

Bo H. Lindberg

Utfyllande tolkning och avtal: några rättshistoriska perspektiv

Att tolkning hör samman med rättssystemet och dess skilda indelningar är ingen nyhet. Hos en civilrättsligt lärd bestäms begreppet tolkning på följande vis: *"den verksamhet, genom vilken en rättshandlings innehåll och rättsverkningar fastställs"*. Alla de kända formerna av tolkning förutsätter någon form av ordning till vilken tolkningens metod och innehåll refererar. Ty endast utifrån en redan given ordning kan vi tala om *"rättshandlingen"*. Detsamma gäller ju utfyllning, eller utfyllande tolkning: *"den ytterligare verksamhet, som utöver tolkningen kan erfordras för att fastställa rättshandlingens rättsverkningar"*. Förvisso finns en del skillnader inom dogmatiken rörande skillnaden mellan tolkning och utfyllning; men närheten till själva avtalet präglar väl i samtliga fall själva tolkningsbegreppet. *"I det första ledet"* – tolkning – *"fastställer man vad avtalet som sådant skall anses betyda"*. Men i det andra ledet går man längre, eftersom tolkningen inte räckte till; där *"tar man ställning till vad som skall anses gälla på punkter som avtalet inte tar ställning till"*. Med andra ord, varken viljeteorin, tillits- eller förklaringsteorin inom avtalstolkningen har räckt till för att avgöra tvistiga frågor. Man måste tillgripa andra grunder för att kunna avgöra tvisten; men vilka? Den principiella skillnaden mellan tolkning och utfyllning blir här tydlig.¹

Rättshistorien kan inte omedelbart ta ställning till vad som är normativt lämpligt i en dogmatisk tvist. Däremot kan rättshistorien lyfta fram de principiella – och andra avgöranden – som ligger till grund för dogmatiska frågor och lösningar och därtill empiriskt visa om det finns någon konsekvens och systematik i handlandet. I en sådan analys bör man då gå djupare än blott till det påstått giltiga. Juridiken är ju ett komplext nor-

¹ Lehrberg, B. Avtalstolkning, Stockholm 1998, s. 14 ff. (tolkning och utfyllning).

mativt system; större än den del som blir synlig i rättskällorna. Bakom det konkret sinnliga materialet finns historiskt givna avgöranden som gav och ger sina verkningar då, nu och i framtiden. Ty det mesta inom juridiken är historiskt ärvt och av en sådan komplexitet att den enskilde intellektuellt omöjligt kan förstå eller medvetandegöra det outtalat givna. Medvetenheten må sträcka sig till konsensus, men vad som utgör konsensus förutsättningar kan den enskilde med svårighet förstå, ty dessa ligger i de helt övervägande fallen fördolda i historien, om än verkande med full kraft i nutiden. En insnävning sker i medvetandet och minnet av de i förfluten tid gjorda besluten. Först skedde i historisk tid ett val sedan kom konsensus och dolde valet och från dennas självklarhet söker man sedan sina lösningar i de enskilda fallen. Tolkning, avtal, system är inte annorlunda i detta avseende. De har också en historia.

Liberal avtalsrätt

Frivillig förpliktelse, ömsesidig bundenhet ingången under antagandet om att båda sidor är principiellt likställda, och en vilja att hålla sig till en fredlig, rättsenlig, konfliktlösning i förekommande fall, sägs vara huvuddelar i den nya tidens avtalssystematik. Tolkning, system, privaträtt, avtal, tillhör också de helt grundläggande begreppen. Frihet och vilja – avtalsfrihet – har inte varit några självklara begrepp och inte alltid heller varit så nära förbundna som de är i dagens medvetande. Självklarheten med vilken vi sammanställer avtal och vilja har dock klara bestämda historiska rötter. Från ett bestämt textställe i den romerska rätten har vi fått vår uppfattning (Dig. 2, 14, 1, 3). Det var Ulpianus som i kamp mot typtvånget inom avtalsrätten framförde viljan – consensus eller conventio – som bärande moment. Eftervärlden har sedan övertolkat hans ord. Väl vet vi, bland annat från avtalslagens tredje kapitel om rättshandlingars ogiltighet att avtal ibland kan uppstå trots felande viljeunderlag. Men dessa fall ses som undantag från en huvudregel.

Definitionen på privaträtt som vi känner den – ”ett system av subjektiva rättigheter för att säkra den enskildes frihetssfär” – anger det väsentliga begreppet, nämligen frihet. Utgångspunkten är parter som låter sin vilja framträda i för motparten synlig form: *”fritt, allvarligt, bestämt och förståeligt”* var orden i den österrikiska lagboken från år 1811 för en fullödlig konsensus i avtalet.² En formell frihet förmodas vara det bästa; med

² ABGB § 869.

andra ord en materiell, redan formulerad, styrande etisk ordning finns inte. Rättsordningen skall endast ställa till parternas förfogande ett förfarande vars innehåll bestäms av parterna genom avtalslutet. Historiskt vet vi att förbindelsen till den liberala politiska teorin är omedelbart närvarande. Nyckelbegrepp är social harmoni och sanning. Genom intressenas avspänning i det enskilda avtalet löses också samhälleliga spänningar och välbefinnande för alla utformas; det vill säga social harmoni. På samma sätt uppnås sanningen genom idéernas brytning i det fria politiska samtalet. När den liberala avtalsteorin utformades under 1800-talet är Immanuel Kant den helt ledande för de kontinentala juristerna. De romersk-rättsliga källorna omtolkades för att passa till Kants rättsfilosofi. Ledande jurister, samtidigt som de hävdade den romerska rättens primat i rättslivet, intolkade Kants antropologi i sina rättsliga uttolkningar. Friedrich Karl von Savigny i tidigt 1800-tal är ett exempel bland många.³ Kants prövning av en etisk handlings allmängiltighet – det kategoriska imperativet – är helt individuellt grundad. Den enskilde bör pröva om allmängiltighet kan tillskrivas den tilltänkta enskilda handlingen. Ett hypotetiskt prov utfört av den enskilde och en hypotetisk grund blir det moraliska provet. Härifrån kommer det formella inom avtalsrätten och den ännu idag så starka individualismen; en materiell etik förutsätter däremot en redan av kollektivet, samhället, given ordning. Men här eftersträvades en ”värdefri neutralitet”.⁴

Obundenheten, i denna avtalsteori, från de samhälleliga banden har ibland kallats den ”förstatliga egenskapen”; det vill säga avtalsfriheten fanns före samhällets tillkomst och var därmed också oberoende av samhället.⁵ Härifrån kommer den också i nutid mycket framträdande dominerande föreställningen att politik och rätt är från varandra skilda storheter. Två eller flera parter som gentemot varandra uttrycker sina samstämmiga viljor gäller allmänt som avtalets grund; det politiska som det kollektiva hör icke dit. Etiska, politiska eller nationalekonomiska överväganden är, som sådana, inte juristernas sak, framhöll en av de största dogmatikerna under 1800-talets senare del, Bernhard Windscheid.⁶

³ Zimmermann, R. *The Law of Obligations*, Oxford 1996, s. 626.

⁴ Wieacker, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, s. 351 ff., Kramer, E. *Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens*, Salzburg 1974, s. 22 ff.

⁵ Kramer, a.a. s. 36.

⁶ Wieacker, a.a. s. 431 (Bernhard Windscheid 1817–1892).

Men avtalet som en viljeöverenskommelse mellan skilda personer inrymmer många problem. Allmänt sett sägs privatautonomi råda, det vill säga parterna disponerar fritt över avtalets innehåll. En känd definition av begreppet privatautonomi är *"principen om den egna utformningen av de rättsliga förhållandena genom den enskilde själv och i enlighet med hans vilja"*.⁷

Den enskilde kan i allmänhet fritt bestämma med vem han vill ingå avtal – frihet till avtalsslut – och hur han vill gestalta avtalet, det vill säga, frihet i utformningen av avtalets innehåll. Det sista villkoret – frihet i utformningen – sägs ofta sammanfattas under form-, typ- och innehållsfrihet. Det är också konsekvent att avtalslärans båda tolkningsteorier, viljeteorin och förklarings teorin delar liberalismens drag; de är helt individualiserande, inga överindividuella krafter som inför andra intressen – vare sig mellan parterna eller mellan parterna och tredje man – bör påverka avtalets innehåll.⁸

Även för förutsättningsläran, som en del av tolkningsteorin, gäller bindningen till pandektistikens tolkning av den romerska rätten. Bernhard Windscheid, tongivande vid utformningen av BGB i Tyskland, var en av dess skapare. Förebilderna för honom var den romerska principen *"clausula rebus sic stantibus"*, som sedan länge var befäst i europeisk *"ius commune"* (gemensam rätt). Där var på naturrättslig grund ett flertal sökord tillämpliga inom skilda europeiska länder: error, dissensus, footing, implied condition, imprévision, impossibilitas; främst vid avtalsslutet bestående omständigheter, men även senare tillkommande omständigheter.⁹

Med den läran som grund har i tyskspråkigt rum en *"Billigkeitsrechtsprechung"* utvecklats.¹⁰ Tanken att avtalets förutsättningar skulle kunna

⁷ Mayer-Maly, Th. "Vertrag und Einigung" in: Festschrift Carl Nipperdey, Band I, München 1965, s. 508.

⁸ Kramer s. 28. Den särskilt i nordisk doktrin förekommande varianten – tillitsteorin – saknar en historisk analys över sina förutsättningar. Möjligen finns här en förbindelse med modernare tysk dogmatik, där det normativa dominerar: motparten antas kunna ha grundade krav på förtroende för viljeyttringen (Zimmermann, The Law etc. s. 636).

⁹ Flume, Werner. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Zweite, überarbeitete Auflage, Berlin-New York 1975, s. 494 ff. Der sogenannte Grundlagenirrtum und die Lehre von der Geschäftsgrundlage (jmf. §§ 157, 242, 779 i BGB); Wieacker, "Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus; Bemerkungen zur Theorie der Geschäftsgrundlage" in: Festschrift für Walter Wilbur, Graz 1965, s. 241.

¹⁰ Flume s. 496.

ändra avtalets giltighet är, som också Lehrberg säger i sin bok *Avtalstolkning*, en del av ”de anknyttande omständigheterna”. I tysk doktrin har man observerat att läran särskilt omhulldades bland länder som hade berörts av de två världskrigen och att det på motsvarande sätt i Sverige, Schweiz och i vissa angelsaxiska länder, som hade stått utanför krigets omedelbara verkningar, fanns en återhållsamhet mot läran både i rättstillämpning och doktrin.¹¹ Samhällssolidaritet – det vill säga hänsyn till gäldenärens sociala existens – och andra socialstatliga principer blev innehållet i domstolarnas i flera fall vittgående ”billighetsöverbäganden”. I dessa fall blev läran grund för en bred utjämning av parternas bördor. Domstolarna fick därvid också kritik för att inte ha gett principiellt grundade domar, utan enbart eftersträvat utjämning. Uttrycket ”ergänzende Vertragsauslegung” användes synonymt för deras rättsbildning. Man bör emellertid hålla i minnet att läran – både som billighetsprövning och förutsättningslära – redan av Windscheid, var infogad i pandektistikens viljedoktrin. Så fattad ansågs den inte stå i strid med privatautonomi.

Det är också här som man finner utfyllningens legitimationsproblem; på vilken grund kan man förplikta en part om man går utanför avtalets innehåll? Parten skall ju enligt teorin endast förpliktas av sin egen fria vilja, uttryckt i den begränsning av hans frihetssfär som avtalet utgör. En rättfärdig tolkning av ett avtal reduceras till en riktig tolkning av avtalet, nämligen det innehåll som parterna lagt i avtalet i enlighet med deras fria vilja. Nu behöver som bekant det som parterna själva anser vara riktigt inte också vara det rättfärdiga. Garantin för att en dom är riktig är blott och bart att domskälen håller sig till och är i enlighet med partsinnehållet. Vid utfyllning finns förvisso möjlighet att ”*ta hänsyn till samhälleliga intressen*”.¹² Men varför skall parten känna sig, och vara, förpliktad av en sådan grund?

Den rättspolitiska verkligheten under 1900-talet

Verkligheten inte minst i Sverige under 1900-talet och särskilt den senare delen har varit annorlunda. Utan att den juridiska dogmatiken haft särskilt mycket att säga har politiken ingripit i avtalsrätten. I internationell litteratur har man talat om två gestaltande krafter för ett avtals innehåll,

¹¹ Wieacker in: *Festschrift Wilbur* s. 232 not 22.

¹² Lehrberg a.a. s. 26

dels parternas egna, dels den överindividuella höghetsrätt som utövas av det offentliga; med andra ord subjektiv och objektiv gestaltande kraft.¹³

Denna offentliga makt har också ingripit i den fria avtalsrätten på många sätt. I princip kunde det ske på två sätt; antingen ett ingripande i förhållandet mellan parterna och tredje man, eller också ett ingripande i parternas eget inre förhållande. I båda fallen gällde att ett privaträttsligt eller offentligrättsligt intresse kunde finnas som skäl för ingripandet.

Som exempel på det första fallet kan nämnas omgestaltningen av privaträttsordningen med tvingande regler till förmån för vissa enskilda intressen. Fordringsrätten – t.ex. godtrosförvärv av innehavarskuldebrev – liksom obligationsrätten – negotiorum gestio – är sådana exempel på legala ingripanden. I andra fall har det gällt förhållandet mellan parterna själva; konsumentlagstiftningen är ett känt fall.

Omgestaltningen kunde också äsyfta offentliga intressen; såsom den kommunala förköpsrätten eller den jordbrukspolitiska lagstiftningen.

Internationellt förekom det också kritik mot den liberala avtalsteorin. Väl har man försökt ibland att skilja på vilja och avtal, såsom då man under sena 1800-talet och början av 1900-talet, bland annat i Österrike, ville härleda avtalets bindande kraft ur egendomsbegreppet. I yttersta hand får man inte glömma att tanken på avtal som sådant i många fall har förnekats, i modern tid senast inom den socialistiska och kommunistiska teorin. Dess kritik torde dock främst ha rört sambandet egendom – avtal, men inte främst sambandet vilja – avtal. Det var i första hand en äganderättskritik. Annan kritik har kommit från tänkare inom filosofi och teologi; vilka har sett avtal som tvivelaktig konvention i det mänskliga umgänget. Hellre ville man se det ersatt av etiska värden som vänskap, kärlek, hänsyn, ansvar, eller andra bestående och styrande värden i samlivet. Konvention betydde att man genom avtal avvek ifrån och underlät att upprätthålla dessa värden genom avtalsinnehållet. Mot det vände man sig. Försök att se fordringsrätten som systematisk förutsättning för egendomsrätt och sakrätt är andra tankelinjer som har skjutit det självklara sambandet mellan avtal och vilja i bakgrunden. Samma omdöme kan ges om försöken att se avtalets modus vivendi som en garant för rättsordningens fortbestånd och sociala roll. Utan avtal finns ingen rättsordning och från de svåra sociala följder som därav förmodligen skulle följa ges avtalets berättigande. Utifrån dessa

¹³ Reinhardt, R. "Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Ver-
trage" i: Festschrift W. Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, s. 115 ff.

tankelinjer är det inte så mycket avtalets tillkomstförutsättningar – och särskilt viljornas korrespondens – utan avtalets verkningar som är avgörande. I deras betydelse ligger avtalets giltighet. Kan man se HD:s begrepp dold samäganderätt som ett uttryck för sådana försök att ge avtalets verkan en starkare roll på bekostnad av omständigheterna vid avtalets tillkomst?

Givet är att från sådana makroperspektiv på avtalet blir viljans konstituerande betydelse mindre. Viljan är nu en psykologisk förmåga och buren av den enskilde individen och det gäller nu inte för flera av de alternativa tanketrådarna. Man kan från andra läror, om inte förutse, så dock ana, nya perspektiv på kopplingen avtal – vilja. Flera av dessa läror ligger närmare en pliktlära än den rättighetslära, som viljeprincipen inom avtalsrätten innebär. Kommunitarismen inom den nutida politiska och social-filosofiska teorin kommer säkerligen att ge nya bidrag till avtalsteorin.

När man från 1880-talet reagerade mot den fria avtalsrätten – domstolarna hade gjort det långt tidigare – var tanken att den fria avtalsrätten inte skulle upphävas, den skulle endast begränsas med hänsyn till etiska krav.

I sin helhet taget innebär det att gränsen mellan avtalets rättsområde och omvärlden alltid är konstlad, det vill säga historiskt given vid en viss tid i ett visst samhälle och med vissa förutsättningar. Detta gäller även system- och tolkningsläror. Som bekant utgår även vi i Sverige från den kanon som Frierich Carl von Savigny skapade utifrån romersk rätt vid 1800-talets början; den grammatiska, den logiska, historiska, den systematiska tolkningen (Staatsl. 3 Sp. 181). Med viss tvekan kunde han dock på ålderns dagar medge värdet av också den teleologiska tolkningen. Det sena 1800-talet förde i hans fotspår fram viljan som bärande för att inte säga uteslutande element i tolkningsläran. Ytterst gick tolkningen därvid vid tvistiga fall ut på att återskapa parternas faktiska eller hypotetiska vilja. Det subjektiva momentet fick en avgörande betydelse. Omvärlden, som det objektiva elementet, hade ingen eller liten plats. Det torde inte vara någon tillfällighet att samtidigt som privaträtten lyfte fram viljan så gjorde också den offentliga rätten detta. Parallelliteten i tid och innehåll mellan viljans plats inom avtalsteorin och viljans plats som konstituerande moment i statens lagar är slående.

Att rättsvetenskapen i denna utveckling och kritiska debatt ändå i huvudsak får sägas ha tigit – utan att på ett djupare sätt ha deltagit – får trots sina nackdelar anses vara konsekvent. Den lagstiftningsteori som har rött från senare hälften av 1800-talet är en omedelbar parallell till avtalsteorin i civilrätten; inom båda rådde viljans primat. Såsom privat-

rättsliga avtal var uttryck för vilja så var också lagen detta.¹⁴ "Folkviljan" – väl förstådd som subjektiv-psykologisk storhet – stod i omedelbar samklang med partsviljan inom privaträtten. Rättsvetenskapen och dogmatiken trängdes tillbaka av viljans kraft. Lagstiftarens vilja som enda grund för lagen blev ett förpliktande dogma i flera europeiska länder. Man bör emellertid inte förväxla den med demokratins framväxt. *Référéé législatif*, var de absoluta härskarnas författningsinstitut och helt i samklang med viljeteorin. Vid tveksamhet om lagens innehåll skulle inte doktrinen tillfrågas utan lagstiftaren själv; dennes vilja efterfrågades.¹⁵ Vi bör se framväxten av de svenska lagförarbetena i detta ljus; de uttrycker ju den subjektiva viljan.

Materiella villkor för avtals giltighet

Här kan man nu från en bredare internationell ståndpunkt fråga; har man någonsin gått utanför avtalet? Eller är den liberala avtalsteorin, trots att den kritiserats, det enda alternativet i historien? Svaret måste vara klart nekande men ändå något komplext utformat. System- och tolkningsläror med utformning från den romerska rätten är grundval för den senare europeiska diskussionen. Här kan blott skisseras vissa drag i den ännu nästan helt outforskade tolkningsläran.

Klassisk romersk rätt.

Inom ramen för ordet (*verbum*) skiljde inte de antika romerska juristerna mellan deklaratorisk – det vill säga läsning av lagens ord enligt vanligt språkbruk – och restriktiv, eller extensiv tolkning; allt gick in under ordet (*verbum*). Tolkning förstods som en förståelse av lagen; man använde för tolkningen över flera århundraden uttryck som "är, förstå, se, innehålla" (*esse, intelligi, videri, contineri*). Om det var en normalspråklig uttolkning av lagen eller en möjlig språklig betydelse som kom till användning låter sig inte alltid lätt förstås. Till och med en medveten analog lagtolkning skildrades som en form av ordförståelse. I litteraturen har dessa former av tolkning – deklaratorisk, extensiv, restriktiv, analog – omnämnts som identifierande tolkning, eftersom uppfattningen bland de romerska

¹⁴ Roscher, F. *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem*, Berlin 1974; Wieacker a.a. s. 459 ff.

¹⁵ Conrad, H. *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, Köln 1958, s. 16.

juristerna var att de blott återgav en given ordens betydelse. Givetvis kände de även till tvetydiga eller mertydiga legala uttryck. Den första kända rättsvetenskapliga debatten om en flertydig lag härrör från andra århundradet före Kristus födelse. Men redan där är det klart att juristerna såg meningsbrytningarna som en tvist om ren ordtolkning. Man använde också ord som antaga, förstå, benämna (*accipere*, *intellegere*, *appellatione contineri*) när man anförde sina tolkningsresultat. Man rörde sig inom ordet (*verbum*). Man ville inte avvika från lagens bokstav eller i vart fall inte medge det. Endast vid flertydighet kunde man tillåta sig i sina skrifter att visa att det fanns svårigheter och tvivel om ordens betydelse. I dessa fall av mångtydighet kunde man också tänka sig att gripa tillbaka på lagstiftarens tänkta mening med stadgandet. Den åtgärden skall dock inte ses som att man uppfattade ordens mening som alltför snäva eller vida, utan att de legala orden hade blivit oförståeliga. Här bör man emellertid också ha i minnet, att det är knappast så att romarna uppfattade lagarnas ord som normativa. Snarare var uppfattningen att lagar skulle uttrycka det socialt godtagbara eller riktiga; det vill säga "mos". Genom tolkning av lagen grep man tillbaka på det moraliskt goda. Lagen var inte instrumentell utan bunden vid socialtiken. Ordet lagstiftare – *legis lator* – får därmed en alldeles särskild betydelse. Såvida en viss tolkning med tiden fick genomslag och blev förhärskande som den rätta tolkningen då kläddes detta också i lämpliga ord. En typisk formulering av Ulpianus var "så är det likväl klart att det bör förstås" (*sic tamen accipiendi constat*).

Annat var det om man åberopade viljan (*voluntas*). Modern dogmatik känner ju endast analogin som metod, om lagens ord inte längre räcker till. Man griper då med analogin tillbaka på ett värdeomdöme, nämligen lagstiftarens vilja. Det omdömet får utgöra rättfärdigandet av en annan lags användning på sakfrågan. Romersk dogmatik kände en ytterligare metod, nämligen den tvistiga frågans avgörande med en *actio utile* eller *actio in factum*; d.v.s. prätorerna fick avgöra den omstridda rättsfrågan processuellt. Grunden var inte som inom analogin en logisk abstraktion och användning (en abstraktion från en induktivt given reglering och utifrån denna generalisering en deduktiv användning på nya uppdykande fall). Som grund för prätorernas processuella avgöranden låg behovet och resultatets billighet, *deus aequitas*.

Ius commune

Litteraturen har kallat den klassiska romerska rättens avvägning mellan ord och vilja för en lyckad avvägning. Varken ordet – som en objektiv grund – eller viljan var allenarådande. Under termen ”*id quod actum est*” – det som har skett – samlades de subjektiva och objektiva grunderna; allt ifrån parternas vilja över till ett avtals typifierade och moraliskt-normativa särdrag. Romerska jurister såg på rättshandlingar som en helhet utan att ”dogmatisera” de objektiva eller subjektiva elementen. Att romarna inte gjorde någon skillnad mellan tolkning av lag och avtal var också betydelsefullt för eftervärlden.¹⁶ De objektiva grunderna vid avtalstolkning kom sedan att summeras under skilda sökord: *billighet*, *aequitas*, *conscientia*, *honestas* – modernspråkligt tillkom sedan ”*allgemeine Rechtsgrundsätze*, *principes généraux*, *maximes generalés*”.

Från begreppen rätt och plikt, dygd och ansvar, utformades i den europeiska gemensamma rätten en handlings- och tolkningsteori. Långt ifrån att sträva efter värdenetralitet sökte man stöd i begreppet allmänt väl/allmänt gott. Eftersom varje individ omöjligt kunde ses som isolerad måste också varje individs handling ses som förbunden med en objektivt given värdeskala. Den normativa etiken har inte som senare hos Kant framför allt ett psykologiskt drag – viljan – utan ett intellektuellt; begreppen det rätta och det goda. Ordet dygd fick sammanfatta dem. Det låg lagstiftaren att utforma ett grundläggande förråd av det rätta – dygdiga – medborgerliga förhållningssättet; inte minst civilrättsligt. Klart måste framgå vad som var ont och förbjudet såväl som gott och påbjudet. Rättsplikten sammanföll delvis med moralplikten, dygden. Etiska målföreställningar gällde för lagstiftaren som för medborgaren. Handlingsetik fanns visserligen – regler, *maximer* – men dygdeetiken hade företräde. Det är också här som man skall se tidens juridiska litteratur; kasuistiskt utformad och analyserande skilda situationer av etiskt-rättslig betydelse. Argumentationen var följaktligen också topiskt orienterad; från de objektivt/moraliskt givna förhållningssätten bedömdes den enskildes handling. Samhälleliga intressen – etiska mål – var givet en del av argumentationen. Från romersk rätt, från kanonisk rätt och naturrätt hämtade man sin individual- och socialetik. Dessa källor var förpliktande före den positiva lagen. Typiskt är ett uttalande från en officiell svensk lagsamling från år 1706. På följande sätt låter det i förordet, där rättskällor och tolkning dryftas: nämligen att ett rike måste vara så ordnat, att den ”*civile eller*

¹⁶ Zimmermann, *The Law etc.* s 626, 632, 634, 638, 640.

borgerlige lagen” skall ”hava sin grund och stöd uti Guds och then naturlige lagen och vara med then samme i alla måtto överensstämmande”. Om detta villkor uppfylles – en borgerlig lag i samklang med Guds och naturlig lag – och naturlig lag var också moralisk lag eller sedelag – ja då frodas landet, eller med tidens språk, ”den allmänna välfärden befordras, och var och en undersåtares enskilde trevnad och välgång uti then mänskliga gemenskapen sökes och erhålles”.¹⁷ Liknande ord infördes också i den något senare utkommande 1734 års lag. Tidens juridiska litteratur gör ofta upp listor – med hundratal – beaktansvärda skäl. Många av dem hör helt uppenbart till området ”utfyllande tolkning”. I detta sammanhang kan man tillägga en regel med stor räckvidd: *”I tvivelsmål, då muntliga uttalanden och texten är likvärdiga, så bör man föredra en sådan mening som skapar den bättre rätten”*.¹⁸

Här var tanken att domaren skulle söka det bättre – etiska – materiella resultatet då tolkning inte räckte till; med modern mening en utfyllande tolkning, men styrd av andra rättsgrunder än vilja och förklaring hos parterna. Med andra ord kan man säga att offentlighetsrättsliga och privaträttsliga ramar hade satts för avtalets tillkomst.

Det är den juridiska dogmatikens tid; med en given uppgift att utforma socialetiken. Även en man som von Savigny delade, till synes paradoxalt nog, dessa uppfattningar. Vål var han emot naturlig rätt, men kanonisk rätt godtog han alltid som ett komplement i alla de fall då den romerska rätten teg i en tolkningsfråga.¹⁹ Dogmatiken hade försteg framför lagstiftarviljan. Från de objektiva moral- och rättskällorna utformades mängder av skäl för olika livssituationer. Här använde man sig av den utvecklade läran om omständigheter. En del omständigheter har betydelse inom bevisläran, andra har normativt värde, andra har allmängiltighet eller tillämplighet endast för vissa handlingar. Vi känner värdet av omständigheter vid den straffrättsliga begreppsbildningen; vissa bestämmande omständighet skiljer egenmäktigt förfarande, stöld, inbrottsstöld, förskingring, o.s.v., från varandra. De har också normativt värde; straffvärdet är olika för dessa brott. Här är omständigheterna med ett annat ord skäl. Vissa omständigheter är förknippade med en begränsad klass av handlingar. Andra omständigheter kan användas allmängiltigt,

¹⁷ Schmedeman år 1706.

¹⁸ Placcius, V. Opusculorum Juridicorum Miscellorum III: Ars interpretandi iura, Holmiae 1693, s. 95.

¹⁹ Wolter, U. Ius Canonicum in iure civili, 1975 (passim).

såsom tvång kan beaktas både i civilrättsliga, straffrättsliga och folkrättsliga sammanhang. Svensk äldre straffrätt, både doktrin och domstolar, är uppenbarligen helt genomsyrad av dessa system- och metodtankar från "ius commune". På motsvarande sätt kan man i tidens civilrättsliga dogmatiska litteratur finna moraliserande-typifierande studier i anslutning till avtalsrätten. Man arbetade med "quaestiones", problem, och dryftade deras lösning med tillhjälp av de ärvda rättskällorna, främst romersk rätt. Läran om omständigheterna gav den systematiserande ansatsen. En topisk argumentering – utgångspunkt för argumenteringen i godtagna normativa och argumentativa satser – var följdriktig. Med våra ord: utfyllande tolkning var ingen ovanlig tanke. Inskränkningar i avtalsrätten, med hänsyn till skilda materiella/etiska omständigheter, var också konsekvent nog vanliga: formkrav, begränsningar vid val av avtalspartner, begränsad individuell frihet vid avtalsslut, begränsningar vid utformningen av avtalet – alltså inga typtvång – eller begränsningar vid innehållet i avtalet. "Ratio" – begränsande skäl – stod före viljan i prioritet.

Exempel på innehållsmässiga begränsningar som fanns utformade inom ius commune och använda av domstolarna före den fullständiga avtalsfrihetens genombrott, är:

1. *laesio enormis* – "den väldiga skadan" – som innebar att den fördelade parten, i varje avtal som innebar att egendom köptes eller såldes till ett pris som understeg halva dess rätta värde, kunde få avtalet att återgå;
2. räntelagar, som innebar att räntetagande över 6 % straffbelades;
3. en begränsning av kontraktsstraffet – alltså avtalad sanktion vid kontraktsbrott – till det dubbla intresset;
4. *lex anastasiana*, som innebar att uppköparen av en fordring bara hade rätt att kräva in högst den summa av gäldenären som han själv hade betalat den ursprunglige borgenären för att förvärva fordringen;
5. förbud mot att sälja en sak, när samtidigt i avtal betingades en återköpsrätt till samma sak till högre pris, vilket skulle innebära ett förbigående av ränteförbudet;
6. *lex commissoria*, det vill säga, förbud mot avtal med förfalloklau-sul vid pantsättning;
7. förbud mot ränta på ränta – så kallad anatozismus;

8. ingen ränta ultra alterum tantum, det vill säga, löptiden på räntan upphör senast då erlagd ränta uppgår till den summa som motsvarar den utånade krediten.²⁰

Kriterierna hade utvecklats från romersk rätt och var, jämte andra, överallt förekommande i de skilda europeiska staterna. Grundidén var att det fanns en objektiv likvärdighet – *aequalitas* – mellan prestation och motprestation. Kriteriet var av naturrättslig art, men vanligen användes romersk eller kanonisk rätt i argumentationen, även i protestantiska stater. I vissa fall fick de innehållsmässiga begränsningarna utifrån denna grundidé en legal utformning, men i vanliga fall behandlades de endast i doktrinen, juridisk eller moralfilosofisk.

Exempel kan ges från praxis rörande ränta och ocker. Att avtala om återköp av objektet efter viss tid var ett vanligt sätt att försöka gå förbi reglerna. Men återköp var i och för sig tillåtet. Skulle en prisskillnad finnas – det vill säga återköpspriset är högre – då skulle ett fall av pantfördrag föreligga med förfalloklausul. Det var inte tillåtet; alltså vore det bästa att sätta köppriset lika med återköpspriset oavsett vad parterna hade avtalat. Ett annat fall gällde några Banco-brev som köptes upp för 2 500 floriner. Inom sex månader skulle de säljas tillbaka men med några hundra floriner mer i värde. De ursprungliga köparna (borgenärerna) gjorde gällande att bankbrevet hade sjunkit så mycket i värde att det högre återköpspriset var riktigt. Om inte återköpet skedde till det högre priset skulle de göra en stor förlust. Vid fallets avgörande utlät sig de rättslärda (en juridisk fakultet) att här gällde det inte att se på skillnaden mellan köpepris och objektivt värde, utan på skillnaden mellan köppris och återpris. Var den skillnaden av ockerkaraktär? Frågan besvarades jakande och köparen måste ge breven åter utan ersättning. I ytterligare ett annat fall hade två parter avtalat om återköp av fast egendom efter tre år. Priset och återpriset var emellertid här detsamma, nämligen 440 taler. Men de rättslärde medgav här endast 250 taler i värde på återköpet, eftersom man hade funnit att detta var det ursprungliga köpepriset ("under bordet").²¹ Fallet visar hur fritt juristerna kunde bedöma situationen med det i princip

²⁰ Luig, K. "Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinem Recht und im BGB" in: *Ius Commune, Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1982, s. 170–206.

²¹ Luig, K. "Das Profil der Juristen in der europäischen Tradition" in: *Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages des F. Wieacker*, Ebelsbach 1980, s. 312f.

godtaga återköpet, men i varje fall eftersträvande en rättvis fördelning mellan parterna, även om dessa hade avtalat om annat.

Denna vid första ögonblicket stora frihet var något tvivelaktigt i eftervärldens ögon; där pandektistikens kriterier gällde, främst lagens och det fria avtalets enda och uteslutande villkor. Man talade i 1900-talets början i den tyska pandekritikens anda om bland annat "lagföraktande kasusrättfärdighet" och att "kontraktsmässigt bestämda pris kunde höjas". Det sista fallet gällde bland annat ett i modern litteratur anført – och ökänt – fall, där just "kasusrättfärdighet" hade eftersträvats av äldre tids jurister. Fallet gällde en kommandant för ett befästningsverk som under löpande kontraktstid lovade en kalkleverantör att denne skulle få mer betalt för leveranserna än vad kontraktet angav. Den juridiska fakultet som fick ta ställning i frågan om löftet kunde vara grund för prishöjningen bejakade frågan främst med en allmän hänvisning att priset hade stigit i hela landet efter avtalsslutet och om leveranspriset inte höjdes, utöver avtalat pris, skulle leverantören med säkerhet gå i konkurs. Längre fick detta omdöme stå som enda grund för fallet; vilket sedan fick vandra genom den moderna litteraturen.

Den helt moderna studie som har gjorts av detta ökända fall visar dock att domslutet var ytterligt väl underbyggt från auktoritativa källor, med hänvisning till att varje avtal, varje löfte, bör förstås utifrån sina särskilda omständigheter ("*Omne actum, omnis promissio, rebus sic stantibus intelligenda eat*"). Denna princip och dess möjliga användning på fallet begrundades utförligt av den juridiska fakultet som hade fått döma i målet; Seneca och Cicero citeras och deras ord analyseras. Värdet av prestation bör stå emot motprestation; det var naturlig rätt och naturlig billighet. Seneca och Cicero var också de första som hade dryftat ett problem liknande detta. Därefter gick man inom fakulteten igenom uppfattningarna hos Grotius, Ziegler, Pufendorf. Skilda ställen hos Corpus Juris Civilis togs under övervägande, med noggranna textgenomgångar. Tankar om omöjliga prestationer och efterkommande omständigheter som kunde förändra eller göra ett avtalsunderlag helt ogiltigt fanns där, och var kända i den internationella dogmatiken i nära anslutning till klausulen "*rebus sic stantibus*"; alltså förutsättningslärans historiska grund. Kommenterad praxis var också del i domens underbyggnad. Med andra ord visar sig den ökända domen i "kalkmålsleveransen" vara ytterligt väl avvägd; godtyckligt dömande var det inte tal om.²²

²² A.a. s. 325 f.

För att nämna ett sista exempel på äldre rättsbildning. I vissa fall arbetade man med distinktionen hos begreppet okunnighet (*ignorantia juris et facti*). Men den kompletterades med en distinktion mellan övervinnelig och oövervinnelig okunnighet, även vid motivmisstag. Fanns ett oövervinneligt misstag så var rättshandlingen ogiltig. Det innebar att en partner i en förlovningsrelation kunde åberopa att motpartens förmögensförhållanden var annorlunda än vad parten hade insett vid förlovningsavtalets ingående. Invändningen godtogs och grundades på att både föräldrar och stat hade att tillse, att familjegrundningar hade en sund ekonomisk bas.²³

I den här tidstypiska argumenteringen är en viktig skillnad mot nutid, att vid sökandet efter en riktig – rättfärdig – lösning, använde man sig av en rad historiskt givna rättskällor och som den främsta den romerska rätten. Dessa var uppenbarligen till stora delar värdehierarkiskt ordnade. Så kunde använda principer och regler i ett konkret fall sättas ur kraft därför att motsäende principer används i stället, även i det fall att den använda rättskällan inte hade förutsett detta undantag. Som ett sammanfattande helhetsomdöme för denna långa tidsperiods juridiska metod har man i vår tid sökt ett inte helt olämpligt uttryck: en ”genomdiskuterad rättsdogmatik”.

”Frihetsstormen” under de två första tredjedelarna av 1800-talet sopade bort större delen av de materiella – utomlegala – grunderna. Man var i allmänhet emot varje domarens rättsfortbildning. I sammanhanget trängdes även doktrinen tillbaka. Avtalsfrihet och vid behov stöd i lagtext var postulat. Allmänna rättsgrundsatser skulle inte längre kunna hämtas ur doktrinen utan ur lagen själv, såvida man fann en lucka. Man medgav en tolkning – i många fall snäv – men ingen utfyllande tolkning. Vad som återstod blev ett allmänt förbud mot sedekränkande avtal. Dock, eftersom plikt och dygd försvann ur rättsteorin fick begreppet sed en tveksam ställning. Huvudregeln om frihet och vilja som konstituerande moment inom avtalsrätten får en tidigare oanad genomslagskraft i dogmatiken fram till den sista tredjedelen av 1800-talet. Det var den tid som blev avtalsfrihetsens höjdpunkt; aldrig har så få begränsningar funnits för den enskilde avtalsparten.²⁴

²³ A.a. s. 315.

²⁴ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, s. 620 f.

Sprickor i fasaden

Sprickor i teorin och praxis fanns dock. Man vet att lagar i pandektistikens tidevarv utformades med stöd i äldre doktrin; därifrån hämtades rättsgrundsatser som fick legal utformning. Skilda metoder och tolkningsläror framfördes dock i de skilda europeiska länderna. Analogin, med stöd av andra lagregler, var en väg. Lagbokens anda blev här en sammanställning av analoga regler hämtade inifrån lagbokens eget system. Officiellt förklarade doktrinen att analogi inom lagsystemet var helt tillräcklig. Skiljaktig mening fanns dock även där. Som ovan sagts godtog von Savigny avvikelser utanför lagens bokstav och lagsystemet själv. För honom var den kanoniska rätten giltig i alla de fall där en fråga av moralisk karaktär inte kunde lösas av lagtexten; den blev supplerande källa, som allmänna rättsgrundsatser, för utfyllande tolkning. Rimligheten i den ståndpunkten sökte han i sin syn på folkmedvetandet och inte lagstiftningen som rättens grund.²⁵

Det visar sig emellertid numera att domstolarna i många fall gick längre; det vill säga utfyllande tolkning förekom, trots att det inte i princip var tillåtet. Så visste franska domstolar under 1800-talet att söka sina rättsregler inom lagen eller lagboken i sin helhet – Code Napoléon – men i påfallande många fall gick man längre. Ibland var principerna hämtade utanför lagboken endast av argumenterande värde eller som tolkningshjälp. Men i andra fall var de extra-legala principerna ensamma avgörande för utgången, uppenbarligen eftersom de sågs som normativa. Ofta är det då den romerska rätten som får tjäna som underlag. Man använde även skiljaktig terminologi. Om tolkning – och analogi inom lagboken – skedde så var uttrycket ”*principe général*”; men om utfyllande tolkning skedde så användes uttrycket ”*maxime*” eller ”*maxim général*”.²⁶ Romersk rätt sågs i Frankrike ännu in på 1900-talet som ”*raison écrite*”.

Frågan om tolkning och utfyllande tolkning kan som historien visar inte skiljas från den övergripande systemtanken. Vi vet mycket litet om tolkningens historia – förbluffande litet – men den är uppenbarligen mycket rik på synpunkter och visar en komplexitet i den juridiska tanken och tillämpningen. Men det är tveksamt om normativa regler för tolkning kan ges oberoende av ett ställningstagande i systemfrågan.

²⁵ Wolter, a.a. passim; Jacoby, a.a. s. 128 f.

²⁶ Jacoby, a.a. s. 83, 87 f., 103, 104 f., 106, 109, passim.