns situation kännetecknas av närheten till fallet och därmed av *nöden* att omedelbart finna fram till ett avgörande.

⁴⁹ Se vidare J Samuelsson, Hermeneutik s 374.

medla). Och *Karlgrens* texter är formliga labrynter. Det är inte konstigt att Vängby och Solerud går vilse där, om det är det de gör. Det är snarare i det närmaste oundvikligt. För de går över en gräns mellan skilda genrer, från ett spel till ett annat, och de skulle ha ett principiellt sett olösligt översättningsproblem på halsen *om* det vore så att de gjorde anspråk på att läsa Karlgren på hans egna premisser. Så är emellertid knappast fallet. Vängbys och Soleruds läsning är brutalt instrumentell. De tar vad de behöver, och i några snabba rörelser har de ett fullständigt resonemang, från rättsfråga till det svar de gillar. De dömer, helt enkelt. Men ska man döma *dem*, får man göra det på deras premisser.⁵⁰ Rimligen finns det då inte mycket att anmärka på. Vängby och Solerud använder Karlgren mer eller mindre så som man vanligen använder doktrinen i domstol. Att det blir pannkaka ur rättsvetenskaplig synvinkel sett är en sak för sig. Det är helt i sin ordning.⁵¹ Fullkomligt normalt.⁵²

Jaha. Man kan undra vad den apologetiska hållning som utvecklas här har för följder för det bruk *rättsvetenskapen* gör *av praxis*?⁵³ Ska man inte få kritisera domstolarna när deras resonemang brister i rationalitet? Jo, det är ju det vi gör, vi rättsvetare. Bland annat. Men vi bör göra det *försiktigt* (det normativa ideal som denna text ger uttryck för).⁵⁴ Det är genom möjligheten att göra det – att ta det lugnt – som rättsvetenskapen intar en särställning. *Vi* kan ge akt på omständigheterna. Visa de saker det gäller

⁵⁰ Jfr Lambertz, Nyttig och onyttig rättsvetenskap, SvJT 2002 s 261 ff, s 278: ”Jag inser mycket väl att jag inte kan sätta mig till doms över rättsvetenskapen och att mitt perspektiv är alltför begränsat för att man skall kunna förlita sig på det. Men praktikernas respekt för rättsvetenskapen riskerar att vara alltför stor och det är viktigt att vi praktiker säger vad vi tycker, från vårt perspektiv. Rättsvetarna måste å sin sida vänja sig vid att bli ifrågasatta på samma sätt som de i sin yrkesverksamhet anser det självklart att de kan och bör ifrågasätta (ofta i alltför stränga ordalag, tycker jag) lagstiftare och domare.”

⁵¹ Det är klart att det finns gränser – som vanligt är de inte på förhand givna och omöjliga att definiera exakt, samtidigt som det är enkelt att ge exempel på klara fall, så som rena felläsningar.

⁵² Ett parallellt fall är HD:s hantering av Vahlén i NJA 1999 s 629, som jag ägnar en utläggning i J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 246 ff.

⁵³ Ett bruk som är lika instrumentellt, och ibland lika brutalt, som det bruk domstolarna gör av doktrinen.

⁵⁴ Och det kan fungera som svar på de *krav* som från praktikerhåll ibland ställs på rättsvetenskapen; se och jfr t ex Edlund, Civilrättsforskningens uppgifter – replik från en praktiker, SvJT 1992 s 418 ff; Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens uppgifter, SvJT 1992 s 78 ff; dens, Nyttig och onyttig rättsvetenskap; Lind, Rättsfallsanalyser: recension eller analys?, JT 1995/96 s 232 ff; dens, Högsta domstolen och frågan om motiv och doktrin som rättskälla, JT 1996/97 s 352 ff, s 360 ff.

den omsorg de kräver – låta dem komma till tals och höras över sorlet: Uppmärksamma skillnaderna, dissonanserna, och på så sätt motverka den allmänna likriktningens meningslöshet.⁵⁵ Eller så.

Vi återvänder till minoritetens resonemang i NJA 1989 s 117 och till Karlgrens analys av "anses-utfästelsernas" problematik, men vi ökar upplösningen.

Vängby och Solerud ville inte hålla säljaren ansvarig för köparens skada på grundval av vad de ansåg vara en ren fiktion: att en utfästelse skulle anses föreligga trots avsaknad av positiva uppgifter eller liknande på säljarens sida – bland annat skulle då möjligheten till en klar gränsdragning "vara tillspillogiven". Tanken att det skulle vara fråga om en ren fiktion samt argumentet om gränsdragningsmöjligheten hämtar de från Karlgrens "Spörsmål". Som vi sett reser detta frågan hur noga minoriteten läst Karlgrens text, för Karlgren själv drar *inte* slutsatsen att garantifiktionerna bör undvikas vid fastställandet av säljarens skadeståndsansvar. Detta skulle nämligen ge en gränsdragning som, med Karlgrens ord, framstår som "synnerligen irrationell".

Där var vi. Vid konstaterandet att det möjligen föreligger en märklighet i källhanteringen – och om denna är ursäktlig, vad finns det då att säga om saken? Förslagsvis frågar man sig vad den – saken, alltså – egentligen gäller. Vad står på spel? Säljarens ansvar, det är givet, men varför är den frågan svår? Vi har en oenig Högsta domstol och en utläggning av Karlgren, som i sig tydligen inte är helt transparent. Var ligger egentligen problemet?

I ett domstolsperspektiv är frågan hur man vid tolkning och tillämpning av JB 4:19 givet omständigheterna i det konkreta fallet ska åstadkomma den rimliga avvägning mellan köparens och säljarens intressen som lagrummet (naturligtvis) syftar till att möjliggöra. Det krävs ett ställningstagande – att risken läggs på köparen eller på säljaren – samt övertygande argument. Och det är väl felets abnorma karaktär som ställer till det. TR:n ansåg att det överhuvudtaget inte var fråga om fel, med hänvisning till att det i det närmaste var fråga om en naturkatastrof, och att det vid "en avvägning mellan köparens och säljarens intressen framstår [...] som orimligt och oförenligt med allmänna köprättsliga regler att säljaren skall bära ansvaret för sådana utan mänsklig påverkan åstadkomna markförhållanden som kan leda till naturkatastrofer". Ett något svepande, force majeure-liknande resonemang som ställdes på huvudet av Sten

⁵⁵ Se och jfr H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 33 ff.

Hillert, som avgav ett utlåtande över saken, och en enig HovR (bland ledamöterna återfinns en adjungerad docent Grauers). Hillert ansåg, enligt referat i HovR:ns skäl, att en ”rimlig avvägning mellan köparens och säljarens intressen [...] rimligen [ger] – tvärt emot TR:ns mening – i stället i överensstämmelse med tankarna bakom lagregeln till resultat att säljaren blir felansvarig”.⁵⁶ Utöver billighetsskäl är argumentet då att rättskällorna inte ger något stöd för det undantag, i princip för force majeure, som TR:n uppställer. HovR:n gick på Hillerts linje i frågan om fel förelåg eller ej och ansåg därtill att fastigheten, med hänsyn till felets omfattande verkningar, avvikit från vad som kunde anses utfäst, varför köparna tillerkändes rätt till skadestånd. Det var endast denna sista fråga som gjordes till föremål för prövning i HD, och det var den som minoriteten till skillnad från majoriteten ville besvara nekande: Inget skadestånd till köparna, för det skulle inte svara mot syftet bakom JB 4:19, som ska vara ”att åstadkomma en ekonomiskt lämplig avvägning mellan säljar- sidans och köparsidans intressen när det efter köpet visar sig att fastigheten är behäftad med faktiskt fel”. Varför? Eller varför inte? Det är i detta sammanhang – för att ge den lämplighetsbedömning, som alla är överens om ska göras, innehåll – som minoriteten avvisar kärnegenskapsresonemanget under åberopande av att detta skulle innebära en ren fiktion: Någonting som inte *är* någonting kan inte rimligen få vågskålen att tippa över, och motivera att risken flyttas från köpare till säljare. Minoritetens resonemang accentuerar så den *tomhet* som präglar bedömningen. Det finns liksom inga riktmärken; ingenting att ta på, och det har sina skäl.

Det problem som Karlgren brottas med i den aktuella passagen i ”Avtalsrättsliga spørsmål” är av mer principiell natur, men det är, som vi småningom ska se, ändå inte så annorlunda.

Som vanligt när det gäller Karlgren handlar det om att pröva rättskällematerialets – främst lagstiftningens – hållfasthet, i första hand genom att följa olika tolkningar till deras logiska slut.⁵⁷ Vad han söker är klarhet, och hans kritik är inte normativ, i stark bemärkelse, utan snarare nyanserande, och, ofta, komplicerande. Hur ska vi förhålla oss till de rättsliga texter som är oss givna?

Alltså till exempel: Lagstiftaren arbetar med lokutionen ”som kan

⁵⁶ Märk det dubbla åberopandet av resonemangets rimlighet.

⁵⁷ Jfr Arnholm, Avtalerettslige spørsmål, SvJT 1955 s 316 ff, s 316: ”[I]ntet er fullkomment i denne verden. Selv avtaleloven har sine skavanker. Efterhånden har man oppdaget nokså mange. Karlgren var en av dem som først begynte å sette spørsmålstegnene [...]”

anses tillförsäkrad” och liknande skrivningar.⁵⁸ Frågan blir då hur detta ska förstås. Och här hamnar Karlgren, givet sina premisser, i ett dilemma. Tolkar man ”anses”-kvalifikationen snävt, så att denna utöver ”rena” garantier endast kommer att omfatta fall av positiva uppgifter samt därmed jämställt beteende, blir gränsen för det aktuella stadgandets tillämpningsområde godtycklig och orimlig. Tolkas den däremot vitt, så att också underlåtelsefall – det vill säga rent fingerade garantier – omfattas, har man gjort det möjligt för rättstillämparen att nå ett rimligt resultat, och därmed att förverkliga vad som bör vara bestämmelsens syfte, men det till priset av att det blir omöjligt att säga var gränsen för ansvaret går – lagstiftaren skulle i realiteten ha lämnat rättstillämparen i sticket.

Märk att ett underliggande tema här är den urgamla motsättningen mellan form och materia i juridiken. Valet står mellan klarhet och rimlighet. Och som brukligt är när denna motsättning görs explicit tar författaren ifråga ställning för materia, mot formen.⁵⁹ Det ”finns näppeligen något bärkraftigt motiv” att dra gränsen vid positivt uppträdande.⁶⁰ Det vore rentav ”föga rimligt”.⁶¹ Och som vi sett menar Karlgren att det skulle ge stötande resultat.⁶²

Alltså?

Nödvändigt blir [...] *ur praktiska synpunkter* att gå vidare och statuera skadeståndsansvar även då ett särskilt, från säljaren emanerande positivt uppträdande av enuntiativ karaktär icke kan påvisas. Felfrihet *måste* understundom ’anses tillförsäkrad’ i saknad icke blott av en garanti i egentlig mening utan även av en enuntiation; man *måste* i större eller mindre utsträckning taga sin tillflykt till den ’rent fingerade garantin’. [Mina kursiveringar.]⁶³

⁵⁸ Vid det aktuella tillfället stod 42 § 2 st i 1905 års köplag i fokus för Karlgrens uppmärksamhet. Karlgren, *Avtalsrättsliga spörsmål* s 97, nämner även 59 § samma lag, 11:1 dåvarande JB, 9 § skuldebrevslagen samt regeln om hemulsansvar i 1:6 nyttjanderättslagen.

⁵⁹ Detta bruk gör det retoriskt effektivt att vända dikotomin upp-och-ner, och ta ställning för formen – se t ex Kihlman, Fel, Stockholm 1999, s 19 ff och 32 ff; Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2 uppl, Uppsala 2006, s 17 och 203; Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, s 38 ff, 74 ff, 88 och 116 ff eller för den delen redan Göranson, *Traditionsprincipen*, Uppsala 1985, s 419 ff – eller att förhålla sig neutral till den; se t ex H Andersson, *Pragmatism and formalism – simultana tendenser i rättsbildningen*, *Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W Dufwa*, Stockholm 2006, s 53 ff; J Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s 479 ff.

⁶⁰ Karlgren, a a s 97 f.

⁶¹ A a s 98.

⁶² Ovan vid n 44.

⁶³ A a s 99.

Visserligen – och här kommer vi till det led i resonemanget som Vängby och Solerud tog fasta på – innebär detta enligt Karlgren att möjligheten till en klar gränsdragning har gått om intet. Men det är där vi står. Karlgrens konklusion i avsnittets sista mening lyder: ”Bedömandet måste i realiteten ske efter andra linjer än dem lagen skenbart ger anvisning på.”⁶⁴ Rättstillämparen är *så illa tvungen* att klara sig utan ledning.⁶⁵ Alternativet är formalism.

Det kan tilläggas att Karlgren, när han själv, under sina sista år, fick tillfälle att utveckla sin syn på nya jordabalkens felregler, med övertagande av argumentationsmönstret från ”Spörsmål” tog ställning för en vidare tolkning av JB 4:19, enligt vilken huvudregeln, att köparens skada inte ska ersättas, balanseras av ett aktivt bruk av ”ansesregeln”.⁶⁶

Så långt egentligen bara resonemangets struktur. För förståelsen krävs också kontext. Och då vill jag säga att det problem som Karlgren här gör sig är typiskt för honom, och att han inte kunde undvika att möta just denna typ av problem, såtillvida som den – problemtypen – följde med de premisser med vilka civilrättsvetenskapen arbetade då; den fanns inskriven i Karlgrens eget språk.

Hurså? Som rättsvetenskaplig författare tog Karlgren konsekvenserna av den i vid mening realistiska revolution som de närmast föregående generationerna hade iscensatt – då räknar jag från det sena artonhundratalets danska objektivism fram till dess att den teoretiska överbyggnad som Uppsalafilosofin tillhandahöll fick rättsvetenskapligt genomslag på tjugotalet.⁶⁷ De gamla strukturerna var undanröjda eller starkt ifrågasatta, och principerna för hur juridiken nu skulle framställas låg någorlunda fast, åtminstone i teorin, men något nytt system hade man ännu

⁶⁴ A a s 99.

⁶⁵ Annorlunda alltså enligt Vängby och Solerud, som föredrar den ståndpunkt som Karlgren kritiserar (”den här kritiserade ståndpunkten”; Karlgren, a a s 99).

⁶⁶ Och denna läsning kontrasterade han mot en tolkning som ”lägger tyngdpunkten på *ordalagen* i 19 §” – alltså mot en överdriven formalism; se Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 48 ff (citatet på s 53). I och med att stadgandet före 1990 vid sidan av utfästelsefallen endast tillerkände köparen skadestånd vid säljarens svek var behovet av en nyanserad läsning stort.

⁶⁷ ”Genomslag” är kanske för mycket sagt, åtminstone om man undantar lärjungarna Lundstedt och Olivecrona, men en realistisk effekt kan konstateras, t ex i Karlgrens egen avhandling, ”Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet”, som utkom 1929; se detta arbete s 12 f; se vidare Björne, Realism och skandinavisk realism. Den nordiska rättsvetenskapens historia, del IV 1911–1950, Stockholm 2007, s 154 ff.

inte – bara utkast, idéskisser. I det läget blev det Karlgrens uppgift – hans generations uppgift – att pröva principernas hållfasthet och att utröna var gränserna skulle dras.⁶⁸ Och Karlgren är lojal med uppgiften, samtidigt som hans samvetsgranna analyser ofta utmynnar i skepsis.

Mönstret är tydligt åtminstone på avtals- och kontraktsrättens område. Det grundläggande realistiska budskapet var där, att man vid fastställandet av avtalets innehåll måste skilja det som parterna faktiskt kommit överens om från det innehåll som rättstillämparen lägger i avtalet – dolt eller öppet, med tillämpning av rättsliga normer eller efter fritt skön.⁶⁹ I princip tillämpas tanken endast i en riktningen, *mot* dittillsvarande civilrättsvetenskap, som nu uppfattas som ”viljeteoretisk”. Man får inte åberopa partsviljan när detta saknar täckning i realiteterna. Det paradigmatiske exemplet är objektiviseringen av förutsättningsläran, i Danmark hos Møller och Ussing: Istället för att fråga sig hur parterna skulle ha ställt sig till möjligheten att en förutsättning slår fel om de hade tänkt på saken, vilket med realistisk logik vore att falla tillbaka på en ren fiktion, ska man isolera typsituationen tillsammans med de värderingar som objektivt sett bör gälla och på den grunden ställa upp en uttrycklig rättsregel.⁷⁰

Den stora frågan i Karlgrens avtalsrättsliga författarskap, om det finns en sådan, är hur denna demarkationslinje – gränsen mellan det som *är* avtalat och det som *bör anses* avtalat – ska kunna upprätthållas.⁷¹ Han försöker hantera viljeförklaringsbegreppet, som i klassisk tappning tycks vara rest tvärs över linjen ifråga.⁷² Han granskar de för äldre civilrätt så betydelsefulla kutymerna och försöker dra gränsen mellan blott faktisk sedvana och rättskälla.⁷³ Han tar sig an passivitetsläran med utgångspunkten att faktisk passivitetsverkan måste skiljas från legal sådan.⁷⁴ Han

⁶⁸ För nu skulle ett normalvetenskapligt skede inträda – det som i Kuhns modell kännetecknas av *puzzle-solving*; se Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd ed, Chicago 1996, s 35 ff.

⁶⁹ Det är detta budskap som är undersökningsobjektet i min avhandling, ”Tolkning och utfyllning”.

⁷⁰ Møllers ”Forudsætninger” utkommer 1894; Ussings ”Bristende Forudsætninger” 1918.

⁷¹ Det skulle kunna tänkas att jag här helt enkelt projicerar mitt eget avhandlingsämne – se ovan n 69 – på Karlgrens texter, men jag tror inte det.

⁷² Se Karlgren, *Avtalsrättsliga spörsmål* s 179 ff; dens, *Studier i allmän avtalsrätt*, Lund 1935, s 61 f; dens, *Till frågan om den rättsliga viljeförklarings imperativa natur*, Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s 324 ff.

⁷³ Karlgren, *Kutym och rättsregel*, Stockholm 1960.

⁷⁴ Karlgren, *Passivitet*, Stockholm 1965. För den grundläggande distinktionen se a a s 7 ff.

hoppas på distinktioner: mellan tolkning och utfyllning,⁷⁵ i relation till misstagsregeln i 32 § 1 st AvtL mellan tolkning och omtolkning⁷⁶ och i kontraktsrätten mellan utfästelse och enuntiation.⁷⁷ Men ingenstans når han riktigt fram. Det ger hans skrivande – så mycket som han utträttar på vägen – ett *famlande* drag.⁷⁸

Det är typiskt när han i inledningen till den uppsats i "Avtalsrättsliga spörsmål" som Vängby och Solerud åberopar i NJA 1989 s 117 skriver:

Inom den allmänna avtalsrätten utgör som bekant den s.k. förutsättningsläran en svårbearbetad materia. De resultat, vartill man inom doktrinen, efter åtskilliga ansträngningar på området, kommit, äro skäligen blygsamma, och det kan just icke påstås, att framstegen i rättspraxis äro mycket större. Utsikterna att erhålla någon mera generell lösning av förutsättningsspörsmålen förefalla vid det här laget mörka. Den 'subjektiva' förutsättningslärans (LASSENS) relativt enkla schema rörande betingelserna för att en oriktig eller bristande förutsättning skall anses relevant står sig vid en närmare granskning – mera generellt sett – icke, därom äro väl numera de flesta ense, och några riktlinjer av mera allmängiltig räckvidd ha 'objektivisterna' (USSING m.fl.) knappast kunnat sätta istället.

I *ett* avseende ligger det emellertid nära till hands att [...] ⁷⁹

Detta är grundstämningen i Karlgrens texter. Han skriver, med ett engelskt uttryck, *after the event*. Han plockar bland resterna; gör vad han kan.⁸⁰ Och när han under den här aktuella utredningens gång når fram

⁷⁵ Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning, SvJT 1961 s 212 ff, s 215 ff.

⁷⁶ Karlgren, Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen, SvJT 1966 s 161 ff.

⁷⁷ Se vidare nedan s 165 ff.

⁷⁸ Jag är inte ute efter att på något sätt förringa Karlgrens insatser – tvärtom; se nedan n 80. En *ärligare* rättsvetenskap får man leta efter.

⁷⁹ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 79; se och jfr t ex dens, Kutym och rättsregel s 29; dens, Tolkning och omtolkning s 162.

⁸⁰ Han verkar under ett *skede* i rättsvetenskapens utveckling (ett cykliskt återkommande sådant). W B Yeats dikt "The Nineteenth Century and After" sätter ord på den karaktäristiska stämningen:

Though the great song return no more
There's keen delight in what we have:
The rattle of pebbles on the shore
Under the receding wave.

Gilmore, The Death of Contract, 2nd ed, Columbus, Ohio 1995, s 111, skriver: "During classical periods, which are, among other things, extremely dull, it seems that nothing

till garantin som ansvarsgrundande rättsfaktum och kan konstatera att lagstiftarens laborerande med anses-lokutionen skapar det dilemma, som vi vid det här laget börjar bli bekanta med, är det också typiskt. För denna skrivning är en rest från den juridik som Karlgrens föregångare gjorde uppror mot och kan som sådan inte längre förstås, utan får – på klassiskt realistiskt manér – istället förklaras som en produkt av historiska tillfälligheter, förmedlad från romersk rätt via tysk rättsvetenskap. Så beskriver Karlgren i en utförlig not⁸¹ hur den romerska rätten, i pandektisternas version, principiellt utgick från att, vid speciesköp, även en felaktig prestation räknades som kontraktsuppfyllelse, emedan köparen ändå erhållit den sak som utlovats. Enligt huvudregeln förelåg någon rätt till skadestånd följdenligt inte. Undantag medgavs endast vid svikligt förtigande på säljarens sida samt vid *dicta et promissa* (sagt och lovat), det vill säga i garantifall. Denna för köparen stränga ordning sägs ha mildrats av edlerna genom en utökad hävningsrätt, och i denna form kom systemet småningom att upptas i BGB (§§ 462–3) såväl som av den svenske lagstiftaren (i 42 § 2 st 1905 års köplag).⁸²

Sistnämnda omständighet finner alltså Karlgren – som menade att säljaren borde svara redan vid culpa⁸³ – olycklig. ”Säkert är,” skriver han, ”att någon sakligt bärande motivering för ifrågavarande lagbud icke föreligger.”⁸⁴ Och när motsvarande reglering togs upp i nya JB beklagade han även det:

Det måste [...] sägas att lagstiftaren råkat välja en dålig förebild. Allmänt erkänt torde nämligen vara, att sagda huvudregel i 42 § andra stycket [av

interesting is ever going to happen again. but the classical aesthetic, once it has been formulated, regularly breaks down in a protracted romantic agony.” En sådan enkel motsättning har sin begränsningar, men kan likafullt vara användbar. T ex tror jag att man träffar någonting väsentligt om man beskriver det tidiga nittonhundratalets förmögenhetsrättsliga realistiska rörelse som *klassisistisk*, trots den revolutionära retoriken. För den etablerade ett mönster för tanken som suttit så hårt att det fortfarande, nästan hundra år senare, styr vårt tänkande. I förhållande till denna klassicism kan Karlgren betraktas som romantiker – och i det ligger mycket av hans storhet; *han* tog ett steg som vår tids förmögenhetsrätt ännu inte tagit.

⁸¹ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99 ff n 32.

⁸² Historien återberättas av Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen s 737 och Hellner (se ovan n 40) samt av Karlgren själv; se dens, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 53 f.

⁸³ Lagstiftaren gick senare Karlgren till mötes på denna punkt; se ovan n 65.

⁸⁴ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 104 n 32.

innebörd att köparen inte äger rätt till skadestånd] är otillfredsställande och förklarlig endast [av historiska skäl].⁸⁵

Det hjälper inte att lagstiftaren mildrat följderna med anses-lokutionens hjälp, då ju denna, som vi sett, enligt Karlgren inte ger någon ledning – *eftersom* den bygger på en fiktion.⁸⁶

Analysen kan sammanfattningsvis med fog betecknas som just ”skeptisk”. Lagstiftaren har nu en gång bestämt att säljaren är skyldig att ersätta köparens skada i den mån denna kan hänföras till avsaknaden av en egen-skap som kan anses utfäst. Därmed lindras effekterna av en huvudregel som i sig är orimlig och irrationell. För att undantaget i sin tur inte ska bli orimligt och irrationellt måste det emellertid ges en tolkning som i realiteten gör detta innehållslöst. Systemet låser sig.

Emellertid: Låsningen sker på det begreppsliga planet – är av närmast logisk karaktär – och begreppen är Karlgrens egna.

Det ämne som avhandlas i den uppsats i ”Spörsmål” det gäller är, som framgår av den redan citerade inledningen, förutsättningsläran. Specifikt gäller det möjligheten att ”skapa mera enhetliga och översiktliga regler” inom ett snävare spann, omfattande de fall i vilka en förutsättning måste tillmätas relevans *på grund av att motparten förhållit sig på visst sätt* – till exempel svikligt. Nu skiljer Karlgren – och det är den grundläggande objektivistiska manövern på förutsättningslärans område – mellan förutsättningar och avtalsvillkor (i meningen tillhörande det egentliga avtalsinnehållet).⁸⁷ Givet ämnesvalet befinner vi oss alltså per definition på ett fält där rättsverkningarna inte kan fastställas genom tolkning av kontrahenternas viljeförklaringar utan istället måste fastställas med tillämpning av rättsliga standarder (det vill säga genom utfyllning). Om man aktivt söker, eller söker fastställa, sådana normer och därtill, likt Karlgren, är realist också i den handfasta bemärkelsen att man endast vill erkänna påtagliga, faktiska fenomen som rättsfakta ... vad kommer man då att säga om säljarens utfästelseansvar i den form detta givits i 42 § 2 st 1905 års köplag?

⁸⁵ Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 53.

⁸⁶ Jfr Karlgren, a a s 56: ”Man måste undra om ej ansesregeln, hur nyttig den än eljest må vara, ibland kan föra för långt. Så kan det gå när en dålig huvudregel skall få sin brist avhjälpt genom en fiktiv ’motregel’.”

⁸⁷ Se härtill Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s 124 ff.

Karlgren skiljer åtminstone för sin del först, bland allt det som kan *anses* tillförsäkrat, ut det som verkligen *är* tillförsäkrat, och detta kallar han "garanti i egentlig bemärkelse". I jakten på omständigheter på säljarens sida som kan läggas till grund för slutsatsen att risken för att varan saknar viss egenskap ska läggas på honom, vad kan, vid sidan av svek, vara mer påtagligt och entydigt än att säljaren faktiskt lovat att varan ska ha egenskapen ifråga?⁸⁸ Visserligen faller de "egentliga" garantierna utanför Karlgrens undersökningsområde, i och med att de utgör avtalsinnehåll och det då saknas anledning att falla tillbaka på förutsättningsläran,⁸⁹ men de får ändå en avgörande betydelse som paradigmatiskt exempel när Karlgren går vidare över på förutsättningslärans område och söker efter sådant som inte är garantier, men som ska tillmätas relevans eftersom det ändå kan "anses" vara det.⁹⁰ På denna sida finner han "det positiva uppträdandet av 'enuntiativ' natur",⁹¹ ett uppträdande som, utan att det kvalificerar sig som garanti, givit motparten uppfattningen "att sakläget var annorlunda beskaffat än det i verkligheten var".⁹² *Sakläget*. Då handlar det om en förutsättning, inte om ett avtalsvillkor.

Karlgren förtydligar:

Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant, ett plus i form av ett särskilt positivt uppträdande, men naturligtvis icke vilket uppträdande som helst utan ett som är av den art att det faktiskt föranleder den handlande att tro, att läget är på visst sätt beskaffat.⁹³

⁸⁸ Vad som *kan* ifrågasättas är emellertid vilka rättsverkningarna ska bli. Att det inte är givet att ansvaret ska vara strikt framhålles av Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 86; se även dens, Utfästelse och "enuntiation" s 132.

⁸⁹ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 85.

⁹⁰ Se a a s 87.

⁹¹ Karlgren lånade terminologin från Lassen, Om Betingelserne for Tilbagesøgning af Ydelser, der ere erlagte i urigtig Formening om Skyld, UfR 1889 s 1 ff, s 5, som för sin del lät termen "enuntiation" beteckna ett gäldenärens agerande som visserligen ger motparten fog för uppfattningen att ett visst rättsförhållande är för handen, men som inte är av den beskaffenheten att det kan tolkas så att gäldenären velat binda sig rättsligt. Märk att detta sett för sig är obegripligt ur modern svensk avtalsrättslig synvinkel. Tolkningen ska ju vara objektiv och göras utifrån motpartens horisont.

⁹² Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 88. Rodhe, Obligationsrätt, Stockholm 1956, s 226, ansluter sig, med direkt hänvisning till Karlgren, till denna begreppsbestämning. (Anmärkas kan att Karlgren, Utfästelse och "enuntiation" s 127, sagt sig i denna passage hos Rodhe se ett uttryck för vad som "lärer vara härskande lära".)

⁹³ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 88.

Här befinner vi oss ett steg bort från den egentliga garantin. Att, om en säljare som betett sig *så*, säga att han eller hon får anses ha åtagit sig en garanti är, menar Karlgren, något oegentligt, för det *har* han eller hon ju inte.

Visserligen:

Om någon renodlad fiktion är det icke tal, eftersom en enuntiation förvisso är något reellt. Men vad som fingeras är likafullt, att enuntiationen har karaktären av en viljeförklaring, ty det föreligger icke något rättsfaktum i en viljeförklarings gestalt.⁹⁴

Och därutöver? I avsaknad av ”positivt” uppträdande? Ja, det blir det rena underlåtelsefallet. Har motparten inte gjort någonting, och det som uttryckligen efterfrågades var just relevansgrundande omständigheter på motpartens sida – att motparten ”förhållit sig på visst sätt” –, så blir naturligtvis konklusionen att där ingenting finns att gå på.⁹⁵ Anser man ändå att en garanti föreligger så blir det rätt och slätt en fiktion. Nu menar Karlgren, märk väl, att ansesregeln *ska* tolkas så att den är tillämplig även i det rena underlåtelsefallet – eftersom han ju anser att alternativet är värre.⁹⁶

Den struktur som här faller ut kan illustreras så:

utfästelse	positivt uppträdande	avtalsvillkor/ tolkning	egentlig garanti	realitet
enuntiation eller enuntiativt uppträdande		förutsättning/ utfyllning	oegentlig garanti	realitet fiktion
ren underlåtelse	avsaknad av positivt uppträdande		garanti i rent fingerad bemärkelse	fiktion

Vad detta tycks visa är, att ansesregeln är absurd. Att det förhåller sig så ska ju också vara ”allmänt erkänt” och någonting som kan skyllas på slumpen – vilket är ett annat sätt att säga att lagstiftaren inte är rationell (i den nyare, objektivistiska rättsvetenskapens mening).

I ett nötskal ligger det absurda i att vi här givits en regel som, i under-

⁹⁴ A a s 89.

⁹⁵ Jfr Karlgren, Passivitet s 11.

⁹⁶ Se Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 96 fram till och med s 99. Det är *ett* resonemang. Poängen kommer redan i det stycke som går över på s 97, därefter kommer skälen, och budskapet upprepas i sista meningen på s 99.

låtelsefallen, *saknar rättsfaktum*. Och en regel utan rättsfaktum är överhuvudtaget ingen regel. Det verkar som om man, som Lehrberg uttrycker det, ”valt att som rekvisit använda begreppet utfästelse definierat utifrån rättsföljden!”⁹⁷ En utfästelse föreligger när rättstillämparen *anser* att en utfästelse föreligger. Praktiskt, men det är inte *rätt*, inte juridik ... det ska vara poängen.

Men. Det är alltså *Karlgren själv* som med sin konsekventa implementering av objektivismens program drivit fram poängen. Som man frågar får man svar. Och hur är det egentligen ställt med den här analysen, med de här premisserna? Man kan undra. Borde inte konklusionen i sig – att den text som granskas är absurd; rentav ett oting, logiskt sett⁹⁸ – skapa en viss osäkerhet? Borde man här inte åtminstone misstänka att det är någonting som man inte förstår? (Gör man det inte, kan det bero på att man är alltför mycket modernist, alltså alltför övertygad om den egna tidens, det egna tänkandets, överlägsenhet.)

Att det analytiska schema som Karlgren använde för att hantera anses-regeln inte är invändningsfritt insåg han förvisso själv. Han var ju en god skeptiker. Särskilt tvivlade han på möjligheten att genomföra de distinktioner som strukturen förutsätter. Redan i ”Spörsmål” anmärks att gränsen mellan egentliga garantier och förutsättningsfall ofta är ganska vag.⁹⁹ Det är följdriktigt, för distinktionen mellan tolkning och utfyllning har alltsedan den introducerades av Ussing uppfattats som diffus.¹⁰⁰ Och i en sen uppsats – ”Utfästelse och ’enuntiation’”¹⁰¹ – ger han uttryck för stark skepsis avseende möjligheterna att genomföra den specifika distinktionen mellan utfästelse och enuntiation.¹⁰²

Problemet – det som får Karlgren att tvivla – infinner sig omedelbart, med analysens första moment, nämligen i och med spjälkningen av det som får anses utfäst i två kategorier: det som är utfäst och det som trots

⁹⁷ Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrinth? Köprättens avtalsbegrepp i blyxtbelysning, Festskrift till Anders Agell s 325 ff, Uppsala 1994, s 341.

⁹⁸ Lehrberg, a st, går på hårdare än Karlgren och finner det ”uppenbart att regeln blir en ren tautologi och därmed innehållslös”.

⁹⁹ Karlgren, a a s 87.

¹⁰⁰ Se J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 210 ff, särskilt s 214 in fine, samt s 273. Jfr Karlgren, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 215 ff; dens, Kutym och rättsregel s 32 f n 4.

¹⁰¹ SvJT 1970 s 126 ff.

¹⁰² Se även Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s 27 ff, särskilt s 28.

att det inte är utfäst ändå får anses utfäst (huvudfallet är enuntiationen). Redan här föreligger den motsägelse som den objektivistiska analysen vill lasta lagstiftaren för – för varför skulle man anse att någonting som inte är en utfästelse ändå är det, rent kontrafaktiskt?¹⁰³ Men märk alltså, att det inte är lagstiftaren som skiljer utfästelser från enuntiationer (och annat som kan tänkas tillmätas relevans – vad denna senare kategori strängt taget ska innehålla får man lämna öppet).¹⁰⁴ Distinktionen ligger inte i ansesregeln som sådan utan är, naturligtvis, resultatet av Karlgrens *läsning* av densamma. Och hans läsning är hårdhänt. Den framstår som en tämligen rak (och såvitt kan bedömas helt oreflekterad) tillämpning av vad man kunde kalla ”realitetsprincipen”: det som finns, finns; det som inte finns, finns inte. (Antingen *är* väl någonting en utfästelse eller också *inte*? Vadå ”anses”?) Karlgren infogar sig här i traditionen efter Lundstedt. Den senare gjorde ju just realitetsspörsmålet till överordnad princip i allt sitt skrivande. Och tillämpningen på ansesutfästelser förelåg i färdig form redan hos honom. I anteckningarna efter Lundstedts föreläsningar i obligationsrätt finner man till exempel följande formulering:

’Må anses avtalat’ är ett uttryck, som lyckligtvis icke ofta förekommer ens i våra nyare lagar. Det innebär ju att domaren stundom skall anse något vara avtalat, ehuru det icke är avtalat. Domaren skall alltså i sådana fall göra en fiktion, innan han dömer och grunda sin dom på vad han sålunda fingerat. Detta är ju icke rimligt, därest juridiken är vetenskap och icke trolleri.¹⁰⁵

¹⁰³ J Ramberg, Mysteriet med den tysta utfästelsen, JT 2001–02 s 405 ff, s 405, skriver: ”Rättsverkan av annat än uttryckliga utfästelser har under åtskillig tid berett såväl domstolar som lagstiftare åtskilliga bekymmer. Detta är i och för sig knappast förvånande, eftersom man saknar den fasta utgångspunkt som en klar och tydlig utfästelse tillhandahåller.” Mer rättvisande vore att hävda, att det i första hand är *rättsvetenskapen* som här har bekymmer.

¹⁰⁴ Jfr Kihlman, Fel s 40 f, som med sikte på köprättens felbedömning skriver: ”Lagens utgångspunkt innebär emellertid att det inte är fruktbart att dra någon gräns mellan det som kallas tolkning, tydning och utfyllnad, eftersom rättsföljden är densamma. [...] Inte heller åtskillnaden mellan garantier och enuntiationer är av någon materiell betydelse, så länge inte en särskild rättsföljd förutsätter garanti och samtidigt är utesluten om endast en enuntiation föreligger. Frågan om ett uttalande från säljaren skall anses vara en garanti eller bara en enuntiation skymmer den egentliga frågeställningen: Är säljarens agerande sådant att det ger köparen fog att förvänta sig att det sålda är av viss beskaffenhet?”; se även Grauers, Fastighetsköp, 20 uppl, Lund 2012, s 146.

¹⁰⁵ Lundstedt, Speciell obligationsrätt, Förra delen, Anteckningar efter professor Vilhelm Lundstedts kurser, Uppsala 1937, s 29. Se även Lundstedt, Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig? SvJT 1921 s 325 ff, s 337 ff; dens, Fiktion eller sanning i juri-

Men med realitetsprincipen för ögonen missar man lätt den egentliga svårigheten,¹⁰⁶ nämligen att avgöra *vad* som finns, respektive inte.¹⁰⁷ Det är ju *det* som saken typiskt sett gäller. Vad är, till exempel, en utfästelse? Och, alltså, hur förhåller sig enuntiationer till utfästelser? Det är svaret på den frågan som Karlgren tar för givet. Och det går för snabbt.

Låt oss se det hända. Utfästelsefallen beskriver Karlgren så:

[D]e fall, då motparten vid avtalets ingående avgivit [...] en verklig (uttrycklig eller konkludent, men icke fingerad) utfästelse om beskaffenheten av ett visst sakförhållande – alltså förbundet sig att svara för att en av honom lämnad uppgift överensstämmer med verkligheten [...]¹⁰⁸

Enuntiationsfallen är däremot:

de fall, då motparten genom ett särskilt positivt uppträdande, som dock ej har formen av åtagande av garanti, ingivit den handlande föreställningen, att sakläget var annorlunda beskaffat än det i verkligheten var. Han upp-lyser t.ex. oriktigt, utan att dock garantera något, att det försålda godset har den eller den förträffliga egenskapen eller saknar det eller det felet, att marknadspriset på den vara köpet gäller är så eller så högt, att med den uthyrda lägenheten är förbunden den ena eller andra fördelen eller frånvaron av den ena eller andra nackdelen o.s.v. Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant [...]¹⁰⁹

Det enda som här är *klart* är den på förhand givna teoretiska struktur som Karlgren tillämpar – alltså distinktionen mellan avtalsinnehåll, å ena sidan, och omständigheter som tillmäts betydelse i enlighet med utfyllande normer, å den andra. Vad som däremot *inte* är klart är hur denna distinktion ska relateras till den konkreta materia det gäller: vad säljare gör och säger, eller låter bli att göra och säga, inför avtalsslutet.

diken? SvJT 1924 s 241 ff, s 247 ff. För Lundstedt innebär garantikonstruktionen en ”ren fiktion” så snart den inte motsvaras av en uttrycklig garantiförklaring, och i fiktionens ställe vill han se en hänvisning till samhällsnyttans krav – endast så kan, enligt Lundstedt, ”realitetsspörsmålet” ärligt besvaras.

¹⁰⁶ Jfr H Andersson, Gränsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s 25: ”En felaktig – eller åtminstone olämplig – formulering av de rättsliga frågorna kan bli fatal, i det att argumentationen styrs in på banor som egentligen går förbi problemets kärna.”

¹⁰⁷ Jfr Lyotard, The Postmodern Condition, Minneapolis 1984, s 75: ”Realism, whose only definition is that it intends to avoid the question of reality implicated in that of art, [...] The demand for reality – that is for unity, simplicity communicability, etc. [...]”

¹⁰⁸ Karlgren, Avtalsrättsliga frågor s 85.

¹⁰⁹ A a s 88.

Lägg märke till att det är den rättsliga kvalificeringen som sådan som bildar utgångspunkten för Karlgrens beskrivning av utfästelsefallet. Det ska i detta fall röra sig om en ”verklig” utfästelse – alldeles oavsett hur denna kommit till uttryck (”uttrycklig eller konkludent”, det spelar ingen roll, så länge den inte är ”fingerad”).¹¹⁰ Här förutsätts alltså att det befintliga underlaget har tolkats, av rättstillämparen, och befunnits innebära att säljaren tagit på sig ansvaret för de aktuella uppgifternas riktighet. När enuntiationsfallet ska beskrivas är det däremot det konkreta underlaget – specifikt formen för säljarens yttrande – som står i fokus. Säljaren har sagt något, eller annars gjort något, dock utan att använda ”*formen* [min kursivering] av åtagande av garanti”.¹¹¹ Han upplyser till exempel ”att det försålda godset har den eller den förträffliga egenskapen”.

Men formen är ju, faktiskt, strängt taget irrelevant för innebörden. Kontexten är allt. *Såttillvida* spelar det ingen roll vad säljaren sagt eller gjort. Han, eller hon, kan garantera någonting genom att säga ”jag garanterar”, men, som Karlgren tillstår, lika gärna på ett (odefinierbart) antal andra sätt, ja, till och med tyst. Och man kan uppenbarligen åta sig en garanti genom att ”upplysa” om varans egenskaper. (Men var det då inte en ”enuntiation”? Nej, inte givet Karlgrens definition.) Samtidigt innebär det faktum att man använt orden ”jag garanterar” inte nödvändigtvis att man garanterar någonting.¹¹² Till exempel garanterar inte jag någonting i föregående mening.¹¹³

¹¹⁰ Se här till Karlgren, *Passivitet* s 9 ff; dens, *Studier i allmän avtalsrätt* s 17 ff.

¹¹¹ Formuleringen är egentligen inkonsekvent givet Karlgrens egna begreppsbestämningar. Det är ju inte formen som avgör om någonting är en garanti eller inte.

¹¹² Karlgren, *Utfästelse och ”enuntiation”* s 127, anmärker att det i och för sig inte finns någonting som hindrar att en garantiförklaring neutraliseras av andra tolkningsdata. Omvänt kan man tänka sig att en uttrycklig förklaring av säljaren att denne *inte* svarar för viss egenskap ”neutraliseras” av övriga tolkningsdata. Jfr NJA 1964 s 239, som gällde frågan huruvida säljaren av en begagnad bil hade att svara för att körsträckan var 10 000 mil längre än vad som framgick av mätarställning och uppgift i annons, trots att denne sagt sig inte kunna garantera att bilen icke körts längre än vad mätarställningen utvisade. HovR:n fastslog, efter ett elegant resonemang, att säljarens förklaring, att mätarställningen inte kunde garanteras, uppvägdes av övriga omständigheter. HD gick på den motsatta linjen och konstaterade korthugget att uppgifterna i annonsen neutraliserats av säljarens senare agerande. HD:s domskäl ska emellertid naturligtvis inte läsas så, att en uttrycklig förklaring av säljaren att en viss egenskap inte kan garanteras, *alltid* får den följden att någon garanti inte kan anses lämnad.

¹¹³ Karlgren, *Utfästelse och ”enuntiation”* s 127 f, är halvvägs på väg till denna insikt.

Detta – att innebörden är beroende av sammanhanget – gör det omöjligt att dra en skarp gräns för det kontraktsmässiga ansvaret genom att använda formen för den kontraherandes – här säljarens – beteende som kriterium. Allt man kan tillåta sig är att utpeka vissa typiska fall.¹¹⁴ Men inte ens det klaraste av fall är helt entydigt. Säljaren säger: ”Jag garanterar att varan har denna egenskap och ikläder mig rättsligt ansvar för att så är fallet.”¹¹⁵ Innebörden beror fortfarande av när under förhandlingarna, det vill säga i vilket sammanhang, uttalandet gjordes. Det kanske föregicks av ett ”Låt säga, att ...” och var då, möjligen (!), bara ett förslag. Att någonting utgör avtalsinnehåll är kort sagt inte ett objektivt konstaterbart förhållande.

Men Karlgren är ju alldeles uttryckligen ute efter att ställa upp tydliga rättsregler, utifrån typfall, och det får honom att söka efter konkreta omständigheter, som kan tjäna som rättsfakta. Det är själva grunden för indelningen i fall av positivt uppträdande, med underavdelningarna garanti och enuntiativt beteende, och underlåtelsefall. Över detta schema lägger han dikotomin avtalsinnehåll/ej avtalsinnehåll och *förutsätter* att gränserna ska sammanfalla. Märk att slutsatsen i den ovan citerade definitionen av enuntiationsbegreppet (”Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant [...]”) *inte* *alls* följer av definitionens innehåll, utan är ett godtyckligt tillägg. Hur ska man få en sådan konstruktion att fungera? Hur?! Det går inte. Naturligtvis inte, kan *vi* lägga till, med den distans vi upparbetat till realismens dogmer.

I ”Utfästelse och ’enuntiation’” förebådade Karlgren själv denna analys:¹¹⁶

[Det möter] utomordentliga svårigheter att på grundval av hänsyn till uppgiftslämnarens (för motparten iakttagbara) vilja genomföra ifrågavarande gränsdragning mellan utfästelse och enuntiation. De äro så stora, dessa svårigheter, att man undrar om inte hela förklaringsmodellen i vad den bygger på det dispositiva eller imperativa momentet [...] blir i förevarande hänseende otjänlig att handskas med och om ej andra faktorer måste vara normerande vid gränsdragningen mellan vad som bör föranleda kontraktsansvar och vad som icke bör göra det.

¹¹⁴ Jfr Karlgren, a a s 127: ”Vidare märkes här det fall att förklaringen upptager *ordet* garanti. Vanligen ser man däri ett uttryck för att uppgiftslämnaren vid det ifrågavarande avtalsslutet velat åtaga sig (rättsligt) ansvar.” Vanligen, ja.

¹¹⁵ Detta är det klaraste fall som Karlgren, a st, kan tänka sig.

¹¹⁶ I sin egenskap av kritiker pekade Karlgren framåt; jfr ovan s 160 f.

I praktiken torde det nämligen, i flertalet fall, vara ett ganska hopplöst företag att med hjälp av antaganden om uppgiftslämnarens vilja (sådan denna ter sig för motparten) skilja mellan utfästelse och enuntiation. Uppgifterna själva kunna ej gärna ge något besked om vilken vilja som ligger bakom. De se likadana ut.¹¹⁷

Så är det. Det skulle ofta bli konstlat att på grundval av säljarens uttalanden om varans egenskaper fastslå att säljaren velat åta sig ett rättsligt ansvar (utfästelsefallet) alternativt inte velat åta sig ett sådant ansvar (enuntiationsfallet). Men det beror inte på att man då uttalar sig om någonting utöver uppgifterna som sådana, nämligen om innebörden, den bakomliggande avsikten. Det gör man *alltid* när man tolkar – och det är inte hinder för förståelsen utan en förutsättning för densamma.¹¹⁸ Att det blir spekulativt beror istället på att man här vill tillskriva det enskilda rättssubjektet ett ställningstagande i en rättslig frågeställning, därtill en rättslig frågeställning av ganska särpräglad slag, framtvingad som den är av det objektivistiska analys-schemat. Ansvar eller inte? Garanti eller enuntiation? Men det är inte frågan! Frågan – den rättsligt relevanta frågan, givet den rättsregel som här ska tillämpas – är om säljaren kan anses ha utfäst att varan har den egenskap det gäller. Och svaret, i de fall säljaren med tillräcklig konkretion uttalat att varan har egenskapen ifråga, blir allt som oftast, men inte nödvändigtvis, ”Ja.” Har uttalandet enuntiationens *form* äger köparen typiskt sett lita på de förmedlade uppgifterna och säljaren svarar enligt den princip som här har kallats ansesregeln. Huruvida detta uttalande, med Karlgrens begreppsbestämningar, ska klassas som ”garanti i egentlig mening” eller blott som en ”enuntiation” är inte bara irrelevant, rättsligt sett, utan också omöjligt att svara på – den bakomliggande teoretiska konstruktionen håller inte streck.

Och nu kan vi sammanfattningsvis säga att det objektivistiska grunddraget i Karlgrens skrivande driver fram en analys som i realiteten är *formalistisk*. Ansvar ska helst grundas på tydliga regler, vilket förutsätter att säljarens beteende kan fångas i välavgränsade kategorier. Rättsfakta måste anges. Därmed riktas uppmärksamheten med nödvändighet mot de former som säljaren iakttagit. Rör det sig om en formlig garanti, en enuntiation eller vad?

¹¹⁷ A a s 128.

¹¹⁸ Se här till J Samuelsson, Tolkningslärans gåta. En studie i avtalsrätt, Uppsala 2011, s 186 ff, särskilt s 189.

Men det finns – som jag tror att framställningen ovan visat – ingen reell anledning att vara så *stel* i tillämpningen. Stelheten är ju följderna av en misslyckad teoretisk manöver. Och den går rakt emot den ursprungliga tanken bakom regeln, åtminstone så som Almén förstod den. I sin köplagskommentar skriver han om uttrycket ”egenskap, som kan anses tillförsäkrad”, att det:

är avsiktligt valt för att för detta särskilda fall inskräpa angelägenheten av att vid bedömandet av säljares och köparens rättigheter och skyldigheter taga hänsyn ej blott till vad dem emellan blivit ’uttryckligen överenskommet’ utan även till vad som ’eljest må anses avtalat’ [...] Fasthållles detta vederbörligen, följer därav, att stadgandena om fel i godset kunna av köparen åberopas icke blott då detta saknar någon egenskap, vars förefintlighet blivit honom av säljaren tillförsäkrad [...] eller har någon egenskap, vars frånvaro [säljaren] garanterat [...] utan även då godset i ett eller annat avseende, som vid avtalets ingående eller de föregående förhandlingarna icke särskilt varit på tal, är annorlunda beskaffat än köparen på grund av säljarens uppträdande haft rätt att förutsätta.¹¹⁹

Sammanfattningsvis gäller, enligt Almén, att:

med en formlig garanti av säljaren måste likställas varje uppträdande å hans sida, som är ägnat att ingiva köparen den föreställningen, att godset besitter någon viss av denne önskad egenskap eller är fritt från något visst fel.¹²⁰

Poängen är alltså *inte* att rättstillämparen kan hålla säljaren ansvarig oavsett om han eller hon avgivit en garanti av det slag som Karlgren kallar ”garanti i egentlig mening” – det vill säga en viljeförklaring som låter sig tolkas som uttryck för en vilja att svara, i rättsligt hänseende, för den egenskap det gäller.¹²¹

Poängen är att *formen* inte spelar någon roll. Formlig garanti eller ej, har köparen, på grundval av säljarens beteende, med fog kunnat dra slutsatsen, att köpeobjektet har egenskapen ifråga, ska denna anses tillförsäkrad.

Utlagd på detta sätt kräver regeln att rättstillämparen betraktar säljarens beteende ur köparens synvinkel och *förutsättningslöst* frågar sig vilket

¹¹⁹ Almén, Om köp och byte av lös egendom. Senare delen, 3 uppl, Stockholm 1934, s 2 f. Jfr NJA II 1906 nr 1 s 79 och här till Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrinth? s 330.

¹²⁰ Almén, a a s 24.

¹²¹ Se häremot Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrinth? s 330.

det befogade intrycket av detta varit. Svaret kommer att vara helt beroende av de individuella omständigheterna. Det betyder att det här inte går ställa upp några ytterligare, mer preciserade normer. Men det behövs inte heller. Regeln är given. Säljaren svarar om den egenskap som saknas kan anses tillförsäkrad.

Jag föreslår att säljarens utfästelseansvar ska förstås just på detta sätt. Det gäller – kan man säga – att motstå ”realitetsprincipens” enkla charm.¹²² Ansesregeln behöver inte läsas som en kontradiktion (”Icke-utfästelser är (också) utfästelser.”). Och varför skulle man välja en så pass ogin läsning? För att kunna dra en skarp gräns kring det egentliga avtalsinnehållet? För att slå vakt om den principiella skillnaden mellan tolkning och utfyllning? Alldeles oavsett att dessa konstruktioner numera saknar teoretisk bärkraft – bärkraft, eller lyftkraft; de flyger inte längre – leder de här in i en återvändsgränd. Men kan man överge dem löser hela den problematik som här granskats upp sig. Och man får rörelsefriheten åter.

Tydligast blir detta i extremfallet – vid ren underlåtelse. För inte heller underlåtelse är ett entydigt faktum. Vad det innebär, att säljaren inte sagt, eller i övrigt gjort, någonting, är en fråga som endast kan besvaras efter tolkning av det föreliggande konkreta underlaget. Och helt visst kan man tänka sig omständigheter under vilka säljarens tystnad med fog kan ha givit köparen intrycket att köpeobjektet ska ha någon viss egenskap. Ju mer central egenskapen ifråga är, av ju mer avgörande betydelse, desto rimligare att lägga risken för att egenskapen saknas på säljaren – alltså att räkna förefintligheten till *naturalia negotii*, till de avtalsvillkor som är så naturliga att de kan underförstås. Bedömningen kräver känslighet. Man får se upp med generaliseringar och man kan inte stirra sig blind på egenskapens art.¹²³ Kan det till exempel underförstås att drycker som säljs ska kunna drickas? Vilken egenskap kan vara mer central för en dryck? Men det beror alldeles på. Den som köper vin, till exempel, kan inte, om det så är direkt från producenten, och oavsett kvalitet, ta för givet att vinet ska vara drickbart. Tänker man sig dock att drycken ifråga inte bara är odrickbar, utan därtill dödligt giftig, ligger det närmare till hands att påstå att den saknar en egenskap som kan anses tillförsäkrad.¹²⁴ Det kan

¹²² Jfr ovan s 166.

¹²³ Jfr minoriteten i NJA 1989 s 117: ”Begreppet kärnegenskap är emellertid ägnat att leda tanken fel, om det medför att hänsyn tas *enbart* till felets allvarliga karaktär vid bedömningen av frågan om skadestånd.”

¹²⁴ Jfr NJA 1945 s 676, där HD, egentligen utan motivering, fann expedierandet av blysocker (som är giftigt) ansvarsgrundande – kunden hade beställt alunpulver, till bak-

vanligen underförstås. Men bara vanligen – jämför, för att gå över till fast föda, det japanska bruket att servera *fugu*, en blåsfisk som ju är så giftig att den som äter den dör, eller närpå, vid minsta misstag från kocken. (Risken framstår som själva poängen med ätandet, för köttet ska, vad jag förstår, vara ganska trist.) Bortser man, vidare, från sådana extrema exempel är risken för vanlig matförgiftning så typisk – livsmedelshantering är en riskabel verksamhet – att det i många sammanhang knappast kan anses underförstått att denna inte ska realiseras.¹²⁵ Och så vidare. Det beror på.

Praxis på temat ”avsaknad av kärnegenskap vid köp av fast egendom” tillhandahåller en provkarta på parametrar som kan beaktas vad gäller just egendomsypen fast egendom.¹²⁶ När principen, till exempel, först tas upp i HD:s praxis – i NJA 1978 s 307 – tar domstolen uttryckligen hänsyn till:

- a) Hur svårt felet var att upptäcka,
- b) felets omfattning,
- c) verkningarnas omfattning,
- d) i synnerhet med avseende på fastighetens funktionalitet,
- e) husets ålder,
- f) samt att huset förvärvats direkt från byggherren.¹²⁷

Sammantaget, och i den kontexten, utgjorde felet ”en så fundamental avvikelse från den standard som [köparen] utan vidare ägt förutsätta att huset hade”, att säljaren inte kunde undgå skadeståndsansvar. Slutsatsen är alltså inte på något sätt gripen ur luften.

ning. Däremot ska felets farlighet, efter vad HD funnit i NJA 1985 s 871, inte påverka omfattningen av köparens undersökningsplikt vid tillämpning av JB 4:19.

¹²⁵ I NJA 1989 s 389 uttalar HD således: ”Även om ett garantiresonemang kan sägas vara en framkomlig väg också då det gäller personskada kan det å andra sidan tänkas situationer där ett sådant närmast framstår som en fiktion. Detta kan i särskilt hög grad sägas gälla livsmedel, vare sig de tillhandahålls som varor eller i form av tillagad mat. Även om den som köper en vara eller serveras en maträtt måste kunna förvänta sig att det som tillhandahålls honom inte skall medföra skada, framstår det sålunda ej som naturligt att i sådant sammanhang intolka en garanti från leverantörens sida.”

¹²⁶ Ytterligare relevanta parametrar kan förstås tänkas. Här finns ingen formell gräns.

¹²⁷ Jfr NJA 1997 s 290, där HD uttalar: ”Enskilda köpare av småhus måste i normala fall, särskilt när det är fråga om nybyggda hus, kunna förvänta sig att husen är allmänt funktionsdugliga och inte har några speciella brister som gör dem mindre lämpade till bostäder eller som bereder de boende betydande olägenheter.”

Frågan i NJA 1989 s 117 var om det var rimligt att nå motsvarande slutsats i en situation, i vilken, å ena sidan, felet var desto mer ingripande, samtidigt som, å andra sidan, huset vare sig var nytt eller hade förvärvats direkt från byggherren. Man kan naturligtvis diskutera var gränsen ska dras. Men det man diskuterar är då hur den föreliggande situationen ska förstås. Antingen bär underlaget slutsatsen att den ifrågavarande egenkapen kan anses utfäst eller så gör det inte det.

Avfärdar man emellertid frågeställningen med hänvisning till att säljaren här inte *gjort* någonting ... vilket skulle betyda att det inte finns något rättsfaktum att gå på, och alltså att det blir en ren fiktion att hålla säljaren ansvarig, har man låtit sin realistiska strävan slå över i ren formalism. Man vill *helt enkelt* ha ett formellt kriterium att gå på. Kanske leds man dit emedan man upplever att man här befinner sig i ett regelöst tillstånd. Och det *är* en obehaglig känsla (det juridiska tänkandets artegna *horror vacui*). Men man måste stilla sin oro. Regeln är given. Det rättsfaktum denna utpekar är att det föreligger en avvikelse från vad som kan anses utfäst.¹²⁸ Vad som krävs, därmed, är tolkning – av parternas beteende *in contrahendo*. Inga ytterligare *rekvisit* är då erforderliga, eller ens möjliga att ställa upp. Man får istället uppmärksamta vända sig mot omständigheterna i den konkreta situationen och ta frågan, hur *dess*a ska förstås, på allvar. Gör man det kommer underlätelsefallen inte att te sig särskilt märkliga eller problematiska. Här finns inte mer utrymme för godtycke¹²⁹ än någon annanstans i avtals- och kontraktsrätten där hänvisning sker till de enskilda rättssubjektens frivilliga dispositioner. Det är klart att det ska mycket till innan man kan anse en *garanti* underförstådd. Men principiellt sett föreligger inga svårigheter. Tystnad kan vara nog så talande. I praktiken vet vi alla det. (Det är i teorin som det blir svårt.)

För att lindra den objektivistiska teoribildningens skadeverkningar på denna punkt borde man överhuvudtaget inte tala om "garantier i rent

¹²⁸ Eller, som i 40 § 3 st KöpL, "särskilt utfäst" – det gör ingen skillnad i sak; se ovan n 38.

¹²⁹ Egentligen inget utrymme alls. En god tolkning är aldrig godtycklig. För den måste rättfärdigas med hänvisning till underlaget och omdömet är i den meningen bundet, på ett mycket påtagligt sätt. Bundenheten är dock inte av den beskaffenheten att villkoren för den samma kan uttömmas i en uttrycklig regel. Vad skulle för övrigt en sådan regel tjäna till? "Ty tillämpningen av regeln i det enskilda fallet måste du ju i alla fall göra utan ledning" skriver Wittgenstein, *Filosofiska undersökningar*, Stockholm 1992, § 292. Se vidare om denna tematik J Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*.

fingerad bemärkelse”, ”garantifiktioner” och liknande, utan hellre om *tysta utfästelser*.¹³⁰

Självfallet innebär det i viss mening en fiktion att påstå att en sådan föreligger *när underlaget inte medger det*, men det gäller alla rättsliga begrepp. I sig är den tysta utfästelsen ingen fiktion. Den är helt i sin ordning. Inte på något sätt ”magisk”.¹³¹ På denna punkt hade Lundstedt helt enkelt fel, och vi behöver heller inte längre lyssna på honom. All den kritik som rättsvetenskapen under det senaste århundradet riktat mot domstolarnas bruk av garantikonstruktionen kan vi sätta inom parentes.¹³² Och vi kan göra det med upphöjt lugn, för det finns *ingen* som på grundval av distinktionen mellan fakta och fiktion kan ställa upp en hållbar definition av avtalsbegreppet.¹³³ Pratet om ”fiktioner” i avtalsrätten är, faktiskt, i allmänhet grundlöst – det tomma ekot av en död ideologi. Eller: Ren fiktion.¹³⁴

*

¹³⁰ Och *enuntiationen* blir ett fenomen i samma kategori som den uttryckliga garantin – dvs en form, vars innebörd och rättsliga konsekvenser endast kan fastställas i det enskilda fallet. En enuntiation är inte ett rättsfaktum, utan, där den förekommer, en del av det konkret givna tolkningsunderlaget.

¹³¹ Se och jfr Lundstedt, Fiktion eller sanning i juridiken? s 249 och 257, samt här till exempel Agell, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen s 738; Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 99; Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 342; Runesson, Huset vid Göta älv s 325. Se dock Lehrbergs nyansering i Lehrberg, Anm av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, SvJT 1996 s 461 ff, s 467.

¹³² Nu har jag framförallt linjen Lundstedt-Karlgrén-Agell-Lehrberg samt den mer direkta objektivismen hos t ex Grönfors och J Ramberg i sikte. *Alla* har dock inte varit skeptiska – se ovan n 37 om Sundbergs mer konstruktiva hållning. Och Grauers ställer upp sin terminologi på tvärs med Karlgréns. Grauers, Fastighetsköp s 148, skriver t ex: ”När jag använder termen enuntiation avser jag med den, att säljaren gjort en utfästelse som ger köparen rätt till skadestånd. Även i enuntiationsfallet kan man, om man hårdrar det litet, säga att det föreligger en viljeförklaring från säljarens sida (om än svagare än vid uttryckliga garantier), vars innehåll kan fastställas med vanliga tolkningsmetoder.” Detta skiljer sig från *min* terminologi såtillvida som jag inte skriver in rättsföljden i definitionen. Man måste ju tolka enuntiationen (i min bemärkelse – alltså det faktum att säljaren med någon precision uttalat sig om varans egenskaper) innan man kan avgöra om den kan anses vara en utfästelse (och därmed en enuntiation också i Grauers bemärkelse).

¹³³ Detta med att finna hållbara kriterier på ”realitet” gav man, i vetenskapliga sammanhang, definitivt upp på 50-talet.

¹³⁴ Fiktionstrollet tar ofta en gruvlig hämnd på dem som förföljer det, som Jhering påpekade i en passage i ”Geist des römischen Recht”; se Jhering, Geist des römischen Rechts, 5 Aufl, Leipzig 1906, III.1 s 310. (Jag har återopat detta textställe tidigare, i ett annat sammanhang, men det är för bra för att inte återanvändas.)

Man kan tycka att det som här har avhandlats är en ren teknikalitet. Och visst rör det sig om en liten detalj – i det att det gäller vad som kan inrymmas innanför de yttersta gränserna för säljares utfästelseansvar – men som framställningen kanske har visat är det svårt att hantera denna teknikalitet *på ett tekniskt sätt* om man inte vill ta den etablerade förklaringsramen för given. Här möts alla de stora frågorna i avtalsrätten och framställningen måste lämna mer eller mindre allt osagt.¹³⁵ I de teoretiska delarna bygger jag på det jag tidigare skrivit, särskilt i mina monografier, ”Tolkning och utfyllning” och ”Tolkningslärans gåta”. Om framställningen på någon punkt upplevs som svepande kan det hända att detaljerna återfinns där.¹³⁶

Jag ger domstolarna rätt och rättsvetenskapen fel. Utfallet kan förklaras med hänvisning till rättstillämpningens försiktighet och imponerande tröghet. Det går på ett helt annat sätt mode i rättsvetenskapen. För det är när man tänker, som man kan få för sig saker – till exempel att man vet hur det är. Men hur det är – hur det *verkliga* är – är juridiskt sett skäligen ointressant. Frågan är alltid endast, om man skarvar lite, hur de rättsliga texterna ska förstås.¹³⁷

Teoretiskt orienterade jurister löper ständigt risken att förföras av de svar på de stora frågorna som för tillfället cirkulerar inom vetenskapen och filosofin.¹³⁸ Men, man ska märka, att frågorna inte skulle vara ”stora” om de var möjliga att besvara. I det ljuset kan man se Whiteheads berömda uttalande, att filosofin består av en serie fotnoter till Platon. Och på detta tema skriver Wittgenstein:

Jag läser: ”... filosoferna är inte närmare betydelsen av ordet ’verklighet’ än Platon nådde, ...”. Vilket sällsamt sakläge. Så egendomligt att Platon då överhuvudtaget kunde komma så långt! Eller att vi inte sedan kunde komma vidare! Var det därför att Platon var *så* klok?¹³⁹

¹³⁵ Ja, det lilla och det stora hänger samman – på det praktiska planet kanske först och främst intuitivt, som denna passage i J Rambergs och Herres lärobok i köprätt antyder: ”En fortsatt tillämpning av principen om ansvar för avsaknad av kärnegenskap vid köp av fast egendom är [...] möjlig men knappast säkerställd, eftersom den kan bero på domarnas generella inställning till garantifiktions.”; J Ramberg–Herre, Allmän köprätt s 240. Precis! Och som framgått finns det ingen anledning att som domare (Hej, Johnny Herre!) förhålla sig annat än pragmatiskt uppskattande till ”garantifiktionserna” – eller till *de tysta utfästelserna*, som de rätteligen borde kallas.

¹³⁶ Se t ex ovan n 133.

¹³⁷ Och närmar man sig *den* frågan utan eftertanke, får man skylla sig själv.

¹³⁸ Därmed inte sagt att det är bättre att vara teoretiskt oskolad.

¹³⁹ Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 24.

Jag tror inte att han menade att den avslutande frågan skulle besvaras jakande. Vi står där Sokrates stod. Det bästa vi kan göra, när det är sanningen det gäller, är fortfarande att försöka *få syn på oss själva*. Man får ge akt på sina egna pretentioner och premisser. Karlgren, och efter honom till exempel Vängby och Solerud i NJA 1989 s 117, markerar distans till vad de upplever vara en överdriven tilltro till garantikonstruktionen – distans alltså, till en formalism på lagstiftarens och domstolarnas sida, en vilja att klä de reella skälen i en form som inte passar. Detta är, har jag hävdat här, uttryck för ett missförstånd och i sig ett utslag av formalism – följden av en felaktig föreställning om formens betydelse för innebörden och en ackompanjerande, missriktad, vilja att uttömma rätten i uttryckliga regler.

Och jag då? Hur är det med mina ”pretentioner och premisser”? Är inte också jag formalist? Visst, i rättsvetenskapen är vi alla varandras formalister. Men man kan vara mer eller mindre medveten om faran, om den risk det ofrånkomligen innebär att uttala sig om rättsläget ...

