

Rättshandlingsbegreppet: kriterierna*

OSKAR MOSSBERG**

Rättshandlingsbegreppet är en civilrättslig grundbult. Trots spridd användning och lång hävd är det ännu underteoretiserat. Här artikuleras ett sätt att se på de s.k. rättshandlingskriterierna och deras innehåll. Ni vet, de där gamla vanliga: Ett rättssubjekt, med rättshandlingskapacitet, ska ha förklarat sin vilja; den ska ha kommit till uttryck, ha visst innehåll, ha mottagits, och vara utgiven. Begreppet ses som del av ett vidare system ägnat den rättsliga hanteringen av mänsklig kommunikation. Kriterierna belyses genom dialog med det befintliga källmaterialet, och med en del fräsig teori hastigt approprierad från andra humaniora-ämnen. Därtill diskuteras kriteriernas funktioner, jämte strategier för att justera deras tillämpning. Ett genomgående tema kan sägas vara begreppens roll i och för rättslig argumentation.

’Det handlar [...] alltid om tillämpning av en rad ytterst enkla grundsatser, som varje barn känner till. Den – enorma – svårigheten ligger bara i att tillämpa dem, i den förvirring vårt språk skapar. Det är aldrig de nyaste resultaten från experiment med exotiska fiskar, eller matematik; det är svårigheten att tillämpa de enkla grundsatserna, som gör att man misstar sig om grundsatserna själva.’

*Ludwig Wittgenstein*¹

1. Inledning

Rättshandlingsbegreppet är en av förmögenhetsrättens verkliga grundbultar. Det tillhör ämnets elementa. Förståelse för begreppet krävs, bland mycket annat för att kunna rätt tolka och tillämpa lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område – vars smeknamn avtalslagen för övrigt nästan blir missvisande, genom att framhäva underkategorin avtal istället för överbegrep-

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Forskare i civilrätt vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

¹ Författarens översättning, från Wittgenstein, Philosophische Bemerkungen s. 153 f. Om inte annat anges är översättningarna även i det följande författarens egna, varvid apostrof (') ofta används runt passager för att markera att det rör sig om översättningar och inte rena citat (jfr Dahl, Interpunktion s. 106 f.).

pet rättshandling.² Begreppet har en framskjuten position även i andra lagar, där det ofta fått fungera som regelobjekt, eller annorlunda uttryckt det objekt på vilket olika regler tar sikte: det något som ska återgå, eller vars giltighet villkoras, exempelvis med hänvisning till någon viss kompetens eller kritisk tidpunkt.³

Trots att begreppet är centralt, och dessutom har lång hävd,⁴ tycks det ännu underteoretiserat. Det är delvis en effekt av att begreppet ofta figurerat blott i förbifarten, i källor som egentligen handlat om något annat, eller i grundläggande läroböcker, där intresset av pedagogiskt tillrättalagda framställningar med bred täckning motiverat kärnfullhet och att man ofta undvikit inte bara komplikationer utan också polemik.⁵ Man har alltså regelmässigt undvikit att

² Men nej, vi borde inte övergå till att som finnarna tala om ”rättshandlingslagen”. Det är för sent, och vår tradition (som är jämgammal med lagen, se t.ex. Kôersner, SvJT 1916 s. 59 f.) har ett självständigt värde som kulturarv.

³ Se t.ex. 3 kap. 2 § och 4 kap. 5 § KL; 9 kap. 2 a och 5 §§, 11 kap. 2, 3, 5, 6, 7 och 9–11 §§, 12 kap. 8 §, 13 kap. 13 §, 14 kap. 13 §, 15 kap. 4 §, 17 kap. 1 och 6 §§ FB; 7 kap. 2 och 9 §§ ÄktB; 20 kap. 4 § JB, samt 8 kap. 41–42 §§, 21 kap. 11 § och 27 kap. 4 § ABL (jfr även 2 kap. 4 och 25 §§ (rubriken) ABL). För att bara nämna några centrala lagar. En vidare användning av begreppet i aktiebolagsrätten har diskuterats, se å ena sidan B. Lehrberg, Begreppet förtäckt värdeöverföring, SvJT 2012 s. 537 ff. (jfr även B. Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s. 449 ff.) samt å andra sidan J. Andersson, ABL och värdeöverföring – en replik, SvJT 2014 s. 72 ff. Begreppet förekommer även som rekvisit i straffbestämmelser, se 9 kap. 5 §, 10 kap. 6 § samt 15 kap. 11 §§ BrB, se därom t.ex. Almkvist, Förmögensbrott och förmögenshetsrätt, bl.a. s. 489 ff. med hänv.

⁴ Begreppets historia är längre än AvtL:s. Det rör sig om en importerad tysk 1800-talsuppfinnning. Se ur nordisk rättsvetenskap t.ex. Björne, Den konstruktiva riktningen s. 335 ff.; Jørgensen, Kontraktsret I s. 31 f. eller Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 196 ff., särskilt 203 ff., och ur tysk i not 7 nedan.

⁵ När Almkvist, Förmögensbrott och förmögenshetsrätt s. 489 skriver att: ”[R]ättshandlingsbegreppet hör till de mest teoretiskt omstridda frågorna i förmögenshetsrätten.”, så är det, vad gäller modern tid (om äldre tid, jfr i not 4 ovan och 7 nedan), delvis en sanning med modifikation (vilket Almkvist förvisso också antyder, se a.st. med hänv.). Oftare än om rättshandlingsbegreppet som sådant har man nämligen stridit om saker utifrån en viss, ofta outtalad, förståelse av begreppet, eller om fenomen där en (annan) förståelse av begreppet kunnat förändra slagfältet eller rent av omintetgöra tvisteföremålet. Det mest aktuella exemplet är nog fullmakt, där stora delar av den moderna rättsvetenskapliga diskussionen (efter Ussing och Grönfors) byggt på en viss, snäv, förståelse av rättshandlingsbegreppet (jfr t.ex. B. Lehrberg, SvJT 1996 s. 461 ff., eller Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik, JFT 1964 s. 385 f.) vilken skapat ett behov av alternativa ”förklaringsmodeller” (t.ex. fullmakts- och avtalsgrundande rättsfakta). Här finns dock även ett färskt motexempel, genom J. Samuelssons stridslystna första del i en planerad serie om Svensk avtalsrätt, titulerad Fullmaktsläran, där han dogmatiskt artikulerar svensk rätts fullmaktslära genom att relatera den till den allmänna rättshandlingsläran. Anslaget leder till flera positioneringar: mot delar av den tidigare litteraturen, och mot HD, i synnerhet de kritiserade NJA 2014 s. 684 och NJA 2021 s. 1017 (se särskilt s. 201 ff.). Samuelssons kritik legitimeras med att han tar ställning för överordnade rättskällor, och då i synnerhet avtalslagen med förarbeten, och bokens mål beskrivs som att med utgångspunkt i de principer på vilka lagen bygger ”försöka åstadkomma den bästa möjliga förklaringen av nu gällande svensk rätt i fullmaktsfrågor” (s. 18) – som alltså skiljer sig från den HD artikulerat.

gräva ned sig i både detaljer och skyttegravar.⁶ Därtill har man ofta bortsett från historiska dimensioner,⁷ och på det hela taget skarvat kring saker som inte tjänat ens primära ändamål. Det är såväl förståeligt som försvarligt – på ett sätt motsatsen nog sällan varit – men, det talar ändå för försvarligheten av att nu göra rättshandlingsbegreppet till huvudnummer. Vilket alltså är avsikten här.

Närmare bestämt är avsikten att, helt enkelt, säga något om innehållet i rätts-handlingsbegreppet, genom att artikulera en konkret förståelse av detsamma. En bieffekt blir att framställningen säger något om begrepps roll i och för principiell rättslig argumentation – ett aktuellt tema vilket rättshandlingsbegreppet synes väl ägnat att belysa.⁸

2. Begreppet

Rättshandlingsbegreppet fungerar som en diskursiv och kognitiv knutpunkt för flera grundläggande obligationsrättsliga tematiser: det blir ett utmärkande tecken och en nod att utgå ifrån; begreppet är det, varmedelst man omtalar och finner tematikerna.⁹ I första hand rör det sig om rättshandlingskriterier, men begreppet fyller funktioner också för förmögenhetsrättens *systematik*, liksom för bedömning av rättshandlingars *verkningar*, det senare inte minst när det utgör regelobjekt.¹⁰ I denna artikel faller dock fokus i allt väsentligt på kriterierna, eller annorlunda uttryckt kraven för att en bindande rättshandling ska

⁶ Det är t.ex. en av styrkorna med Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt. Mästarexemplet på en sådan teoretiskt medlande hållning är dock alltså Adlercreutz klassiska Avtalsrätt I, som när den först skrevs under tidigt 1960-tal hade den uttalade ambitionen att medla, mellan det gamla och det nya.

⁷ Se hänv. i not 4 ovan och t.ex. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Band 2: Das Rechtsgeschäft s. 28 ff.; eller Schermaier, vor § 104. Das Rechtsgeschäft, i Schmoeckel, Rückert & Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I s. 354 ff., med ymnig bibliografi. Sådan finns även hos Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I 8 uppl. s. 266 ff., där ett par sidor med nästan bara noter inleds med konstaterandet att: 'Rättshandlingsbegreppet på senare tid blivit ett älsklingstema för rättsvetenskaplig behandling; litteraturen växer sig evigt större.' (s. 266, not 1.).

⁸ Ett tecken på temats aktualitet är såväl existensen av som diskussionerna i Kleinman (red.), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt (2019). Se även O. Mossberg, Den konstruktiva riktningen och "begreppsjurisprudensen", TfR 2022 s. 289 ff. med hänv. inte minst på s. 351 ff.

⁹ "Tecken": jfr, om semiotik som rättsvetenskapligt metodverktyg, t.ex. H. Andersson, Barthesianska meditationer, Hyldestskrift till Nørgaard s. 71 ff. "Nod": eller nodalpunkt, kunde man kanske säga och anspela på Laclau & Mouffes diskursteori, vartill E. Björling, Rättstillämpningens tystnad s. 74 ff., särskilt 78 ff(f)., erbjuder en ingång.

¹⁰ Jfr redan Windscheid, Pandekten I (§ 24) 8 uppl. s. 94, om att rättsbegreppen kan spjälkas i två klasser: De som till sitt föremål har rättigheternas faktiska förutsättningar, samt de som rör rättigheterna själva och vad man kan säga om dem.

föreligga.¹¹ Det finns mycket att säga också om de andra temana, men var sak har sin plats, och en sak i taget.

Till att börja med kan konstateras att det, i en mening, är lite reaktionärt att tala om ”begrepp” på det sätt som här görs. I denna mening är nämligen rättshandlingsbegreppet närmast synonymt med det som med en mer modern, och mindre belastad, nomenklatur kan refereras till med uttryck som ”*allmänna rättshandlingsprinciper*”.¹² Det synes dock skäligen omotiverat att ge upp begreppsbegreppet. Detsamma har förvisso mångtydiga och flervärdiga konnotationer, och av dessa kulturella bibetydelser har vissa negativ värdeladdning.¹³ Icke desto mindre är det funktionellt, och förtjänstfullt, som en hyperonym referent med viss denotation: begrepp samlar och utpekar teoretiska strukturer, i form av principer, samlingar av intellektuella konstruktioner, lärorens innehåll, och liknande.¹⁴ Begrepp fyller viktiga funktioner för teoribildning, och i mina ögon finns det tveklöst ett värde i att ägna sig åt begreppsbyggande av också formellt slag, samt att vara ärlig med att det är vad man gör.¹⁵

Där rättsliga differentieringar och distinktioner tjänar till att spjälka och splittra upp, där tjänar begrepp till att föra och foga samman.¹⁶ Rättshandlings-

¹¹ Man kan diskutera om rättshandlingskriterierna rör vad som krävs för att det ska ”finnas” en rättshandling, eller om vad som krävs för att en i och för sig befintlig rättshandling ska bli ”bindande”. I den mån detta låts bero på det faktiska språkbruket får man nog räkna med varierande svar. För egen del är författaren benägen att låta de två sammanfalla, eftersom rättshandlingar per definition är bindande, jfr bl.a. i not 36 nedan. Att den kan vara ogiltig är en annan sak, se i not 62 och jfr vid not 58 nedan.

¹² Särskilt termen ’princip’ är förstås omvittnat mångtydig, jfr t.ex. Jareborg, Vad är en princip?, Fs Frändberg s. 137 ff. Ätminstone en av ordets meningar ligger dock nära hur man kan använda ’begrepp’. Det är nog ingen slump, då termerna även ord- och doktrinhistoriskt ofta synes fått innebörder som legat nära varandra. Till undvikande av en väl lång fotnot nog dock detta utvecklas på annat håll. Här kan kanske bara kort sägas (som den gamle Windscheid verkar ha tänkt, delvis inspirerat av den unge Jhering) att *begreppen var och är försöken att greppa principerna*, att fänga och samla dem, under ett uttryck eller ett tecken, för en intellektuell konstruktion. Såvitt gäller den mer nutida källbilden, är mitt intryck att straffrätten i flera avseenden ligger före civilrätten, när det kommer till begreppsanalytik. Se således för hjälpsamma diskussioner om begrepp och principer samt deras roll i normativa system bl.a. Jareborg, a.a.; Ulväng, Om straffrätt och principer, i Asp, Lernestedt & Ulväng, Katedralen s. 149 ff.; Jareborg, Mening, värde och rationalitet, de lege 2008, bl.a. s. 83 ff. (eller kortare, Jareborg, Prolog till straffrätten s. 30 ff., särskilt 44 ff., och 83 ff.). Jfr om principer även Graver, I prinsippet principiell – om retsprinsipper, i Rett, retorikk og juridisk argumentasjon s. 224 ff.

¹³ Jfr kring not 108 nedan.

¹⁴ Jfr i not 12 ovan samt... kanske Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 1 ff., på s. 8 f.

¹⁵ Se O. Mossberg, Den konstruktiva riktningen och ”begreppsjurisprudensen”, TfR 2022 s. 289 ff. Jfr t.ex. Sandgren, Teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s. 297 ff.; Heuman, Nackdelarna med att använda utbytbara vaga begrepp, SvJT 2022 s. 62 ff.; Strömholm, Till definitionen av begreppet rättsregel, SvJT 1969 s. 168 ff., eller Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s. 147 ff., särskilt 168 ff. (jfr även s. 135 ff.).

¹⁶ Jfr Karkainen, ”New Governance” in Legal Thought and in the World: Some Splitting as Antidote to Overzealous Lumping, Minnesota Law Review 2004 (vol. 89) s. 471 ff., s. 479: ”It is

begreppet är också just ett *samlingsbegrepp*, som per definition kan denotera olika saker – nämligen de saker som därunder samlas. Dessa ”saker” är, såvitt här ska beröras, främst ett antal typiserade problem, lösningar och vägar där-emellan.¹⁷ I mer teoretiska termer skulle man kunna tala om ett antal mer eller mindre stereotypa inramningsalternativ och utfallsalternativ, samt topiker med argument för och emot de olika alternativen.¹⁸ Även om de präglas av en avgjort juridiskt-teknisk estetik,¹⁹ så kan det nämligen sägas röra sig om problem som inbjuder till ett slags standardberättelser,²⁰ och om variationer på bekanta narrativa teman.²¹

sometimes said that *the two most basic intellectual moves are 'lumping' and 'splitting'* – that is, finding relevant common characteristics that allow us intelligently and usefully to group apparently distinct phenomena into a single category ('lumping'), and finding relevant distinguishing characteristics that allow us intelligently and usefully to separate otherwise similar phenomena into distinct classes ('splitting').” (min kurs., noter uteslutna.)

¹⁷ Poängen kan sägas vara ”narratologisk”, i det att den gäller konventioner för gestaltningen av juridiska berättelser, se allmänt O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 228 ff. med hänv. För exempel på konkreta juridiska narrativa strategier, se t.ex. H. Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten s. 263 ff., 461 ff., 542 f., 680 ff. och 1000 ff. (jfr även s. 1026 ff.). Se tillgängligt på temat även Schlag & Griffin, How to do things with legal doctrine s. 31 ff.

¹⁸ Se om för juridik anpassad inramningsanalys t.ex. Jaff, Frame-shifting: An Empowering Methodology for Teaching and Learning Legal Reasoning, Journal of Legal Education 1986 (vol. 35) s. 249 ff.; O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 235 ff., jfr s. 88 ff., eller Schlag & Griffin i not 17 ovan a.st. Jfr även Kelman, Interpretive Construction in Substantive Criminal Law, Stanford Law Review 1981 (vol. 33) s. 591 ff.

¹⁹ Estetik bör inte reduceras till en fråga om ”det sköna” (jfr t.ex. Jareborg, Mening, värde och rationalitet, de lege 2008 s. 471 ff.). Det centrala, här, är hur *fenomen kan präglas av olika estetiker*, och därmed kan vara estetiskt tilltalande på så vis att de i anledning av just estetiska karaktäristika blir menings- och värdebärande i dialog med etablerade kulturella koder. Exempelvis signalerar amerikanska filmer ofta ondska genom att anspela på nazistisk estetik (jfr t.ex. Star Wars rymdimperium i vart fall i dess tidiga iterationer). Och givet rättsvetenskapens konventionella former kan det enligt uppgift fortfarande verka estetiskt alienerande att använda ord som ”diskurs”. Se om rättslig estetik (som analysystema), t.ex. Jareborg, a.st., men kanske särskilt Schlag, The Aesthetics of American Law, Harvard Law Review 2002 (vol. 115) s. 1047 ff. Jfr även de relativt mindre begripliga Gearey, Law and Aesthetics, och Manderson, Songs without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice.

²⁰ Man kan se det som en variant av sådana ”stock stories” som uppmärksammats i diskussionerna om *rättsliga kanon*, se därom t.ex. Balkin & Levinson, Legal Canons, bl.a. s. 3 ff., eller, för ett kul exempel på hur tanken kan operationaliseras i kritisk rättsvetenskaplig analys, Threedy, Dancing around gender, Wake Forest Law Review 2010 (vol. 45) s. 749 ff. Se om kanon på svenska Oulis, Värdeersättning vid återgång s. 45 ff., 561 ff.

²¹ Intet nytt under solen ... sa väl redan Herakleitos! – och att allt värt att sägas redan sagts, det var väl utgångspunkt för många medeltida munkar.

3. Rättshandlingskriterierna

Om vi sålunda ser till *rättshandlingskriterierna*, så kan de förvisso spaltas upp något olika, och har så också gjorts, av olika författare.²² Med mild ironi skulle man kunna säga att rättshandlingsläran rör det slags problem som ”finns högst upp på klätterstangen för svåra juridiska problem”.²³ Det vill säga komplicerade problem, vilka ofta återbesökts, som testområde för nya strömningar eller för att approprieras och inordnas i nya, komplexa teorisystem. I det följande synliggörs den omfattande tidigare diskussionen främst genom noterna, varvid dock hyfsad täckningsgrad vad gäller det tillgängliga materialet eftersträvas, särskilt såvitt gäller källor med mer allmän syftning och generell räckvidd.²⁴

Noterna får alltså synliggöra och katalogisera diskussionens omfång, vindlar och vrår. Där redovisas källorna, ofta åtföljda av kritisk diskussion och fördjupning. För att understödja navigering och bereda överblick *kursiveras nyckelpassager*. I brödtexten faller fokus på huvuddragen. En uttrycksekonomiskt tillrättalagd och på det hela taget *rak framställning* av rättshandlingskriterierna premieras. Det finns kontroverser också kring huvuddragen. Tecknen tycks dock peka åt samma håll i sådan grad att ett fokus på det som faktiskt är *själva grundbultarna* medger att rättshandlingskriterierna kokas ned till en serie, låt vara möjligen ganska abstrakta, punkter. Enligt följande:

- a) En rättshandling ska vara en förklaring av en vilja (en *vilje-förklaring*),²⁵ i form av en avsikt att åstadkomma rättsverkningar – vilket till att börja med

²² För detaljerade hänvisningar, se noterna i det följande. Goda överblickar, med alltså delvis olika systematik, ges i Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 57 ff.; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 46 ff. och 93 ff.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 99 ff. (utsnitt i kap. 5); Oulis, Återgång och värdeersättning s. 103 ff.; J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 15 ff., särskilt 45 ff. För övriga Norden, se t.ex. Giertsen, Avtaler 4 uppl. s. 39 ff.; Hov, Avtaleslutning og ugyldighet s. 60 ff. (obs. dock det arv från Arnholm som syns i talet om *dispositive utsagn*, jfr i not 25 nedan); Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. s. 79 ff. och Norros, Obligationsrätt s. 80 ff., alla med vidare hänv.

²³ Till denna referens, se O. Mossberg, Avtalets räckvidd I not 1071 med hänv.

²⁴ God materialtäckning bör vara en forskningsetisk målsättning och är en fråga om vetenskaplig kvalitet. När det kommer till rättshandlingsläran är dock fullständighetskriteriet i praktiken ouppnåeligt, i artikelformatet. Det rör sig om för civilrätten helt grundläggande beståndsdelar vilka dyker upp hela tiden, också på oväntade ställen, och redan när man, som här, eftersträvar blott hyfsad täckningsgrad, så kommer notapparaten bitvis att likna något från den klassiska filologin (som blivit ökad för ymnig notapparatur).

²⁵ *Terminologin är kritiserad och alternativ har föreslagits*. Särskilt i Norge och Danmark, men även i Sverige, där Grönfors *Avtalsgrundande rättsfakta* från verket med samma namn hamnat i centrum (se därom t.ex. B. Lehrberg, Anmälan av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, SvJT 1996 s. 461 ff.; Heidbrink, Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen, SvJT 2007 s. 673 ff., och J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 88 ff.; jfr även O. Mossberg, Avtalets räckvidd I, not 1886 och s. 698 f.). Minst lika viktig är dock Arnholms *dispositive utsagn*, från Omkring retshandelsteorien, TFR 1948 s. 368 ff. Denna terminologi har följts av kanske främst

innebär att handlingen(s genom tolkning bestämda innehåll) innefattar en vilja²⁶ att binda sig rättsligt, eller annorlunda uttryck en *bindningsvilja*.²⁷ Den

Hov, i dennes Avtalerett (1993), se s. 24 ff., och Avtaleslutning og ugyldighet (2 uppl. 2002), se s. 60 ff. (se även Hov, Trenger vi nye begreper og ”nye modeller” i avtaleretten?, Lov og rett 1996 s. 563 ff.). Jfr dock Hov & Høgberg, Allmen avtalerett (Oslo 2009) s. 82 ff. Det finns dock ytterligare varianter; se t.ex. Huser, Avtaletolking (Oslo 1983) s. 43 ff., särskilt 47 f., som talar om *partsyringer* och Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 77 ff., som talar om *partsutsagn*. Se även Ravnkilde, Hvad er aftalerettens grundlag?, TfR 2000 s. 989 ff. (kritisk artikel i anledning av O. Svenssons avhandling; avslutas med önskan om att ”tage afsked” av viljeförklaringssteorin); jfr (dock) Ravnkilde, Stiltiende aftaler s. 167 ff.; Ravnkilde, Passivitet 2 uppl. s. 19 ff.; samt Ravnkilde, Betalningskorrektioner (2001) s. 153 ff. Jfr även Jørgensen, Kontraktset I (1971) s. 31 ff., samt Udsen, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære, TfR 2006 s. 104 ff., som föreslår en oaktamhetstanke. *Viljeförklaringsterminologin har dock även sin försvarare*, se sålunda inte minst O. Svensson i not 26 nedan; O. Svensson, Bør begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten, TfR 2004 s. 555 ff. (försvar mot Ravnkildes kritik i TfR 2002), och O. Svensson, Viljeförklaring och tillitsfullmakt, JT 2015–16 s. 347 ff., men se även B. Lehrberg, bl.a. a.a., om än kanske främst Avtalsrättens grundelement; Eng, ”Hva er en viljeserklæring?”: Er det logisk umulig at disposisjonsvilje er begrepsmessig kjennetegn ved privatrettslig disposisjon?, SvJT 1993 s. 1 ff., samt J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 15 ff. För svensk rätts del framstår det som föga motiverat att överge viljeförklaringsterminologin, och de alternativa förslagen är knappast oproblematiske. Jfr därom t.ex. flera av de i denna not a.a., när de bråkar med varandra, eller kärnfullt och samlande t.ex. Jørgensen, a.a. s. 36 ff. eller Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. s. 82 f., jfr s. 43 ff.

²⁶ *Viljemomentet är historiskt omdiskuterat och kritiserat på bl.a. realistiskt-filosofiska grunder*. Debatten har främst doktrinhistorisk betydelse. Vi ska inte fördjupa oss i den. Se istället t.ex. Bjørne, Den konstruktiva retningen s. 336 ff.; Malmberg, Anställningsavtalet: Om anställningsförhållandets individuella reglering s. 60 ff.; Stang, Viljesdogmet, TfR 1905 s. 280 ff.; af Hällström, Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring, bl.a. s. 92 ff. och 152 ff.; Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s. 489 med hänv. och O. Svensson, Viljeförklaringen s. 67 ff., 75 ff. Svensson sammanfattar viktiga delar av den (svenska) diskussionen och bemöter den kritik mot viljeförklaringsbegreppet vilken främst Hägerström och Olivecrona framställt. En av den förres viktigaste invändningar (”cirkelargumentet”) anges vara att ”en person, enligt [Hägerströms] uppfattning inte kan förklara sin vilja att åstadkomma en rättsföljd, såvida han inte förklarar sin vilja att åstadkomma vad som utgör retsfaktum för rättsföljdens inträde. Om det är så att retsfaktum består i att den handlande förklarar sin vilja att åstadkomma rättsföljden, blir resultatet att den förklarande måste förklara sin vilja att åstadkomma rättsföljden, osv., vilket innebär att man hamnar i en infinitiv regress” (O. Svensson, a.a. s. 68), eller med Hägerströms ord: *Hunden springer efter sin svans* (Hägerström, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s. 101, jfr därtill även J. Samuelsson, Avtalsolkning på europeiska. Del I: Systemet, SvJT 2012 s. 962 ff., på s. 983). Se även Ross, Om ret og retfærdighed s. 294 ff.; Ravnkilde, Hvad er aftalerettens grundlag?, TfR 2000 s. 989 ff.; och Eng, ”Hva er en viljeserklæring?”, SvJT 1993 s. 1 ff. För egen del har jag – säkert i anledning av avståndet till Hägerström – aldrig lyckats ta invändningarna på allvar, och numer kommer man nog undan med att proklamera att: ”Retsfaktum är uttalandet i sig!”, alldeles oberoende av Hägerströms filosofiska idéer (som fallit ur modet, och som väl få på allvar satt sig i).

²⁷ *Se allmänt om viljekravet* t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 60 ff., jfr s. 25 ff., med hänv.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 99 ff., särskilt 103; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 97 ff. (jfr s. 48); Karlgren, Studier i

vilja som därvid är relevant, är den objektivt uttryckta sådana – *den i förklaringen nedlagda viljan*, vilken man alltså sluter sig till genom tolkning – och inte något annat, såsom ett psykologiskt fenomen externt i förhållande till de objektiva omständigheterna, eller dylikt.²⁸

- b) Viljan måste ha alltså ha kommit till *uttryck* (i och genom förklaringen), på ett sådant sätt att den låter sig förstås som mänsklig kommunikation.²⁹ Det måste *finnas* ett uttryck – varvid det av huvudregeln om fullständig *formfrihet* följer att det som principiell utgångspunkt är utan betydelse hur man kommunicerat,³⁰ och alltså om medlet är till exempel talade eller skrivna ord, röksignaler, elektronisk identifikation, icke-verbalt beteende (*realhandlande, konkludent handlande*),³¹ eller något annat medium – i teorin kan exemplifieringen fortsätta i det oändliga.

allmän avtalsrätt s. 79 ff.; Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 209 ff., 237 ff.; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 69 ff., särskilt 73 ff. (jfr även s. 81 ff.); Jørgensen, Kontraktsret I s. 31 ff.; Lund, Passivitet s. 157 ff., eller Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. s. 79 ff., jfr s. 41 ff. Se även i noterna 25 och 26 ovan samt 28 nedan.

²⁸ Se på temat t.ex. O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 426 ff. och 477 ff., särskilt 481 ff. med hänv.; eller J. Samuelsson, här och där, t.ex. i Åter till huset vid Göta älv, de lege 2013 s. 141 ff.; Avtalsrätt vid historiens slut, JT 2016–17 s. 650 f., eller, senast, Fullmaktsläran, t.ex. s. 37 f., eller 26: ”Viljan är förklaringens innebörd, dess innehåll. [...] Det ’subjektiva’, i brevskrivarens avsikt, kommer till uttryck i det ’objektiva’, i bläcket, i bokstäverna på pappret. Subjektivt, objektivt, och länken däremellan. Det är poängen. Viljel[-]förklaring.”

²⁹ Se *allmänt om uttryckskravet* t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz i not 27 a.st.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 99 ff.; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 109 f.; Giertsen, Avtaler 4 uppl. s. 59 ff. Jfr J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 45. Jfr även Ross, Ret og retfærdighed s. 295 f.

³⁰ Jfr t.ex. 1 § 3 st. AvtL och Förslag AvtL 1914 s. 40 f., 71 f., 114, 120, samt Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp (som blivit en standardkälla, trots att formfrihetens princip främst bara är underförstådd bakgrund) och Karlgren, Några frågor rörande formkravet vid fastighetsköp, SvJT 1950 s. 861 ff. Se även Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 71 ff.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 133 ff. (jfr även 120 f. och 124); B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 106 ff.; J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 26 f., 75 f., 84. Se även t.ex. Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 210, 267 ff.; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 31 f., 113 (jfr även s. 115 f.); Hov & Høgberg, Allmen avtalerett s. 83; Giertsen, Avtaler 4 uppl. s. 51 och den norska domen HR-2017-971-A, samt Ussing, Aftaler paa Formuerettens Omraade 3 uppl. s. 45 och 100 ff.; Jørgensen, Kontraktsret I s. 56 ff., särskilt 60 f., och Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret 3 uppl. s. 219 (ff.). *Formfriheten har långtgående implikationer*. Man kan t.ex., i princip, ingå avtal genom att inleda process, jfr Lindskog, Skiljeförfarande s. 95 ff. (och 99). med hänv.

³¹ Det låter sig diskuteras om realhandlande ska analyseras som rättshandlingar (viljeförklaringar). *Terminologin är nog ganska vacklande*, jfr t.ex. hur Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 109 skriver om en typisk ’realhandlingssituation’: ”[...] av praktiska skäl är det lämpligt att se åtgärderna som slutande av ett avtal, även om detta inte sker genom en utväxling av *egentliga* viljeförklaringar utan genom realhandlande.” (kurs. ändrad), men ett par sidor senare skriver att ”[a]ccepten kan också lämnas genom *konkludent handlande*, ofta i form av en realhandling.” (kurs. i original), vilket strax preciseras: ”Med *konkludent rättshandling* menas att en person genom sitt beteende ger motparten befogad anledning att räkna med att han avser att företa den berörda rättshandlingen eller kanske oftare att han redan har företagit

- c) Förklaringen ska ha en innebörd, det vill säga ett kommunikativt *innehåll*, som fastställs genom tolkning,³² och som det är meningsfullt att hålla den handlande bunden till.³³ Märk att temat för (a)-kriteriet ovan är *att* den handlande vill binda sig. Detta (c)-kriterium rör till *vad* den vill binda sig.³⁴ Ibland formuleras innehållskravet, inspirerat av avtalslagens förarbeten, i termer av att ”förklaringen ska gå ut på att grundlägga, förändra eller upphäva [eller bevara] ett rättsförhållande”,³⁵ och handlingen ska alltså ha ett *rättspåver-*

en sådan rättshandling” (kurs. i original). Se möjligen även a.a. s. 26 (”en persons uppträdande [...] kan ses som en *konkludent* viljeförklaring” (kurs. i original), “[...] avgörande [...] är de yttre uppfattbara fenomenen [...] och] vad som – utifrån och objektivt sett – ger ett befogat intryck av att ett rättshandlingssyfte föreläggat.” (kurs. ändrad). Jfr möjligen även s. 124, 159, 183, 248, för fler exempel. Förevarande författare föreslår att man tillämpar ett *pragmatiskt kriterium*: Om man vinner något på att tematisera realhandlande som en (speciell form av) viljeförklaring, så gör man det. I regel vinner man nog också något, då tematiseringen tillgängliggör rättshandlingslärans analytiska kategorier, förutan vilka man riskerar sakna verktyg att jobba med.

³² Innehållet är aldrig någonsin givet innan någon tolkningsverksamhet skett, utan det är *just genom tolkningen som innehållet ges*, jfr t.ex. Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 213, alternativt se Arvidsson, Avtalsinnehåll, tolkningsutrymme och luckor, JT 2020–21 s. 3 ff., på s. 9; Jareborg, Mening, värde och rationalitet, de lege 2008 s. 147 eller O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 75 ff. med hänv.

³³ En del av innehållskravets kärna ligger då just däri, att det på ett meningsfullt sätt går att hålla någon bunden till sin uttryckta vilja. Annorlunda uttryckt *måste man kunna utröna till vad den handlande velat binda sig*, eller, med Giertens kärnfulla ord (Avtaler 4 uppl. s. 59): ”Det vesentlige må være klarlagt.” Jfr allmänt Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 69 ff. med hänv. Se även t.ex. O. Svensson, Viljeförklaringen s. 42 ff.; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 81 ff. (bl.a. s. 86 överst; jfr även s. 116 f.); Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. s. 168 ff.

³⁴ Ibland talar man i sammanhanget om *essentialia negotii* (jfr t.ex. O. Svensson, Viljeförklaringen s. 32). Det är egentligen de väsentliga faktorer som är karaktäristiska för en viss avtalstyp (de som utgör dess essens, fångar dess väsen). *Essentialia* för ett köpeavtal är t.ex. att transaktionen går ut på överlåtelse av viss egendom mot vederlag i pengar. Man kan dock möjligen tänka sig att det krävs att det finns *essentialia* för någon möjlig avtalstyp, för att innehållskravet, förstått som ett allmänt rättshandlingsrekvisit, ska vara uppfyllt. Tekniskt sett går det väl även annars att fylla ut med allmänna kontraktsrättsliga principer, men dessa bör, i kraft av sin allmänhet, inte fullt ut få genomslag i samtliga fall, och man kan behöva klassificera avtalet såsom hänförligt till viss typ för att kontrollera om det för densamma gäller speciella undantag, från de allmänna principerna. Jfr även Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. s. 169 f. med hänv.

³⁵ Se t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 25; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 48; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 198 not 15; Dotevall, Fullmakt och immateriella tjänster s. 41 f.; O. Svensson, Viljeförklaringen s. 29 f.; Vahlén, Avtal och tolkning s. 9 f., och jfr t.ex. Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 210 ff.; Ravnkilde, Passivitet 2 uppl. s. 19 (och Ravnkilde, Stiltiende aftaler s. 167 ff., för elaboration av hans definition). Skrivningen i avtalslagens motiv (NJA II 1915 s. 232) lyder: ”Att i lag söka definiera begreppet rättshandling kan naturligtvis icke ifrågakomma. I förslaget användes uttrycket i så vidsträckt bemärkelse, att därunder innefattas *alla viljeförklaringar, vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande, som faller inom förmögenhetsrättens område.*” (min kurs.) Definitionen var där inte ny, utan hade redan tidigare figurerat i svensk rättsvetenskap (se t.ex. Trygger, Om fullmakt s. 11), redan då hämtad från Windscheid,

kande syfte.³⁶ Det är det centrala. Ofta tilläggs att det för vissa handlingar uppställs särskilda krav på *klarhet* eller *tydlighet*,³⁷ men därmed är poängen bara att det av omständigheterna ska framgå vad som avsetts.³⁸

Lehrbuch des Pandektenrechts I 8 uppl. s. 266 ff., där det allmänna rättshandlingsavsnittets portalmening lyder: "Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung des Inhalts, daß ein Recht entstehen, untergehen, oder eine Veränderung erleiden solle." (Windscheid ger också omfattande hänvisningar till den tidigare diskussionen, i noterna 1 och 1a.) *Definitionen lever kvar, som en del av avtalsrättens kanon*, även om det förekommit små variationer. Vissa har t.ex. föreslagit förtydliganden – som att lägga till *bevara* i listan över påverkanssätt, för att täcka in framför allt preskriptionsavbrott och reklamationer (se t.ex. Grönfors & Dotevall, a.a. s. 198 not 15, eller redan C. G. Björlings anmälan av Alméns kommentar till avtalslagen, SvJT 1916 s. 318 ff., på s. 320: "bibehålla"). Egentligen täcks väl dock det rent språkligt av "förändra" (om inte annat förändras tidpunkten för upphörande), jfr B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 94 not 24. Andra har gått åt andra hållet och (möjligen efter dansk förebild) velat skippa listan, för att istället bara tala om handlingar som "*påverka[r]*" ett rättsförhållande (jfr redan Kallenberg, Svensk civilprocessrätt I.3 s. 627). Jfr även, om reklamationer, i not 47 nedan.

³⁶ Så t.ex. B. Svensson, Avtalstolkningalternativ och processuella bördor, i J. Samuelsson & Elvevold (red.), Över gränsen (kommande). Se även J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 70: "Att det ska röra sig om fullmakt att *företa rättshandlingar* bidrar till definitionen av [fullmakts] institutet. Man har till exempel inte fullmakt, i avtalslagen mening, att förhandla." (kurs. i original). Därmed *utdefinieras förhandlingar från rättshandlingsbegreppet*. Detta synes förenligt med en förståelse om motsatsen mellan förhandlingar och (per definition bindande) rätts-handlingar, såsom anbud (vilka det ju finns en tradition av att sätta som motsats till just "förhandlingar") och andra avtalspreliminärer – så länge de når över rättshandlingströskeln. Som Samuelsson noterar kan dock även rättshandlingsmässigt oförbindande förhandlingar medföra rättsverkningar, i kombination med andra omständigheter. Så t.ex. i NJA 2006 s. 638, där huvudmannen tillskrevs den till avtalsslut obehörige förhandlarens agerande, på så vis att avtalsparterna ansågs ha förhandlat. Då detta borde förutsätta behörighet att förhandla, eftersom huvudmannen inte själv förhandlat, och då någon annan behörighetsgrund än fullmakt inte var aktuell i målet, är det frestande att se målet som ett exempel på "*fullmakt att förhandla*". Det var dock ostridigt att förhandlingar skett (är man lite tvångsmässig kan man för att få ihop det teoretiskt konstruera det som *en konkludent ratihabition i samband med processen*, men det har ingen täckning i domskälen och parterna hade kanske blivit överraskade). Skälen hade dock kunnat bli andra, om huvudmannen bestridit att han förhandlat med tredjeman.

³⁷ Se t.ex., godtyckligt valt, NJA 2005 s. 843 och Lindskog, Preskription 5 uppl. s. 319 f. med hänv. (om preskriptionsavbrytande handlingar); Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II 5 uppl. s. 29 (handlingar med tredjemanseffekter), 100 (uppsägningar; jfr dock Källström & Malmberg, Anställningsförhållandet 3 uppl. s. 123 f.); Munukka, Hävning krävs trots svärvillkor, JT 2021–22 s. 692 ff., särskilt 707 ff. (hävningensförklaringar), samt, om § 40 KöpL ("särskilt utfäst"), Ramberg & Herre, Köplagen 2 uppl. s. 357 ff., särskilt 358 f., och J. Ramberg, Mysteriet med den tysta utfästelsen, JT 2001–02 s. 405 ff., eller Håstad, Sakrätt 6 uppl. s. 256 ff. (denuntiationer).

³⁸ Alltså, man kan med fördel se det som att det egentligen bara är en trop – en glosa, ett återkommande uttryck, något man säger – att det "ställs krav på klarhet/tydlighet". Visserligen kan mycket väl tänkas att en förklaring underkänns såsom rättshandling (av visst slag), därför att det inte tillräckligt tydligt framgår vad som avsetts. Förvisso kan också rättshandlingar kräva visst innehåll. Nära till hands liggande exempel är uppsägningar, preskriptionsavbrytande handlingar, denuntiationer och hävningsförklaringar (se i not 37 ovan), samt kanske reklamationer (jfr Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom: Senare delen 3 uppl. s. 151 f. och

- d) Rättshandlingen ska även på ett relevant sätt ha *mottagits*,³⁹ av dess *adressat* (vilken ska kunna bestämmas på ett sådant sätt att det är meningsfullt att hålla avgivaren bunden).⁴⁰ Mottagaren ska antingen ha *tagit del av* rättshandlingen (om det är ett löfte) eller åtminstone ha den *till handa* (om det är ett påbud).⁴¹

allmänt Hultmark, Reklamation s. 109 ff.) och destinerings (jfr NJA 2013 s. 1190 och därtill not 130 nedan med hänv.). För dessa kan utan tvekan sägas att visst innehåll krävs. Men, det gäller egentligen alla slags rättshandlingar, och de olika slagen skiljer sig åt just med hänsyn till sina olika innehåll, vilka därmed måste kunna urskiljas. Avgörande är då heller inte att det krävda innehållet (t.ex. vilken fordran man vill erinra om eller avräkna en betalning mot) kommer särskilt tydligt till uttryck, utan, i princip, endast att *man av omständigheterna kan sluta sig till vad som avses* (till exempel vilket rättsförhållande som sägs upp eller hävs). Det är väl (jämte rekommendationer om in dubio-regler) också poängen, hos de flesta av de källor som nämns i not 37 ovan; se tydligt t.ex. Håstad, a.st. Se allmänt även t.ex. J. Samuelsson, Åter till huset vid göta älv, de lege 2013 s. 141 ff. och O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 327 ff. En möjligen komplicerande faktor, som dock inte förändrar något, principiellt sett, är att avtalstolkningsretorik ofta kan tematiseras i termer av vad mottagaren med fog kan eller borde ha förstått (jfr t.ex. NJA 2010 s. 629, som också illustrerar att detta främst gäller när villkoren formulerats av ena parten; jfr contra stipulatorem). Denna faktor kan komplicera, givet att man *av vissa mottagare kan fordra mer, eller mindre, förståelse*, då vissa mottagargrupper (såsom konsumenter eller arbetstagare) tenderar att stereotypiseras som relativt mindre insiktsfulla, medan andra stereotypiseras som desto mer så (näringsidkare särskilt när de agerar i den egna branschen; i viss mån banker och försäkringsbolag; kanske staten).

³⁹ Se sålunda *allmänt om mottagandekriteriet*, som underförstås i bl.a. 1 kap. och i synnerhet 7 § AvtL, t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 66 ff. (jfr s. 25 med hänv.); B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 114 ff.; Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 215 ff., särskilt 218 f.; Ussing, Aftaler 3 uppl. s. 45 ff.; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 87 ff.; Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. s. 83, 165 ff., eller Bratt, Meddelanderisk, JT 2016–17 s. 43 som talar om ”det kommunikationsrekvisit som uppställs i ett enskilt fall för att en rättshandling ska få rättsverkan”. Jfr även Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 51; Vahlén, Om slutande av avtal, Fs Karlgrén s. 357 ff. (ang. 1 kap. AvtL:s räckvidd); Lindsög, Preskription 5 uppl. s. 522 ff.; Lassen, Haandbog i obligationsretten: Almindelig del s. 139; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 93; Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 89; O. Svensson, Viljeförklaringen s. 128 ff., samt i noterna 41–47 nedan. Särskilt om *bevisfrågor*, se t.ex. Förslag AvtL 1914 s. 55 f.; Persson, Som ett brev på posten – eller vad menas med ”försändelsefrekvens?”, Fs Håstad s. 671 ff. med hänv.; Bratt, a.a. s. 43 ff., och jfr Bryde Andersen, a.a. s. 185 f(f).

⁴⁰ Se om *adressatkravet* t.ex. J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 45, 49 f.; Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 65 f., 90 f. med hänv.; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 112 ff.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 104 f.; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 73; Dotevall, Avtal s. 82 f.; Lynge-Andersen & Madsen, Aftaler og mellemmand 8 uppl. s. 55; J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 45, 46, 49. Jfr Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 56 ff. Adressaten kan förstås som *den enligt förklaringens innehåll avsedda löftesmottagaren*, vilken dock *inte måste vara individuellt specificerad*, utan kan vara en relativt avgränsad krets av personer. Adressatkravet kan också sorteras i anslutning till innehållskriteriet, varvid adressatkravet signalerar att det krävs att förklaringen enligt sitt innehåll riktas till någon (”Kära Berit, har vi en deal?”), så t.ex. J. Samuelsson, a.st.

⁴¹ Mottagandekriteriet är äldre än AvtL (se t.ex. Trygger, Om fullmakt s. 13), men distinktionen *tagit del/tillhanda* är numer knuten till den allmänna principen i 7 § AvtL (som i sin tur bygger på tysk rätt, se Förslag AvtL 1914 s. 41 f.; Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl. s. 30 och

Härav följer att meddelandet ska ha *kommit fram*.⁴² För reklamationer (rättsbevarande handlingar i teknisk mening: handlingar som avsänds för att undgå bundenhet eller preklusion av en rätt)⁴³ görs dock undantag från detta krav, för det fall posten kommit bort eller motsvarande, och undantagsvis kan alltså rättshandlingar få verkan trots att de inte nått fram.⁴⁴ När regeln om att de ska skickas är stadgad i adressatens intresse kan alltså meddelanden ”gå på adres-

Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 76 f.), i anledning av vilken man i regel diskuterat mottagandekravet i anslutning till frågan om *återkallelse av rättshandlingar* (se t.ex. a.st.:n, samt Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 110; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 87 ff.; Bryde Andersen, Grundläggande aftalerett 5 uppl. s. 203 ff., och jfr Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 66 ff.). Mottagandet kan dock även tematiseras som *den (tid)punkt då rättshandlingen blir slutligt bindande* (eller med andra ord oåterkallig, jfr t.ex. Ussing, Aftaler 3 uppl. s. 45 f.), se sålunda t.ex. Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 286 ff., och de belysande rättsfallen i NJA 2000 s. 747 I och II (jfr även NJA 2012 s. 1095), samt därom Victorin, När uppstår bundenhet vid successivt undertecknande av köpehandlingar vid fastighetsköp, JT 2000–01 s. 931 ff. och Adlercreutz, Ytterligere om fullbordande av fastighetsköp, JT 2001–02 s. 425. Se även Lindskog, Preskription 5 uppl. s. 322 f. med hänv.; Adlercreutz, Om avtalslut per korrespondens, Fs avtalslagen 90 år s. 29 ff. och Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom: Förra delen 3 uppl., bl.a. s. 393 f. (som verkar implicera att *fullgörelserättshandlingar är påbud*, eller i vart fall att de *blir bindande vid ”till handa”*, jfr på det temat B. Lehrberg, Moderna betalningsformer 3 uppl., bl.a. s. 103 f., 127 ff., 133 ff.).

⁴² Det lär vara tanken med 40 § 2 st. AvtL, se t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 69, jfr s. 97, och Bratt, Meddelanderisk, JT 2016–17 s. 44.

⁴³ Ofta preciseras reklamationsbegreppet som att det rör ’meddelanden som avsänds för att upplysa motparten om dennes kontraktsbrott’, se t.ex. Jakob Andersson, SvJT 2019 s. 376; Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott s. 14, och jfr NJA 2020 s. 370 p. 19 samt Hov & Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 128. Då gäller det dock bara ett specifikt slag av kontraktsrättslig reklamation. Termen bestäms lite olika på olika håll: I 40 § AvtL rör det sig om handlingar som avsänds för att undgå bundenhet; i 61 § GKöpl om handlingar som avsänds för att man ska vara bevarad vid sin rätt (lydelsen i motsv regel i 82 § KöpL är på denna punkt mindre belysande), och i 3 § GKömmL täcks båda dessa in (även här är den nya lagen mindre belysande, även om inte heller den innebär någon ändring i sak). Reklamation kommer av *reclamare* (ungefär: ropa emot/säga ifrån), och uttryckt så generellt, eller abstrakt, som *möjligt är en reklamation en rättshandling som går ut på att bibehålla status quo* – man är oförändrat (o)bunden; man behåller sina rättigheter – i fall där passivitet, eller mer specifikt underlåtenhet att reklamera, medför en omgestaltning av rättsläget. Det är i denna mening en reklamation är en rättsbevarande handling.

⁴⁴ Man skulle väl i princip kunna säga att i dessa fall är ”mottagandekriteriet” uppfyllt, trots att meddelandet inte nått fram, då specialreglernas innebörd är att meddelandet gäller som om (qua si) det nått fram, trots att det inte gjort det. För egen del uppfattar författaren det dock som mer pedagogiskt att säga att *specialreglerna innebär undantag från huvudregeln om att meddelanden ska mottas*, snarare än som att specialreglerna *preciserar när något anses mottaget*. Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 218, verkar synes vara av samma uppfattning, när han skriver att ’vissa rättshandlingar’ (dvs. reklamationer; se nedan) ’får verkan redan vid avgivandet’ – vilken väl får förstås som att *något krav på mottagande inte gäller för dessa*. Se även Bratt, Meddelanderisk, JT 2016–17 s. 44; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 116 f., och J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 41 (som för övrigt även påminner om AvtL-motivens konstaterande i Förslag AvtL 1914 s. 167: ”Avfattningen av [40 § AvtL] utesluter icke, att avsändaren kan bli skyldig att sända nytt meddelande, om han genom brev från adressaten

satens risk”,⁴⁵ under förutsättning att de avsänds på ändamålsenligt sätt,⁴⁶ se sålunda t.ex. 40 § AvtL, 82 § KöpL och 46 § KommL.⁴⁷ (Parentetiskt kan för

eller annorledes får veta, att det föregående förkommit.”; så även HagL-prop.:en 1990/91:63 s. 136, och redan Grundtvig, Om reklamation i formueretsförhold (1903) s. 105.

⁴⁵ Se t.ex. Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 297, som utan utveckling eller andra argument anför ”[p]rincipen: skyldigheten att reklamera är stadgad i motpartens intresse[.] Därför skall meddelandets befordran gå på mottagarens risk.”, eller Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom: Senare delen 3 uppl. s. 258, som inte säger mycket mer. Lagstiftningshistoriskt går principen tillbaks åtminstone till 45 § 2 st. i 1880 års växellag (motsv 5 st. i samma § i 1932 års växellag), där den dock formulerades på annat sätt. Principen diskuterades i arbetet med GKöpl, se sålunda bl.a. NJA II 1901 s. 110, där JustR Nordberg kritiserade den föreslagna regeln (motsv 61 § GKöpl), och anförde bl.a. att: ”Hvarje skyldighet, som någon har i förhållande till en annan person, äger sin grund i en den senare tillkommande rättighet. När alltså af två kontrahenter den ene är skyldig att *meddela* den andre någon underrättelse, kan sådan skyldighet ej bero af annat än att denne senare är berättigad att *erhålla* samma underrättelse.” (Se däremot Grundtvig, Om reklamation i formueretsförhold s. 104.) *Argumentet torde kunna anföras även för andra än de lagreglerade fallen*, på så vis att det kunde stödja att meddelanden ska gå på adressatens risk även i andra fall – jfr sålunda Lyngé Andersen, Avtaleloven med kommentarer 6 uppl. s. 344, som antar att det gäller vid ”alle pligtmæssige reklamationer”. Ändock är *huvudregeln att meddelanden går på avsändarens risk* (se vid och i not 42 ovan, och t.ex. Lyngé Andersen, a.a. s. 345). Poängen, med intresse–risk–argumentet, är också att det är reklamationsskyldigheten – själva regeln – som uppställts i mottagarens intresse (se t.ex. Förslag AvtL 1914 s. 167), snarare än (som det ibland slarvigt uttrycks) att ”reklamationen sker i mottagarens intresse” (t.ex. därför att den kan fylla funktionen att begränsa motpartens förlust, som Hultmark, Reklamation s. 116, förvisso riktigt anför, eller därför att den är ägnad att ta motparten ur sin villfarelse, jfr Lyngé Andersen, a.a. s. 345). Genom fördelningen av befordringsrisken kompenseras förskjutningen mot att skydda mottagarens intresse, specifikt genom att reklamationsskyldigheten ”icke göras mera betungande än vad omständigheterna oundgängligen erfordra”, som Almén & Eklund, a.st., skriver (motsvarande passage finns även i t.ex. AvtL-motiven, se Förslag AvtL 1914 s. 95 f., men då om återkallelse av fullmakt, jfr därom i not 133 nedan). Undantaget är sålunda resultatet av en intresseavvägning, där vågskålarna balanserats.

⁴⁶ Enligt HD (NJA 2020 s. 470, p. 22) är principen: ”att ett sådant befordringssätt ska väljas som är försvarligt med hänsyn till den föreliggande situationen (se [Köpl-]prop.[en] 1988/89:76 s. 217).” Jfr även i not 134 nedan och Munukka, Hävning krävs trots svävarvillkor, JT 2021–22 s. 706.

⁴⁷ Motsvarande regel för reklamationer fanns i 61 § GKöpl och 3 § GKömmL (varpå AvtL:s regel bygger, se Förslag AvtL 1914 s. 167 f.), och finns även i 8 kap. 6 § Kköpl (47 § GKköpl); 17 § 3 st. och 26 § 2 st. KtjL; 4 kap. 19 a § JB (jfr även 12 kap. 63 §) och 36 § HagL. Tidigare fanns även en liknande regel i 33 § GFAL (jfr numer 17 kap. 6 och 24 §§, 18 kap. 4 §, 19 kap. 5, 6 och 27 §§ och 20 kap. 4 § FAL, där reglerna dock är av delvis annan karaktär). Se *allmänt om reklamationsfrågan* Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom: Senare delen 3 uppl. s. 257 ff. (ang. 61 § GKöpl); NJA II 1914 s. 166 f. (ang. 3 § GKömmL); NJA II 1915 s. 289 (ang. 40 § AvtL); Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 296 ff. och Ramberg & Herre, Köplagen 2 uppl. s. 640 ff. Jfr även Oulis, Värdeersättning vid återgång, bl.a. s. 157 ff. Se därutöver den oegentligt utgivna läroboken i NJA 2018 s. 127, och NJA 2020 s. 470 p. 17–23; Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott s. 116 ff.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 142 ff.; Bratt, Meddelanderisk, JT 2016–17 s. 43 ff.; Ravnkilde, Forsendelsesrisikoen for formueretlige påbud, TfR 2001 s. 613 ff., samt Bärlund, Reklamation i konsumentavtal

övrigt nämnas att den meningen finns företrädd, att man vid brister i grundläggande rättshandlingsrekvisit, dvs. i princip de här förtecknade kriterierna, som huvudregel inte behöver reklamera för att undgå bundenhet.)⁴⁸

- e) Förklaringen ska därtill skapa ett *befogat intryck* hos mottagaren (om det är ett löfte),⁴⁹ eller åtminstone vara ägnad att skapa ett sådant intryck (om det är ett påbud, som alltså kan få verkan trots att adressaten inte faktiskt, eller faktiskt inte, tagit del av det).⁵⁰ Detta kriterium uttrycks ibland som ett krav på ”faktisk god tro”, men det rör sig snarare om ett krav på *avsaknad av ond tro om att den förklarandes vilja inte överensstämmer med förklaringsens objektiva uttryck* – det vill säga med ”innehållet” i avtalslagens tekniska

s. 248 ff. med hänv. (och överblick över nordisk rätt). Om att se ”rättsbevarande förklaringar” som en egen kategori, se t.ex. O. Svensson, Viljeförklaringen s. 26 not 34 med hänv.; J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 41 f. med hänv., eller Bryde Andersen, Grundläggande aftalerett 5 uppl. s. 107 f., 181 f.

- ⁴⁸ Så, Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 900 (”Under sådana omständigheter finns det inte något att reklamera mot.”); jfr B. Lehrberg, Förutsättningsläran s. 563 f. (samt möjligen Oulis, Återgång och värdeersättning s. 105?). Åhman uppmärksammar att denna princip inte är utan undantag, och nämner 18 § HagL som ett möjligt exempel. Här synes man kunna *både problematisera och differentiera analysen*. Passivitet kan ges olika rättsliga inramningar, och därmed få betydelse inte bara som ”utebliven reklamation” utan också som bl.a. ”konkludent viljeförklaring” (t.ex. ratihabition, jfr Åhman, a.a. s. 907 ff.), eller ”avtalsgrundande passivitet”. Man kan också tänka sig *varierande principer beroende på vilket rättshandlingskriterium som brister; och hur*.

- ⁴⁹ Se sålunda t.ex. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 99 ff. (som traditionsenligt håller isär tillits-, förklarings- och viljekraven och anknyter till de däremot korresponderande ”teorierna”), och jfr Lassen, Haandbog i obligationsretten: Almindelig del 3 uppl. s. 39 ff(f). och 57 ff. I NJA 2021 s. 1017 p. 21 formuleras det (cit i not 91 nedan), apropå tillitsfullmakt, som ett krav på faktisk tillit, vilket det ligger nära till hands att tolka som ett krav på *faktisk god tro*, som en nödvändig betingelse för bundenhet. Vill man (i motsats till förevarande författare) se det som två skilda krav, så får det sägas vara en nödvändig, men inte tillräcklig betingelse, eftersom den goda tron också måste vara *befogad*, se a.st., och notera att det alltså hos HD hanteras som *två separata, kumulativa krav*. Som Unnersjö, Kriterier för tillitsfullmakt, JT 2022–23 s. 647 ff., särskilt 655 f., noterar, synes det generellt formulerade kriteriet dock inte ha prövats i det konkreta fallet. Underlåtenheten därvidlag skapar utrymme att ifrågasätta kriteriets relevans. Jfr t.ex. prejudikatläsningsstrategin hos Håstad, Verkliga och skenbara rättsgrundsatser, Vb Olsen s. 143 ff., varom O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 406 ff., särskilt 419 ff., samt C. Ramberg, Prejudikat s. 171 ff. Se även strax nedan, och i not 52, samt för kritik mot 2021 års dom J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 190 ff., särskilt 202 ff.

- ⁵⁰ Ett illustrativt exempel finns i *accepter*, som *principiellt sett utgör såväl påbud som löfte*, och har rättsverknningar vilka inträder vid olika tidpunkter för avgivaren och mottagaren. Såvitt gäller att göra anbudsgivaren slutligt avtalsbunden (= acceptanten har hunnit acceptera innan acceptfristen löpt ut) får accepten verkan när den kommer anbudsgivaren till handa (jfr 2 § 1 st. AvtL, som bygger på acceptens påbudskaraktär). Fram till dess att anbudsgivaren tager del av accepten kan den dock återkallas, enligt regeln i 7 § AvtL (som underförstår acceptens karaktär av löfte, om att acceptanten binder sig), jfr sålunda Förslag AvtL 1914 s. 55 f. och se NJA 2000 s. 747 I; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 96, och 79, eller Hov & Høgborg, Alminnelig avtalerett s. 109.

mening.⁵¹ Här kan jämförelse göras med dels regeln om förklaringsmisstag i 32 § 1 st. AvtL,⁵² dels den s.k. dolusregeln,⁵³ men notera då att det där rör

⁵¹ Notera att ”innehåll” konsekvent används som teknisk term i avtalslagen – i 6 § (svarets innehåll), 9 § (i meddelande anvisat innehåll), 32 § (viljeförklarings innehåll) och 34 § (handlingens innehåll) – för att denotera vad som kan kallas det ”objektiva uttrycket”: ett (preliminärt) tolkningsresultat som föregår beaktandet av delar av kontexten inbegripet eventuella ”subjektiva intryck”, jfr i noterna 52, 53 och 89 nedan samt Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik, JFT 1964 s. 387 f. (Obs. att när ordet finns även i 36 §, så står det uttryckligen ”avtalets innehåll”, varför man där har att beakta resultatet av tolkning efter konstens alla regler, dvs. inklusive moment utöver förklaringsinnehållet i snäv mening; lagrummet implicerar devisen: tolka klart först – jämk först sedan.) Mitt intryck, som jag här avstår från att försöka belägga med källor, är att det finns en del missförstånd kring vad ”innehåll” kan betyda. I den mån detta stämmer, är de säkert hänförliga till ett antal olika saker. Åtminstone delvis har de nog dock att göra med *dikotomin objektivt-subjektivt*, vilken regelmässigt blir operativ i den moderna avtalsrättsliga diskursen. Där separerar man ju av hävd mellan det objektiva, företrädesvis förstått som något yttre, ett uttryck, och det subjektiva, som tenderar förstås som något inre, ett intryck, och då gärna i psykologistiska termer (därför att realismens ontologi inbjuder till en sådan förståelse? – ungefär: man vill ha något verkligt att gå på, och då söker man sig till mänsklig hjärnverksamhet, eftersom den, ju, ”faktiskt finns!” – jfr allmänt O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 463 ff. med hänv.). Detta innebär synbarligen ett inrättande av en falsk dikotomi ägnad att premiera ”objektivistiska” läsningar och strävanden (jfr den objektiviserande traditionen; vurmendet för förklaringsprincipen; etcetera, och därom J. Samuelsson, passim). Valet att här inte uppta ”faktiskt intryck” som självständigt kriterium är nog inte okontroversiellt. Det är dock, tror jag, försvarligt, på både dogmatisk och teoretisk grund. Nöjer vi oss här med teorin (det andra återkommer vi till) kan konstateras att det aldrig är intressant vad någon gått och tyckt eller tänkt, i psykologistisk mening (vilket för övrigt innebär att vissa, förmodat bekanta, moderna gestaltningar av ”viljeprincipen” är antingen halmgubbar eller uttryck för rena missförstånd). Det i psykologistisk mening ”interna” är alltid – per definition – oåtkomligt, och – likaledes per definition – ointressant. Varje bevis, och således varje vittnesbörd, om något ”subjektivt” måste vara objektivt, i realistiskt-modern mening, om vi ska kunna hantera (eller ens betrakta) det som ett ”bevis”, ens i vid mening (t.ex. aristotelisk) – för att inte tala om i rättstillämpningssammanhang. Härmed kan sägas att *allt ”subjektivt” är objektivt*. Att dekonstruera objektivt/subjektivt-dikotomin kan också bidra till att övervinna det förfelade realistiska raster som under lång tid lagts över innebördsfrågorna (till vilka alltså även intryckskriteriet ibland kan räknas – t.ex. hos HD i NJA 2021 s. 1017, som nämnts i not 49 ovan).

⁵² Det är ju förklaringsmisstagsregeln som föranleder den förklarandes obundenhet till viljeförklarings innehåll. Jfr i noten direkt ovan, och nedan.

⁵³ Dolusregeln kan föranleda bundenhet till något annat än viljeförklarings innehåll i avtalslagens tekniska mening (se not 51), nämligen till den förklarandes för mottagaren kända avsikt (men märk att det även här måste röra sig om objektiva konstruktioner på grundval av föreliggande bevis, snarare än psykologistiska fenomen). Jfr 6 § 2 st. AvtL samt t.ex. NJA 1999 s. 35 och NJA 2021 s. 597 (p. 14, där HD bl.a. ”jfr t.ex.”-hänvisar till Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 11 uppl. s. 192 f.; se numer 12 uppl. s. 182 ff., som bl.a. hänvisar till HD). Se även NJA 1980 s. 46 (läst som ett fall av avtalsslut genom ren accept, uttryckt genom realhandlande) samt möjligen NJA 1992 s. 243 (varom bl.a. Håstad, SvJT 2020 s. 328). Jfr även i noten ovan, samt t.ex. O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 29 f. med hänv. För problematisering, och synliggörande av ett ofta tillgängligt alternativt sätt att strukturera tolkningsresonemangen, se J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 51 ff., särskilt 53 f. Diskussionen om intryckskriteriet går dock långt tillbaka, se bl.a. Björne, Den konstruktiva riktningen s. 336 ff.

sig om *separata regler för särskilda fall*, av tänkt undantagskaraktär, snarare än de grundläggande allmänna rättshandlingsprinciperna.⁵⁴ Undantagen kan dock likafullt nämnas, om avsikten är upprätta en checklista över olika kriterier eller topikkatalog över typiska kommunikationsproblem.⁵⁵ (Varför de alltså nämns här, men vi kommer till det.)

- f) Förklaringen ska ha *avgivits*, vilket som huvudregel kräver att den utgivits som resultatet av en avgivarens medvetna viljeakt, i den bemärkelsen att den handlande ”med vilje” gjort något, som med fog kan förstås som ett rätts-handlande.⁵⁶

⁵⁴ Det är förstås delvis en semantisk fråga, om man ska se det som *ett krav på god tro, eller som ett krav på avsaknad av ond tro*, men synsättet torde kunna ges betydelse för fördelningen av olika processuella bördor. Det synes t.ex. inte orimligt att, i fall då en löftesmottagare vill hålla en förment löftesgivare bunden, löftesmottagaren, som utgångspunkt, får att återopa och bevisa de omständigheter varpå dess ”befogade tillit” (till löftesgivarens rättshandlingsvilja) vilar. (”På grundval av det här underlaget är det rimligt att tro ...”) För det fall löftesmottagaren bär sina bördor, och alltså uppfyller återops- och beviskraven, får därpå löftesgivaren att återopa och visa (typ: göra sannolikt) löftesmottagarens faktiska onda tro om brist på rättshandlingsvilja. (”Jo – men givet att ... så måste han faktiskt ha fattat att ...”) I många praktiska fall kommer det nog dock att framstå som teoretiserande abstraktioner att strukturera processen på detta sätt, då många av de omständigheter som återopas och bevisas säkert blir desamma. Jfr sålunda t.ex. Unnersjö, Kriterierna för tillitsfullmakt s. 655, som noterar att det faktum att kravet på ”faktisk tillit” inte konkret prövades i NJA 2021 s. 1017 (se i not 49 ovan) inte behöver ”betyda att det skulle sakna betydelse om tredje man saknat faktisk tillit, utan endast att en befogad anledning att hysa tillit kan tala för att tillit verkligen också förelegat.” Det här borde helt säkert problematiseras och utvecklas (jfr t.ex. i not 90 nedan), men det får ske på annat håll.

⁵⁵ Se vidare nedan, bl.a. hänv. i not 106, och allmänt om topiker som hjälpmedel för probleminventering t.ex. H. Andersson, Skyddsändamål och adekvans, särskilt s. 216 ff.

⁵⁶ Se om kravet t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 62 ff.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 107; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 48, 110 ff.; Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 51 ff., 77 ff.; Hessler, Om stiftelser s. 227 ff.; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 235; Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 228; Förslag AvtL 1914 s. 145 f. (= NJA II 1915 s. 266 ff.); Stang, Innledning til formueretten 3 uppl. s. 215 ff., särskilt 216 f. (”det är *avgivandet som är rättshandlingen*”); Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 77; Ussing, Aftaler 3 uppl. s. 38 ff.; Lassen, Haandbog i obligationsretten: Almindelig del s. 38 f.; Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett 5 uppl. bl.a. s. 83, 85 (jfr s. 165), och J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 47. Jfr även Ingvarsson, Rättshandlingars utgivande, Fs Dotevall s. 319 ff. (vars i huvudsak rättshistoriska utläggning utmynnar i förslag om att tona ned utgivande kravet, som ett sätt att låta ”avgivaren” undgå bundenhet, för att istället vidga möjligheterna att återkalla rättshandlingar genom en mer extensiv tillämpning av 7 § och 39 § 2 men AvtL). Ibland anges att utgivande kravet inte framgår explicit i avtalslagen, utan där endast underförstås i 35 § (som ju ger en undantagsregel för fall då löpande handlingar kommit ur undertecknarens besittning ”utan hans vilja”). Om detta kan noteras att det förvisso finns en tradition av att knyta utgivande kravet till just 35 §, såsom den däri underförstådda huvudregeln (se sålunda t.ex. Ingvarsson, a.a. med hänv., och B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 110 f.; jfr O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 26 f. med andra hänv., eller t.ex. NJA 2000 s. 747 I, där för övrigt angående avtal anförts att part ska ha ”låtit sitt tillträde till avtalet bli känt utåt och berett motparten möjlighet att ta kännedom därom.”, jfr i anslutning till fallet hänv. i not 41 ovan samt Heuman, Rättsverkningar av

- g) Slutligen finns de grundläggande kraven, att den som kommunicerar måste kunna bära rättigheter och skyldigheter (ha *rättssubjektivitet*),⁵⁷ och dessutom ha en *rättshandlingskapacitet* som innefattar den aktuella rättshandlingen; att

underförstådda uppfattningar och närliggande uttryck: Del II, JT 2018–19 s. 757 ff., på s. 769). *Utgivandekravet återfinns dock även, explicit, redan i 1 § AvtL*, där det framgår att 'anbud och svar å sådana' – vilket kan generaliseras till också andra rättshandlingar – är "bindande för den, som avgivit" dem. Detta bör inte läsas som endast en subjektsangivelse, eller ett uttryck för löftesprincipen, utan också som en indikation om att man *förutan avgivande inte blir bunden* (se t.ex. Åhman, a.a. s. 228, och jfr t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, a.st., obs. ordvalet i rubriken). I förarbetena till 1 § diskuteras visserligen främst frågan om löftes- kontra kontraktsprincipen (se NJA II 1915 s. 161 ff.), men det torde endast vara en effekt av att det var den stora nyheten, i en dessutom kontroversiell fråga, medan avgivandekravet sågs som en självklarhet, på det sätt som förvisso också illustreras i inledningen till just 35 § (se NJA II 1915 s. 266, bl.a.: "För att en viljeförklaring skall medföra avsedd rättsverkan måste naturligtvis i regel fordras, att den genom avgivaren bringas till adressatens kännedom."). Principen illustreras även, om än subtilt, i 8 och 9 §§, som ju underförstår att man blir bunden genom att avgiva anbud – varvid "anbud" är det objekt som visserligen måste finnas, och vartill man blir bunden, men "avgivandet" därav är den handling som föranleder bundenhet). Därtill impliceras utgivandekravet ganska tydligt i 32 §, i båda styckena. Vill man se utgivandekriteriet uttryckt på många ställen (vilket väl dock knappast behövs eller fyller någon självständig funktion annat än retoriskt), så kan man även diskutera om man inte ska räkna också de många "företa" (jfr Bratt, Meddelanderisk, JT 2016–17 s. 43 f.), i olika böjningsformer, i framför allt ogiltighetskapitlet, då dessa ord fyller samma funktion som avgiva/utgiva, såtillvida att de utpekar såväl objekt som handling (och aktören följer ju i regel av lokutionen "den som" i anslutning till "företagit"). *Man bör kort sagt undvika att läsa AvtL selektivt*, och vid en mer fullödlig läsning borde förhandenvaron av ett generellt krav på utgivande framträda tydligt. Rimligen borde man väl också beakta modern rättsvetenskaplig diskussion och, inte minst, fullmaktsfallen (jfr för hänv. t.ex. O. Mossberg, a.st., samt t.ex. debatten mellan Håstad och Lindskog i SvJT 2020 s. 323 ff. och s. 785 ff. med hänv.; J. Samuelsson, Fullmaktsläran, och vidare nedan, under 5, (f)). Det är nämligen ofta i (*presumtiva*) *fullmaktsituationer som utgivandekravet ställs på sin spets*, emedan "huvudmannen" undgår bundenhet om han inte utgivit någon fullmaktsförklaring (jfr sålunda t.ex. NJA 1915 II s. 266 och Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl. s. 145 f., som bl.a. hänvisar till NJA 1894 s. 203). Detta följer av 10 § 1 stycket motsatsvis, där "givit fullmakt", *givet avtalslagens begreppsvärld, får förstås som ett krav på att huvudmannen ut-givit en fullmaktsförklaring*, som även i övrigt uppfyller rättshandlingskriterierna (jfr NJA II 1915 s. 184, 187, 188, 189 f., 191 och 192, där man bl.a. kan notera att utgivande verkar hanteras som ett kriterium för fullmaktens existens). I mina ögon bekräftas väsentligen också utgivandekravets relevans för fullmaktsituationerna genom NJA 2013 s. 659 och uppföljarfallet NJA 2014 s. 684, där HD delvis uppfinner hjulet på nytt, genom härrörandekravet. Jfr därom, samt om att utgivandekravet förstått som ett krav på vilja är kritiserat, och därtill om de förfalskningsfall som är de kanske mest centrala exemplen i sammanhanget, i not 94 och vid not 145 ff. nedan.

⁵⁷ Se om denna grundläggande förutsättning t.ex. Fridström Montoya, Homo juridicus: den kapabla människan i rätten, hela boken, men särskilt s. 37 ff., 100 ff., samt Fridström Montoya, Leva som andra genom ställföreträdare s. 64 ff., särskilt 109 ff. Se om rättssubjektivitet även Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 2 uppl. s. 104 ff. med omfattande hänv. och t.ex. Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten s. 56 ff. med hänv. Personlighetstematiken är internationellt omdiskuterad, inte minst i anledning av att tillskrivandet av personlighet till olika objekt ansetts öppna för att skydda viktiga värden, se hänv. i not 175 nedan. Jfr även i not 59 nedan.

ett barn kan förklara sin vilja innebär inte att det kan rättshandla.⁵⁸ Kapacitetskravet ska dock inte förstås som ett allt-eller-inget-krav, utan som ett krav på *tillräcklig rättshandlingskapacitet*, varvid tillräckligheten mäts relativt den aktuella (presumtiva) rättshandlingen.⁵⁹

Sådana är alltså kriterierna, kärnfullt förtecknade. Utrymme för fördjupning finns. Man kan också diskutera i vilken ordning de bäst hanteras. I praktiken kan man förstås, som så ofta, av resonemangs- eller processekonomiska skäl börja med det som verkar svagast, för att kunna låta det falla där, och sedan vara klar. Här vill vi ju dock ha med alla, och då framstod det som doktrinhistoriskt logiskt att också medelst dispositionen vidgå viljeförklaringens primat.

4. Kriteriernas funktion

En realistisk beskrivning av dessa kriterier, *rättshandlingskriterierna*, är att de tjänar som ett slags förteckning över typiska problem med mänsklig kommunikation. Avtalsrätten är ett av våra primära medel för att översätta kommunikation till rättsliga konsekvenser –⁶⁰ för att knyta rättsverkningar till det som

⁵⁸ Se t.ex. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 53 ff.; B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 48, 108 f.; P.H. Grauers, Person och avtal, 4 uppl. s. 15 ff.; Stang, Inledning til formueretten 3 uppl. s. 260 ff.; Woxholth, Avtalerett 11 uppl. s. 298 ff.; Bryde Andersen, Grundlæggende aftalerett s. 416 ff.; Lassen, Haandbog i obligationsretten: Almindelig del 3 uppl., § 14 och s. 139 samt Norros, Obligationsrätt s. 324 ff. Jfr från associationsrätten t.ex. B. Lehrberg, I aktiebolagens skymningsland s. 85 ff., 93 ff.; Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 241 ff., samt Lindskog i not 57 ovan.

⁵⁹ Det klassiska exemplet är *sextonåriga fysiska personer*, som i följd av 9 kap. 1 § FB är omynliga, men ändå har viss rättshandlingskapacitet, jämlikt 9 kap. 2–5 §§ FB, och därmed bl.a. kan disponera över vad de förvärvat genom eget arbete samt rättshandla för eget hushållsändamål eller för egen rörelse (om den drivs med överförmyndarens samtycke). Andra rättshandlingar än de som är tillåtna enligt 2–5 §§ behöver heller inte bli helt utan verkningar, enligt 9 kap. 5–7 §§. Jämför, för fullständighets skull, även 8 §, om den underåriga respektive dess förmyndares betalningslegitimation. Se allmänt t.ex. Singer, Barns rätt 2 uppl. s. 186 ff.; Singer, Barnets bästa 6 uppl. s. 273 ff., eller Ingvarsson, Ogiltighet och rättsföljd s. 147 ff. Även om tonåringar är det klassiska exemplet finns många andra möjliga sådana, jfr Fridström Montoya i not 57 ovan a.st.; samt t.ex. Schlag & Griffin, How to do things with legal doctrine s. 17 ff. (som utöver att inventera olika slags personer även föreslår tänkande i termer av "*degrees of personhood as opposed to a simple person/non-person distinction*", min kurs.); B. Lehrberg, I aktiebolagens skymningsland: En studie rörande upplösta aktiebolags rättskapacitet, med beaktande även av rättsläget vid handlande för ett nybildat, ännu ej registrerat aktiebolag, passim, eller Lindskog, Skiljeförfarande s. 94 f. med hänv. och Heuman, Skiljemannarätt s. 47 och 62 ff. (båda de sistnämnda angående *skiljeavtal*, som även illustrerar att sambandet mellan rättssubjektivitet och rättshandlingskapacitet kan vara komplicerat).

⁶⁰ Översättningsmetaforen används här på ett sätt som liknar H. Anderssons sätt att använda den- samma (se t.ex. H. Andersson, Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruk-

kommuniceras, så att man till exempel kan bli bunden, till det man lovat.⁶¹ Det är därmed inte förvånande att det över tid utbildats en teoristruktur, som ordnats till ett begrepp, vilket som en del av det avtalsrättsliga systemet *kategoriserar typiska kommunikationsproblem, i bemärkelsen vanliga felkällor*. För det är alltså just vad rättshandlingskriterierna innebär. De kan därmed användas som ett slags checklista, för att se om det på någon punkt brister, på så vis att en förment rättshandlande bör undgå bundenhet.⁶²

Man kan sålunda tänka sig att bundenhetsfrågan ska besvaras nekande, på någon av följande alternativa grunder:

- a) Ett meddelande kan inte tolkas som att den meddelande vill något rättsligt relevant, eller som att den vill binda sig. Därvid måste svaret på frågan om en relevant *bindningsvilja* finns, eller inte, ofrånkomligen vara en tolkningsfråga, som beror av uttrycket och omständigheterna (av text och kontext),⁶³ och frågan kan alltså inte besvaras annat än genom en konkret prövning i det enskilda fallet; frågan låter sig inte besvaras in abstracto, genom att stereotypisera och kategorisera olika handlingar, typfall, eller liknande. Det finns dock många exempel på potentiellt problematiska handlingstyper. Uppmärksammade sådana är ”upplysningar”,⁶⁴ ”avsiktsförklaringar” och

tion, i Gräns & Westerlund (red.), Interaktiv rättsvetenskap: en antologi, s. 11 ff., på s. 12), vilket i sin tur inspirerats av bl.a. White, Justice as Translation, se där kanske särskilt s. ix ff., 229 ff. och 257 ff.

⁶¹ Jfr Schermaier, vor § 104, Das Rechtsgeschäft s. 362: ”Das Rechtsgeschäft ist also der Knotenpunkt zwischen erlaubtem Handeln und den von der Rechtsordnung daran geknüpften Rechtsfolgen.”

⁶² Terminologiskt ansluts här till AvtL:s begreppslogik, där frågan om bundenhet i princip föregår den om ogiltighet (är rättshandlingen inte (1) bindande saknas skäl att (2) pröva dess ogiltighet, annat än om man av processförings- eller prövningsekonomiska skäl vill börja med (2)-frågan). Jfr t.ex. B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 50; Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s. 449 ff., särskilt 455 f. med hänv., och Förslag AvtL 1914 s. 116, samt möjligen även Riese, Flodgren & Runesson, Rätten som konkurrensmedel, JT 2016–17 s. 295 ff. på s. 315 med hänv.

⁶³ Jfr O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 81 ff., samt ovan i och vid noterna 25 ff., och notera att ”tolkningsobjektet” är en konstruktion i sig, vilken därmed ofta kan varieras. För en radikal version av den poängen, se t.ex. Fish, Is there a text in this class, särskilt s. 303 ff., och därtill t.ex. O. Mossberg, a.a. s. 118 f. och 458 samt Schlag, Fish v. Zapp, i Laying down the law s. 91 ff. Jfr även i not 89 nedan.

⁶⁴ Se t.ex. Lyngé Andersen, Aftaleloven med kommentarer 6 uppl. s. 21 f.; Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 90 f. och 107 f.; Karlgrén, Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken s. 27 ff.; Lehrberg, Köprätt enligt 1990 års köplag s. 236 ff.; Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 7 uppl. s. 83 (i anslutning till NJA 1991 s. 808) eller varför inte redan Niels Lassen, Villien som forpligtelsesgrund: bidrag til løsningen af et brændende spørgsmål i formueretten (1874) s. 31 f(f)., samt därom Björne, Den konstruktiva riktningen s. 339. *Gränsen mellan upplysningar och anbud sammanfaller delvis med den mellan information och rådgivning* som kan föranleda avtalsgrundat rådgivningsansvar, jfr t.ex. NJA 1992 s. 243 (där avtal ansågs slutet och det rörde sig om rådgivning) samt allmänt Korling, Rådgivnings-

”stödbrev”,⁶⁵ samt ”utbud”,⁶⁶ liksom även i övrigt avtalspreliminärer⁶⁷ och marknadsföringsåtgärder,⁶⁸ där handlingar kan ha oklara avsändare,⁶⁹ oklart avgränsade adressatkretsar,⁷⁰ bara vara vaga,⁷¹ eller förstås innehålla diverse

ansvar s. 119 ff. och 353 ff., men därtill Lindskog, Anmälan av Korling, Rådgivningsansvar, JT 2010–11 s. 198 ff., på 205 ff. Jfr allmänt även Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden s. 47 ff.

⁶⁵ Eller ibland ”letters of intent” och ”letters of comfort”; se därom NJA 1990 s. 745; NJA 1992 s. 375; NJA 1994 s. 204 och NJA 1995 s. 586 (”i vad mån en avsiktsförklaring av detta slag skall anses innefatta en för framtiden bindande utfästelse skall lösas enligt vanliga principer för avtalstolkning”), samt t.ex. Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 36 ff.; Gäverth, Stödbrev, särskilt s. 19 ff.; J. Ramberg, Tolkning av s.k. stödförklaringar (”comfort letters”), JT 1994–95 s. 131 ff.; J. Ramberg, Stödbrev och den svårfångade partsavsikten, JT 1995–96 s. 827 ff.; Bogdan, ”Comfort letters” i samband med internationell upplåning, TfR 1988 s. 653 ff.; Bogdan, Rekviem över Letters of Comfort, Fs J. Ramberg s. 71 ff.; Gorton, Stödbrev rediviva, Avtalslagen 90 år s. 403 ff.; Bernitz, Standardavtalsrätt 9 uppl. s. 81; Winberg, Stödbrevet – en avtalsrättslig skvader, JP 2011 s. 243 ff.; Ingvarsson, Till stöd för stödbrev, SvJT 2013 s. 266 ff.; J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 73, eller J. Samuelsson, Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom varigenom skiljeförfarandet avslutats utan prövning i sak, JT 2016–17 s. 470 ff., på s. 490. Se även t.ex. Bryde Andersen, Grundläggande aftaleret 3 uppl. s. 94 ff.; Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s. 33 ff., och jfr Woxholt, Avtaleret 1 uppl. s. 153 ff.

⁶⁶ Se t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 90, 108, 140, och Jørgensen, Kontraktsret I s. 70 f. Jfr Lynge-Andersen & Madsen, Aftaler & mellemænd 8 uppl. s. 55, och Nordell, Avtalsfrihet och prisinformation, SvJT 1995 s. 132 ff., på s. 133, samt Bernitz, Om utvecklingen mot en standardavtalsrätt: II. Avtalsvillkorlagen, SvJT 1974 s. 81 ff., på s. 100.

⁶⁷ Jfr om för-handlingar i not 36 ovan.

⁶⁸ Jfr t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt 9 uppl. s. 76 ff., 151 ff., 223 ff., och Bernitz, Marknadsföringsrätten 2 uppl. s. 185 ff.; André, Marknadsföringsansvar: Om förutsättningarna för marknadsrättsligt och civilrättsligt ansvar för marknadsföringen, särskilt s. 205 ff. och 271 ff.; Nordell, Avtalsfrihet och prisinformation, SvJT 1995 s. 132 ff.; J. Ramberg, Säljarens uppgiftsansvar i köplagen jämfört med CISG, Fs Bernitz 2001 (JT-delen) s. 85 ff., särskilt 92 ff.; Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 90 f. och 107 f.; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 102 f.; Bryde Andersen, Grundläggande aftaleret 3 uppl. s. 90 f., samt i not 69 och 71 nedan.

⁶⁹ Det är ju en väsentlig del av bakgrunden till felregeln om marknadsföringsansvar i 18 § KöpL, som därmed heller inte för sin tillämplighet kräver att en uppgift lämnats av någon med fullmakt, se prop. 1988/89:76 s. 88, och t.ex. J. Ramberg & Herre, Köplagen 2 uppl. s. 207; J. Ramberg, Säljarens uppgiftsansvar i köplagen jämfört med CISG, Fs Bernitz 2001 (JT-delen) s. 91 f.; B. Lehrberg, Köprätt enligt 1990 års köplag s. 236 ff., och Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 7 uppl. s. 85, jfr s. 82.

⁷⁰ Se hänv. i not 40 ovan. Märk att *en snäv adressatkrets i princip inte utgör ett rättshandlingskriterium* (jfr t.ex. 14 § AvtL; Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 78, eller B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 113; märk även att den ibland uppmärksammade CISG art 14(2) inte motsäger utan styrker detta). Specifiering av avsedd adressat är endast ett indicium på bindingsvilja. Det gäller oberoende av att det, förstås, är en praktisk förutsättning att man vet vem som ska berättigas eller förpliktas genom en handling, för att dess avsedda följder ska kunna realiseras.

⁷¹ Se på temat t.ex. J. Ramberg, Medveten otydlighet som avtalsrättsligt problem, JT 1992–93 s. 358 ff., eller Ingvarsson, Till stöd för stödbrev, SvJT 2013 s. 266 ff., inte minst s. 274, 280. Internationellt har temat ibland diskuterats som *strategic vagueness* eller liknande. Avsiktlig

villkor och reservationer,⁷² på ett sätt talar emot det som är det avgörande bedömningstemat: *att de avsetts förplikta*.

- b) Det finns inget *uttryck* att bedöma: ingen materialiserad manifestation av en vilja; inget *signum voluntatis*; inget betydelsebärande tecken – inget att gå på. Finns det inget uttryck, alls, så kommer man nog dock sällan på tanken att tematisera saken i rättshandlingstermer, varför det centrala exemplet, möjligen,⁷³ är då det visserligen ”finns” ett ”uttryck”, men detta fått fel form – varvid förekomsten av en formbrist gör det i och för sig förefintliga viljeuttrycket irrelevant, som formenlig rättshandling betraktat.⁷⁴
- c) Även om det finns ett uttryck, så har det kanske inte ett *innehåll* som någon meningsfullt kan hållas bunden till. Att någon säger: ”Åh, vad jag vill bli bunden!” räcker inte – trots den i och för sig (över)tydliga indikationen om bindningsvilja – om man inte vet *till vad* den ska bindas, samt detta innehåll också accepteras av rättsordningen, såsom sedligt (inte *pactum turpe*)⁷⁵

vaghet förekommer frekvent även i samband med marknadsföring – inte minst ”grön” sådan, se därom t.ex. O. Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2022 s. 195 ff. med hänv.

⁷² Jfr t.ex. 9 § AvtL eller NJA 1977 s. 92, där en parts upplysning om att ”nödvändiga avtal” skulle skickas senare medförde att den handlande inte blivit bunden (handlingen var inte bindande, den hade inte samma värde som ett anbud). Fallet kommenteras ingående av bl.a. Korling, Rådgivningsansvar s. 353 ff. Se även t.ex. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl. s. 104; Giertsen, Avtaler s. 50 f., eller åtskilliga av ställena i noterna strax ovan.

⁷³ Även betalningar kan dock nämnas i sammanhanget. Betalningsbegreppet är i sig omdiskuterat, och används på delvis olika sätt (jfr t.ex. hur HD, synbarligen utifrån ett missförstånd av Karlgren, i NJA 1999 s. 575 duckar frågan om en betalning bör betraktas ”som en rättshandling eller endast som en faktisk åtgärd”). Det har ifrågasatts om en medelsöverföring, i och för sig, kan eller bör anses innefatta rättshandlingsverknningar, samt argumenterats för att så in dubio inte bör vara fallet (observera här skillnaden mellan presumptioner och in dubio-regler), i princip därför att motsatsen vore svår att förena med läran om misstagsbetalningar, se Lindskog, Betalning 3 uppl. s. 147 ff. med omfattande hänv. (För egen del har jag nog dock, av bl.a. historiska skäl, uppfattat det som att *condictio indebiti* och *rättshandlingsläran* är två olika, delvis oförenliga och överlappande läror.)

⁷⁴ En annan sak är att det, i kombination med andra omständigheter, kan tänkas ligga till grund för utomkontraktuellt ansvar, enligt t.ex. allmänna principer om culpa in contrahendo, jfr NJA 2012 s. 1095, p. 16 ff., och se t.ex. Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden, passim.

⁷⁵ Se därom t.ex. Agnafors, Pactum turpe – en rekonstruktion och ett försvar, SvJT 2019 s. 956 ff.; Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl. s. 110; NJA 1997 s. 93; Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 2 uppl. s. 49 f.; Lindskog, Om goda seder och sedesvidriga avtal, Vb Södermark s. 195 ff.; Westberg, Ett fall om kärlek och ett om pengar – om pactum turpe och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättskipning, Fs Lavin s. 271 ff.; C. Ramberg, Avtal om abort – Pactum turpe, Fs avtalslagen 90 år s. 307 ff.; Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, SvJT 2004 s. 739 ff.; Ingvarsson, Pengar luktar inte – eller gör de det?, SvJT 2011 s. 1019 ff.; (jfr även Ingvarsson, Ogiltighet och rättsföljd s. 112;) Lennander, Kontoristen Wilzén med medskick på Solvalla: NJA 1964 s. 80, Rättsfall att minnas s. 141 ff.; J. Andersson, Legala förbud och ogiltighet, TfR 1999 s. 533 ff.; Sapa, Pactum turpe – En antik rättsfigurs inträde i en postmodern värld (Stockholms universitet 2019), samt Hauges, Ingvarssons respektive Bryde Anderssens bidrag i Bärlund, Eftestøl-Wilhelmsson, Johansson, Lång och Sisula-

och förmögenhetsrättsligt.⁷⁶ Här som annars måste man tolka och därvid ta fasta på de individuella omständigheterna. Även om utsagan ”Imorgon skiner solen!” oftast får förstås som en oförbindande utsaga av karaktären oinspirerat småprat,⁷⁷ så kan den, i något fall, tänkas innebära fullgörelse av en skyldighet att lämna rättvisande väderprognos, och då också bli bindande som en fullgörelserättshandling,⁷⁸ och detta kan alltså inte avgöras annat än genom en konkret prövning i det enskilda fallet; för all praktisk tillämpning är det partikulära omdömet irreducibelt.

- d) Det som meddelats har inte nått fram till den avsedda adressaten. Det har inte på relevant vis *mottagits*. Man ropar, men ingen hör; mailet försvinner i cyberspace;⁷⁹ brevet kommer bort – eller har inte nått fram vid någon viss kritisk tidpunkt.⁸⁰ Den avsett preskriptionsavbrytande handlingen når t.ex. fram först efter att preskriptionsfristen löpt ut.

Här gör sig förresten ett ofta anfört argument om viljeförklarings- och därmed rättshandlingslärans otillräcklighet gällande, och kanske kan en kort utvikning därom vara belysande.⁸¹ Argu-

Tulokas (red.), Nya trender och bärande principer i förmögenhetsrätten, på s. 95 ff., 107 ff. respektive 121 ff.

⁷⁶ Man kunde väl visserligen hävda, att osedliga avtal inte är att hänföra till förmögenhetsrätten, och slå samman kategorierna (samt alltså denna och ovanstående not), men så ser inte traditionen ut, och de topiker man kan söka sig till för att resonera kring frågorna skiljer sig åt. Vad gäller rekvisitetet ”på förmögenhetsrättens område” i AvtL:s rubrik är den huvudsakliga poängen också att *avgränsa mot familjerätten*. Se om tillämpningsområdet t.ex. Förslag AvtL 1914 s. 34, 66; Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl. s. 3 f., 42, 105; NJA 1936 s. 598 (en klassiker, där HD körde ”grunderna för” 29 § AvtL istället för direkt tillämpning); samt t.ex. C G Björling, För vilka avtal är anbudet bindande enligt avtalslagens första kapitel, SvJT 1916 s. 353 ff. Jfr även Wallin, Avtal mellan makar, passim; Agell, Familjerättsliga avtals rättsgiltighet, TFR 1987 s. 68 ff.; Agell & Brattström, Äktenskap, samboende, partnerskap 7 uppl. s. 152 ff., samt möjligen NJA 2017 s. 168 (avtal om mahr). Att det ska röra förmögenhetsrätt innebär dock att *även en del annat avgränsas bort* – såsom middagsbjudningar – se t.ex. B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 46 f.; Bryde Andersen, Grundläggande avtalerett s. 90, jfr även Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 37 f.

⁷⁷ Notera det delvisa överlappet med kravet på bindningsvilja (a) ovan, särskilt vid not 64, och att bedömningarna säkert ofta får grundas i samma underlag, men att det likväl rör sig om två frågor som kan särskiljas analytiskt: Vill man binda sig? Till vad vill man binda sig?

⁷⁸ Observera, att frågan om vad som blir följderna av att prognosen slår fel, är en annan fråga, än den som här berörs.

⁷⁹ Här bjuder egentligen kutymen att man räknar upp lite källor, till stöd för att också kommunikation via det världsomspännande informationsnätverket kan bli avtalsrättsligt relevant, och att de traditionella analysmodellerna kan användas för också diverse digitala nymodigheter. Men alltså, ärligt talat... Känns inte det väldigt, typ 1996? Så, nej. Jag gör inte det. Jag vill inte. Jag vägrar!

– ”Ja, men SMS då?” – Samma sak. – ”Messenger?” – Ja, det med. – ”Snapchat?” – Men vaf... *Allmänna principer är teknikneutrala!* ... Men, det är klart, med Snap får man kanske bevissvårigheter.

⁸⁰ Jfr angående reklamationer vid och i not 44 f. ovan.

⁸¹ Utöver parkeringsfallen kan möjligen nämnas även NJA 1973 s. 674 (passagerare steg på spårvagn) och NJA 1974 s. 1 (fordon kördes ombord på färja), såsom fall vilka ansetts nära vilje-

mentet innebär i korthet att vissa fall av avtalsslut, och då inte minst de teoretiskt intressanta *parkeringsfallen*,⁸² inte bör, eller ens kan, förklaras med hjälp av dessa läror: 'Att upplåta en parkeringsplats är väl ingen viljeförklaring!', och 'ens om uppställandet av bilen kan konceptualiseras som ett meddelande, så har det inte mottagits av adressaten!', dvs. P-bolaget eller motsvarande.

Resonemanget är dock inte utan invändningar. Det är inte alldeles lätt att se varför man inte skulle kunna, för det första, anse upplåtandet av parkeringsplatsen utgöra en signal om att man där får parkera,⁸³ i enlighet med eventuellt anslagna villkor,⁸⁴ eller varför man inte, för det andra, skulle kunna se uppställandet av bilen som ett tecken på en vilja: att parkera, och att underkasta sig eventuella för parkering gällande anslagna villkor.⁸⁵ Varför skulle inte P-bolaget kunna med fog förstå uppställandet så?⁸⁶ Parkerandet är en betydelsebärande handling, som väl mycket väl kan anses motsvara (obs: inte "utgöra") en accept av anslagna villkor, jämte eventuella utfyllande normer, om man nu vill det, och den handlingen kan också åtminstone "anses" kommen parkeringsbolaget till handa, och därmed vara bindande för detsamma.⁸⁷

förklaringslärans gränsområden, jfr Rodhe, SvJT 1979 s. 588. Fallet från 1974 (där för övrigt ett "vidlyftigt yttrande [...] av professor Kurt Grönfors" återopades) rör primärt andra frågor (bl.a. den om gränsen mellan land och sjö(-rätt)), se därom Grönfors, SvJT 1977 s. 602. Fallet från 1973 är inte ointressant i sammanhanget, som ett av de fall som tidigt kom att spela en roll i litteraturen (se, händelsevis, Grönfors, SvJT 1977 s. 604 f.). Det är dock främst tingsrättens dom som är av intresse, och då HD inte fastställde denna kan vi här hoppa över fallet.

⁸² Se om dessa fall t.ex. Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* (nytrycket 2013) s. 82, 84, 156; Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen* 4 uppl. s. 67 (jfr dock(?) s. 49); Woxholth, *Avtalerett* s. 176 f., 102 f.; B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* 3 uppl. s. 116 ff. samt i SvJT 1994 s. 468; J. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s. 439 ff. med hänv.; J. Samuelsson, *Fullmaktsläran* s. 30. Se även Flodgren, *Felparkeringsrätt – hellre fria än fälla?*: Del 1, JT 2019–20 s. 3 ff. och Del 2 JT 2019–20 s. 306 ff., som berör också andra dimensioner än de avtalsrättsliga, och fallen i NJA 2013 s. 711 I och II samt NJA 2017 s. 669. (Det finns även några gamla åtalsmål om olovlig parkering, se sålunda främst NJA 1958 s. 165, NJA 1973 s. 389 och NJA 1974 s. 234, som dock här är av föga intresse.)

⁸³ Jfr, ganska tydligt, NJA 1958 s. 177.

⁸⁴ Jfr således dels det i ovanstående not nämnda fallet NJA 1958 s. 177, dels det teoretiskt tröskade NJA 1981 s. 323 (se hänv. i not 82), som för övrigt tydliggör att de anslagna villkoren, precis som andra villkor, måste tolkas, samt illustrerar att man vid tolkningen kan beakta samhälls- ligena kutymer (som i händelse av tvist kan behöva (be)visas), inklusive sådana som kommit till uttryck i rättsregler.

⁸⁵ Jfr sålunda NJA 1981 s. 323, där den centrala frågan, ju, var om svaranden hade "parkerat" i de anslagna villkorens mening, eftersom det var därigenom avtal stipulerades ha slutits.

⁸⁶ Man kan förstås tänka sig teoretiska särfall, som att den parkerande, samtidigt med bilens uppställande, ropar: "Jag vill inte parkera!" I den mån sådana reservationer inte är synbara för motparten borde de väl dock vara lika relevanta som ett meddelande med osynligt bläck, eller en mentalreservation. (Jämförelse kan möjligen göras med förevarande författares skrik: "Jag vill inte betala!", vilka frekvent förekommit i samband med att han beordrat betalningsuppdrag i internetbanken, men som så här långt visat sig vara av högst begränsad nytta.) Om mottagan- dekriteriet, se i not 87 nedan.

⁸⁷ Se vidare vid och i noterna 133 ff. nedan. En effekt av att accepten anses kommen P-bolaget till handa är att nyttjandet blir avtalsgrundat och därmed behörigt, varför ersättning för obehörigt nyttjande är utesluten (jfr, *mutatis mutandis*, NJA 1993 s. 13 och NJA 2007 s. 519). Det intres- santa är väl dock inte P-avgiften, så mycket som böterna. De senare kan ses som antingen ett avtalat pris (jfr NJA 1981 s. 323: "en extra avgift") eller, kanske hellre, ett vite (så Rodhe, SvJT 1979 s. 622, i anslutning till SvJT 1974 rf s. 79 (tydligt skyltade villkor bindande även om den parkerande ej sett dem) och SvJT 1975 rf s. 18 (felaktig hantering av parkeringsmätare till följd

Härmed är väl inte nödvändigtvis sagt att man alltid och till varje pris måste analysera parkeringsfallen (och samtliga andra fall av avtalslut genom s.k. realhandlande) i viljeförklaringsstermer. (Än mindre att man måste göra det i termer av anbud och accept.) Det mer ödmjuka budskapet är endast att det finns skäl ifrågasätta ifrågasättandena av den principiella möjligheten att alls analysera fallen i sådana termer, för att på den vägen nå slutsatsen att avtal är slutet. Kritiken bygger på ett inte bara snävt utan dessutom regelmässigt oartikulerat viljeförklaringsbegrepp, som utgör resultat av bland annat ett bristfälligt bejakande av den för förmögenhetsrätten fundamentala formfrihetens princip. Poängen är alltså primärt att framställa motkritik. Detta synes också motiverat, emedan *ryktet om viljeförklaringsläran tillkortakommanden är överdrivet*, på denna för kritiken centrala punkt. Hittills har det väl heller inte presenterats någon alternativ trovärdig eller särskilt hjälpsam förklaringsmodell.⁸⁸ Slut utvinning. Kriterierna var det:

av att tydlig instruktion ej följts; kontrollavgift utgick, i ingressen benämnd "avtalsvite"); jfr även hur det i 1981 års fall specificeras röra sig om ersättning "vid överträdelse av parkeringsbestämmelser", dvs. avtalad kontraktsbrottsersättning, och hur, om det istället rörde sig om ett skadestånd, invändning om överkompensation skulle ligga nära till hands). Både pris och vite kräver avtal, och såvitt rättshandlingsläran beträffar krävs därmed som utgångspunkt att viljeförklaringar utväxlats. För att konstruktionsmässigt "få ihop det" kan man då tänka som i brödtexen, varvid *det problematiska väl ligger i rättshandlingens mottagande*, då P-bolaget i många fall rent faktiskt lär vara omedvetet om det skett någon parkering eller inte (särskilt om ingen avgift erlagts, via app eller annorledes – och skulle så ha skett blir ju fallet oproblematiskt). Det har därför föreslagits att man *för vissa fall av realhandlande, inklusive parkeringsfallen, gör undantag från mottagandekravet*, så att "avsändande" räcker och avtal ingås genom själva parkerandet som sådant (se i not 133). Det går väl dock att *få ihop det konstruktionsmässigt även utan undantag*, se vid och i not 135 nedan. Angående sådana reservationer som nämns i not 86 ovan, kan då, för att "få ihop" det, t.ex. sägas att det till skillnad från vad gäller själva parkerandet framstår som mer långsökt (och omotiverat tjuvparkerarvänligt) att anse också reservationen kommen P-bolaget *tillhanda*, alternativt att ett sådant *undantag* som kan tänkas för själva parkerandet inte vore motiverat för sådana reservationer, för vilka det saknas skäl att inte hålla på huvudregeln om att rättshandlingar måste mottas.

⁸⁸ I svensk rätt är alltså Grönfors utkast till en "ny matris", *Avtalsgrundande rättsfakta*, det ledande alternativet (jfr därom hänv. i not 25 ovan). Utkastet hann dock aldrig utmynna i så mycket mer än påståenden om dels rättshandlingslärans otillräcklighet, dels att man i vissa situationer helt enkelt borde konstatera att avtalsbundenhet föreligger, därför att en sådan slutsats är ändamålsenlig. Det senare påståendet kan säkert försvaras. Men, ett rent postulat om att man i vissa situationer *borde anse något* (jfr O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 493 ff., om anses-lokutionens omgestaltande funktion) är inte särskilt vägledande. Utkastet lämnar oss i sticket vad gäller frågor som: Vilka situationer rör det sig om? Hur ska de avgränsas? Vilka är de utslagsgivande kriterierna? Och varför då? Vad är det som motiverar slutsatsen i varje led? Och det är i dessa frågor som rättshandlingsläran kan vara till nytta, och större praktisk ledning än den i sig ännu tomma idén att det kan vara ändamålsenligt att anse vissa rättsfakta avtalsgrundande. Om man raserar den gamla "överbyggnaden" (se Grönfors, a.a., förordet) utan att sätta något annat i dess ställe, så står man sedan där, (för)svarslös inför naturens nycker. För egen del håller författaren det också för sannolikt, att den som försöker artikulera svar på frågor som de nyss, skulle komma att artikulera något som påtagligt liknar rättshandlingskriterierna; jfr sålunda dels t.ex. NJA 2013 s. 659, p. 12, dels det faktum att de alternativa terminologier som nämns i not 25 ovan främst, och i regel helt avsiktligt, är just *terminologiska variationer på samma grundläggande teman som rättshandlingskriterierna*. Jfr på samma linje Unnersjö, Kriterierna för tillitsfullmakt, JT 2022–23 s. 651 med hänv., bl.a.: "Domskalen i både [NJA 2013 s. 659] och [NJA 2014 s. 684] ger också intrycket att HD inte introducerade några materiella

- e) Ett meddelande kan ha ett, uttryckt, innehåll, som dessutom mottagits, men ändå inte bli bindande för avgivaren, när mottagarens faktiska *intryck* avviker från det befogade intryck förklaringen objektivt sett borde ge, om den ses isolerat och alltså utan beaktande av de omständigheter som grundar det faktiska intrycket.⁸⁹ Annorlunda uttryckt: mottagaren är i ond tro,⁹⁰ om att den handlande inte vill det som ”förklaringens innehåll” (i bl.a. 32 § 1 st. AvtL:s mening) ger sken av. Förtydligande repetition: Det finns inte, såsom ett självständigt rättshandlingskriterium, något krav på mottagarens ”faktiska

nyheter utan snarare en ny terminologi med vilken ett redan etablerat rättsläge kunde beskrivas på ett belysande sätt.” Se även vid not 145 ff. och 164 ff. nedan.

⁸⁹ Klassikern är ännu Karlgren, Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen, SvJT 1966 s. 161 ff., men temat är ofta återbesökt. I mina ögon är också detta vad det handlar om, alltså *hur tolkningsobjekt respektive kontext ska bestämmas och avgränsas* (jfr Karlgren, a.a., särskilt s. 165 och 167 f.), och det är vare sig en faktisk fråga eller en där det i praktiken saknas strategiskt manöverutrymme.

⁹⁰ De *processrättsliga problemen kring god och ond tro* om olika objekt (omständigheter, uppfattningar, avsikter, med mera), samt vem som har återops- och bevisbördan för olika rättsfakta, blir snabbt komplicerade, inte minst då frågan om vad som ska betraktas som rättsfakta i sig inte är okomplicerad. Här nöjer vi oss (utöver not 54 ovan) med tre konstateranden. För det första, kan konstateras att god och ond tro långt ifrån alltid bara är olika sidor av samma mynt: god tro kan förvisso innebära okunskap om något, i bemärkelsen avsaknad av kännedom (om X), medan förefintlighet av kunskap kan innebära att ond tro föreligger. Utöver att beteckna en negativ avsaknad av kännedom (om X), kan dock god tro referera till den positiva förekomsten av en (felaktig) uppfattning (om t.ex. Y, eller Z), och eftersom såväl den positiva förekomsten som den negativa avsaknaden kan hänföra sig till en mängd olika objekt (här kunde man skriva hela alfabetet, flera gånger om), kring vilka processförare och rättstillämpare i praktiken har betydande formuleringsfrihet, så kan alltså resonemangen kompliceras, redan utan att man ens börjar gå in på mer processrättsligt klingande teman. För det andra, kan konstateras att mottagaren åtminstone inte borde behöva styrka sin goda tro om visst innehåll, då det inte synes fylla någon självständig funktion i relation till att mottagaren har att styrka de omständigheter på vilka hans rätt grundas (uttrycket, relevanta tolkningsdata). Och att ålägga honom bevisbördan för den negativa avsaknaden av ondtrorsgrundande omständigheter framstår som föga förenligt med gängse principer för bevisbördans fördelning. För det tredje, kan konstateras att avgivaren i förklaringsmisstagsfallet, enligt förarbetena (Förslag AvtL 1914 s. 140), som utgångspunkt har att styrka mottagarens onda tro om att uttrycket avviker från avsikten. Även detta kan dock problematiseras: eftersom ondtrorskravet täcker in också borde-insikt torde inte bevismat behöva artikuleras som att det rör en uppfattning; det kan räcka att det formuleras med sikte på omständigheter som typiskt sett är ägnade att väcka misstanke om något (jfr vagt Unnersjö i not 54 ovan). Här finns dock inte utrymme att fördjupa oss mer i dessa frågor.

goda tro”;⁹¹ det som finns, är vissa undantagsregler,⁹² enligt vilka mottagarens onda tro om vissa saker (t.ex. förklaringsmisstag eller motivvillfarelse), under vissa förutsättningar kan medföra att förklaringen inte blir bindande enligt sitt ”innehåll” – vilket i avtalslagen är en teknisk term.⁹³

- f) Ingen förklaring har *utgivits*.⁹⁴ Den förklarande har inte gjort något som bör tolkas som ett rättshandlande. Den har till exempel inte sagt eller skrivit

⁹¹ När HD i NJA 2021 s. 1017, p. 21, skriver: ”För att en tillitsfullmakt ska föreligga krävs att tredje man har faktisk tillit till att mellanmannen är behörig att företräda huvudmannen. Det fordras också att denna tillit är befogad.”, så följer domstolen en – doktrinär – tradition av att se det som två separata krav: Dels, ska det finnas tillit, dels, ska den vara befogad. Såvitt gäller det första kravet, på faktisk tillit, borde det dock förstås som *ett krav på avsaknad av ond tro om att mellanmannen inte är behörig* företräda huvudmannen, se i och kring not 49 ovan. Se även ”t.ex.” portalfallet för tillitsfullmakten, NJA 2013 s. 659, där något krav på subjektivt intryck inte synes uppställas alls. ”Den som skapar *en befogad tillit*” står det bara, i en lokution jag läser som ett krav, snarare än som två – det står ju inte t.ex. ”en subjektiv tillit, som också är befogad”. Jfr även t.ex. J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 194 (bl.a.: ”I svensk rätt är [...] tredje mans subjektiva inställning enligt huvudregeln irrelevant vid fastställande av den behörighet som följer med en självständig fullmakt.”). Saken kan möjligen uttryckas som att *en befogad tillit är en objektiv konstruktion* (men jfr not 51 ovan och 92 nedan).

⁹² Jfr (möjligen dock) B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 104 f., som tar avstånd från vad som ’ibland hävdas i litteraturen om att avtal kan grundas uteslutande på preventiva skäl’ (Grönfors tanke om ”avtal som sanktion”, jfr Avtalsgrundande rättsfakta, bl.a. s. 207). Lehrberg, a.a. s. 105: ”Endast intresset av att skydda den part som trodde att en viljeförklaring avgivits kan nämligen i svensk rätt motivera att avtalsbundenhet (eller bundenhet till annan viljeförklaring) kommer i fråga som rättsföljd. Förenklat uttryckt går det inte för sig att rättsordningen erbjuder en part ett avtal som parten inte räknat med endast därför att den funnit att den andra parten i avtalet förtjänar att straffas genom att tvingas in i avtalet.” Därtill krävs att partens intresse är skyddsvärt, och ett argument för det är att den som mottagit förklaringen är ”i subjektiv god tro”. Ändamålsresonemanget har fog för sig. Det måste dock inte innebära att det på regelplanet krävs en positiv förekomst av ”faktisk god tro”; ’subjektiv’ och ’faktisk’ behöver inte vara samma sak – och ens om så vore, så måste inte alla relevanta ändamålsskäl direkt motsvaras av konkreta rekvisit vilka ska uppfyllas genom återopade och bevisade rättsfakta (särskilt inte om det finns ändamålsskäl som talar emot uppställandet av sådana konkreta regler, jfr i not 90 ovan). Som Lehrberg skriver (s. 31) är samspelet mellan regler, ändamål och verklighet omfattande, mångfacetterat och komplicerat.

⁹³ Se i not 51 ovan. (Också på denna punkt är avtalslagen elegant, i sin begreppsmässiga konsekvens.)

⁹⁴ Utgivandekravet har berörts vid och i not 56 ovan. Här skall endast tillfogas att det finns utrymme att, för fullmaktsfall, anse utgivandekravet i princip bekräftat, genom kravet på att de omständigheter som grundar tredjemans befogade intryck av att behörighet finns *härör* från huvudmannen. Härörändeterminologin lanserades i NJA 2013 s. 659, och har sedan bekräftats och utvecklats genom framför allt NJA 2014 s. 684 och NJA 2021 s. 1017 (jfr även AD 2020 nr 12). Fallet från 2021 rörde ”obehörig användning av e-legitimation” och tangerar de centrala exemplen i sammanhanget: *Förfalskningsfallen*, där den uppgivna huvudmannens obundenhet till förfalskade handlingar teoretiskt kan förklaras med hänvisning till att *huvudmannen inte utgivit den förfalskade rättshandlingen*; jfr t.ex. NJA II 1915 s. 189 f.; Ussing, Aftaler 3 uppl. s. 41 f(f.), Udsen, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum, Tfr 2006 s. 109 (”Hvis A udsteder en falsk ’viljeserklæring’ i B’s navn foreligger ingen viljeserklæring.”), samt i not 56 ovan. Se vidare vid not 145 ff. nedan.

något, skickat brevet eller kontraktet,⁹⁵ godkänt något med sitt Bankid,⁹⁶ sänt upp röksignaler, eller använt sig av en mellanman, i form av ett bud eller fullmäktig.⁹⁷ De omständigheter som grundar en ”mottagares” eventuella goda tro (som förvisso kan föreligga, trots avsaknad av utgivande) härrör inte från den som antagits rättshandla, och det eventuellt föreliggande ”uttrycket” är alltså inte uttryckt av denne. De mest centrala exemplen är förfalsknings- och bedrägerifallen.⁹⁸

Parentetiskt kan noteras att *passivitet* visserligen i princip kan hanteras som en viljeförklaring.⁹⁹ För passivitetsfall blir dock utgivandekriteriet lite speciellt. De dithörande topikerna riskerar bli rätt överflödiga; såvitt gäller själva passiviteten blir de ägnade inte så mycket att övertyga, som att bara krångla till det hela,¹⁰⁰ då det avgörande, för att tillmäta passivitet betydelse, typiskt sett är dess förhistoria och kontext.¹⁰¹ Det är heller inte alldeles enkelt att alls koncep-

⁹⁵ Det här är kanske de mest frekvent återkommande exemplen, särskilt i undervisningssammanhang. Se t.ex. Karlgren, *Studier i allmän avtalsrätt* s. 55; Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, *Avtalsrätt I* 14 uppl. s. 63, 327; Lassen, *Haandbog i obligationsretten: Almindelig del* s. 38 f., eller Ussing, *Aftaler 3* uppl. s. 39.

⁹⁶ Elektronisk identifikation är ett på senare tid särskilt uppmärksammat exempel, med bl.a. särskilda konferenser och ett specialnummer i SvJT (2023 nr 5/6) med flera intressanta bidrag.

⁹⁷ Om bud och fullmäktiga inte är de enda relevanta mellanmännen i sammanhanget så är de i vart fall de primärt relevanta, jfr Förslag AvtL 1914 s. 66 f., samt, om förhållandet mellan uppdragsfullmakt och bud, s. 141 f.

⁹⁸ Jfr i not 56 och 94 ovan om förfalskningsfallen.

⁹⁹ Så lyder öppningen av Karlgrens bok *Passivitet*, som blivit stilbildande för den realistiska analysen av passivitetsspörsmålen, så: ”I snart sagt varje juridisk lärobok eller handbok uttalas, att en privaträttslig viljeförklaring principiellt icke behöver, för att medföra avsedd rättsverkan, vara uttrycklig. Även en ’konkludent’ förklaring är tillfyllest. Det brukar också tilläggas, att t.o.m. kontrahents passivitet kan vara tillräcklig för ändamålet. Ett anbud kan accepteras tyst, om av de föreliggande förhållandena framgår, att anbudstagarens tystnad utvisar en vilja att antaga anbudet. Och även eljest förekommer det, vid avtalsslut liksom i andra sammanhang, att passivitet bör med hänsyn till omständigheterna tolkas som en viljeförklaring.” (s. 7). Den andra gamla standardkällan, Cervin, *Om passivitet inom civilrätten*, är mindre intressant i sammanhanget, men se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II* 6 uppl. s. 101 ff.; Björkdahl, *Passivitet och konkludent handlande* – särskilt i samband med hyresavtal, JT 2013–14 s. 237 ff., på s. 241 f(f.); Ravnkilde, *Passivitet 2* uppl. s. 81; Ussing, *Aftaler 3* uppl. s. 393, 103 ff. Se och jfr även t.ex. AvtL-motiven i NJA II 1915 s. 182 f.; Rodhe, *Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt: Förpliktelserns uppkomst och obligationsrätt 1960–1965*, SvJT 1968 s. 182 ff.; Lund, *Passivitet* s. 132 eller Arvidsson & Gorton, *Passivitet inom avtalsrätten*, Fs Millqvist s. 97 ff., med bibliografi på s. 98.

¹⁰⁰ Se vidare 5 nedan.

¹⁰¹ Passivitet blir typiskt sett bara relevant givet någon *kvalificerande förhistoria*, såsom tidigare samröre mellan parterna av viss art och omfattning, Se och jfr t.ex., å ena sidan, NJA 1962 s. 276 (Skarin), där ”förhistorian” till passiviteten var tillräckligt kvalificerad, och, å andra sidan, NJA 1977 s. 92 (patientvårdaren), där den inte var det. Jfr även t.ex. NJA 1977 s. 25. Ofta handlar det om att denna förhistoria är ägnad att inge den passives motpart intryck att passiviteten signalerar rättshandlingsvilja. Jfr allmänt JustR Håstads tillägg i NJA 2006 s. 638,

tualisera passivitet som ”utgiven”,¹⁰² eftersom ju sådan, per definition, innebär att man *inte* gjort något. En annan, men inte obetydlig, sak är dock att man kan resonera på sätt som liknar en utgivandeprövning, för att avgöra om passivitets förhistoria är relevant.¹⁰³

g) Det subjekt som skulle bindas eller berättigas finns inte – i de typiska problemfallen inte än, eller inte längre – som en sådan rättslig *person* vilken kan bära rättigheter eller skyldigheter, och alltså vara föremål för obligatio.¹⁰⁴ Alternativt saknar en i och för sig förefintlig person den *rättshandlingskapacitet* som krävs, för att med bindande verkan kunna företa den aktuella rättshandlingen.

I allmänhet räcker det alltså att det brister på någon av dessa punkter, för att den handlande ska undgå bundenhet. Vill man tänka i termer av regler, med rättsfakta och rättsföljder, så kan rättshandlingskriterierna betraktas som kumulativa rekvisit. Förståelse av kriterierna synes dock främjas av att man, istället för i regeltermen, tänker i termer av kommunikation, principer och resonemang därom. *Rättshandlingskriterierna kategoriserar då typiska problem med mänsklig kommunikation. De anvisar sätt att argumentera för och emot bundenhet i vissa typfall.* Närmare bestämt de typiserade fall varpå kriterierna bygger, och som illustreras i punkterna ovan. Annorlunda uttryckt handlar det om de fall som utgör regelparadigm: idealexemplen på vilka de ”regler” kriterierna ger uttryck för omedelbart tar sikte, eller, för att appropriera Ekelöfs term: de klara fallen.

Kriterierna anvisar *stereotypa inramningsalternativ*. Det kan sägas röra sig om analysverktyg, som ger typiska sätt att se på och tala om problem, för att därmed översätta fakta till rättens kategorier. De brukas för att begreppsliggöra fenomen på igenkännbara, rättskulturellt inarbetade vis, vilka både anvisar och begränsar de tillgängliga *utfallsalternativen*. Ytterst handlar det om att man antingen blir bunden, eller inte. Som så ofta kommer dock den rättsliga analysen tendera att drivas sekventiellt, genom en serie binära utfallsalternativ: Man bryter ut olika delfrågor, vilka kan besvaras var för sig, i mer eller mindre långa

samt t.ex. Ravnkilde, Passivitet 2 uppl. s. 98 ff., och B. Lehrberg, Avtalets grundelement 3 uppl. s. 148 f.

¹⁰² En liten illustration av detta finns i Walin, Borgen och tredjemanspant 3 uppl. s. 282 ff., där Walin i en sju sidor lång fotnot brottas med frågan om preskription av negativa förpliktelser (plikt underlåta något), inklusive frågan om hur man då ska räkna preskriptionstiden. (Noten har i Walin & Ingvarssons 4 uppl. utgått.) Se om rättsfrågan även Lindskog, Preskription 4 uppl. s. 81 ff. med omfattande hänv.

¹⁰³ Jfr t.ex. om NJA 2006 s. 638 i not 36 ovan.

¹⁰⁴ Se och jfr i not 57–59 ovan med hänv., samt om obligationstermen t.ex. O. Mossberg, Tredjemansavtalets tidiga historia – ett traditionskritiskt utkast, i Debaenst & Shanager (red.), Rätts-historia i rättsvetenskaplig forskning, s. 94 ff., på s. 101 ff., särskilt 106 ff. med hänv.

resonemangskedjor, med ja, eller nej.¹⁰⁵ Och strukturerna för detta är alltså en central del av vad som tillhandahålls av rättshandlingsbegreppet. Därtill anvisas med de olika alternativen förbundna *topiker, för argumentation i bundenhetsfrågor*, i form av källor och däri uttryckta eller därav implicerade argument.¹⁰⁶

5. Begrepp och pragmatism: plastiska principer

Rättshandlingsbegreppet är alltså primärt ett hjälpmedel för konstruktionen av intersubjektiv bundenhet. Det fungerar som ett topiskt och narrativt hjälpmedel för att identifiera problem och argument samt för att strukturera resonemang. Det är ett heuristiskt verktyg för att ”översätta” kommunikation till konkreta rättsföljder; betecknandet av något som en rättshandling tjänar till att legitimera tillämpning av regler om sådana – inklusive ”regeln” om att rättshandlingar är bindande, enligt sin innebörd.¹⁰⁷

Här kunde det egentligen vara klart. Möjligen finns dock skäl att säga något mer om begreppens roll, funktion och användning, för att förekomma några tänkbara synpunkter om begreppsorientering vilka alltid hänger i luften.

Och nu tar vi det här petit, så det får minimalt med utrymme: Tänk de gamla vanliga invändningarna: Begreppskonstruerande leder till överdriven formalism; konceptuell abstraktion; akademisk isolationism; verklighetsfrämmande resonemang, och på det hela taget okänslighet inför det praktiska rättslivets behov; det blir teoretiskt snarare än praktiskt, formalistiskt snarare än materiellt, principiellt snarare än pragmatiskt, kontinentalt snarare än nordiskt – eller bara dåligt, snarare än bra: ”Buu, för begrepp!”, liksom. (Och det här är förstås en karikatyr, som i satiriserande syfte överdriver vissa karaktäristika för att framhäva dem.)¹⁰⁸ Men det här har jag redan åltat på annat

¹⁰⁵ Jfr O. Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2022 s. 209 ff., särskilt 211.

¹⁰⁶ Se, om topiskt tänkande och hur det kan operationaliseras i rättsliga ärenden, t.ex. O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 177 ff. med hänv., bl.a. om relationen mellan regler och topiker (s. 181 med not 665 och s. 183) och om topiker som hjälpmedel för kritisk utvärdering. Se även i not 55 ovan.

¹⁰⁷ Jfr dock O. Mossberg, Avtalets räckvidd I, not 1132. Härtill kan noteras att den veritabla myriad av komplicerade frågeställningar som aktualiseras av *verkningsproblematikerna i övrigt, i hög grad hänförs till andra begrepp* än till det allmänna rättshandlingsbegreppet. Detsamma kan nämligen brytas ned i ett antal mer avgränsade *speciella rättshandlingsbegrepp*, vilka då får samla regler om underkategorier av rättshandlingar. I vår samtida svenska rätt kommer dessa delvis sammanfalla med olika avtalstyper och avtalsfigurer (se om termerna O. Mossberg, a.a. s. 51 f. med hänv.). De sammanfaller dock ej helt (jfr t.ex. förekomsten av ensidiga rättshandlingar), men det finns kort sagt *speciella läror, som inom sin respektive domän kompletterar den allmänna rättshandlingsläran*. De är många, och de är delar av ett i sin helhet komplicerat system vilket det här bär för långt att gå in på, varför vi får nöja oss med dessa ganska intetsä-gande konstateranden.

¹⁰⁸ En kanske långsökt association, är den av Goodrich, Satirical Legal Studies, Michigan Law Review 2004 (vol. 103) s. 397 ff., på s. 428, omskrivna 1500-talsjuristen William Fulbeckes

håll.¹⁰⁹ Här är istället temat *begreppens funktion och hur en principiell, begreppslik orientering kan kommunicera med praktiken* och undgå att bli verklighetsfrämmande. (För det är klart att den kan bli det; se bara på *Mainstream Analytical Jurisprudence!*)

Gemensamt för rättshandlingsbegreppets olika delar (utöver kriterierna alltså även systematiken, och det som rör rättshandlingars verkningar) är nämligen, i likhet med de flesta rättsliga begrepp, att *vad som tillhandahålls, av de abstrakta teoretiska konstruktionerna, är medel för hantering av konkreta praktiska problem*.¹¹⁰ ("Juridik är en praktisk vetenskap!",¹¹¹ "The life of the law has not been logic, it has been experience!",¹¹² osv.) Begreppen ger, om man så vill, verktyg för diskurserande; för att språkligt legitimera maktutövning inom ett samhälleligt fält. Det finns förvisso en tradition av att ställa teori och praktik mot varandra, och att i legitimitetshänseende överordna praktiken.¹¹³ Men det finns knappast någon nödvändig motsättning mellan att bejaka ett teoretiskt

karikerande kritik av sina samtida Common Law-juristers fetlagda corpus: de levde, drömde och åt – vräkte i sig – rättens former; Fulbecke: "The book of *Littleton's Tenures* [en under lång tid ledande lärobok] is their breakfast, their boier, their supper and their rare banquet." Goodrich: "It is the body of lawyers that is derided, their juristic obesity is caricatured." – Man är vad man äter, och inmundigar man bara tjocka böcker blir man en tjockskalle. – Men, om då formalisterna (en inte ovanlig karaktärisering av 1500-talets Common Lawyers, med sina writs, osv.), belastades av en juridiskt-doktrinär övervikt, så kunde väl deras motsats bli de rent utmärglade pragmatisterna, som inte har något egentligt juridiskt matnyttigt att servera, och som försöker dölja sin rätts innehållslöshet genom att krydda den med spekulativa konsekvensargument! (Båda är naturligtvis nidsbilder. Man vill väl vara någonstans mellan ytterligheterna, med drag av dem båda... Så, en association på en association, då: Jfr H. Andersson, Forskartyper, de lege 2013 s. 9 ff., bl.a. s. 16 f. Se, vid behov, även t.ex. Jareborg, Gastronomiska undersökningar, de lege 2006, t.ex. §§ 29, 138 och 601, samt jfr allmänt s. 195 ff.)

¹⁰⁹ Se på temat även O. Mossberg, Den konstruktiva riktningen och "begreppsjurisprudensen", TfR 2022 s. 289 ff., jfr där särskilt 309 ff. med hänv. Jfr även J. Samuelsson, Åter till huset vid göta älv, de lege 2013 s. 141 ff.

¹¹⁰ Se mer ingående O. Mossberg i not 109 ovan a.st., med hänv.

¹¹¹ Källor på det? Det är väl en sedan länge inarbetad sanning? Se t.ex. M Sandström, i SvJT 2002 s. 290 och i JP 2017 s. 239; alternativt Modéer, i SvJT 1999 s. 403, eller J. Samuelsson, SvJT 2014 s. 695 f., som mycket riktigt kallar det *en truism, vilken som sådan inte behöver beläggas*. Den som vill ha en historisk källa kan dock/också/istället se Nordling, Om Romerske Rättens, Juridiska Encyklopediens och Rättshistoriens betydelse för Rättsstudiet: Föredrag vid inträdet i professuren i nämnda ämnen vid Uppsala universitet, Tidskrift för lagstiftning, lagskipping och förvaltning 1867 s. 699 ff., på s. 700.

¹¹² Utan att ha genomfört några som helst kvantitativa studier kan, med den självsäkerhet som anstår en man i nedre medelåldern, konstateras att detta med all sannolikhet är den mest överciterade frasen i amerikansk rättsvetenskap. Den härrör från en föreläsning hållen 1880 av deras kultfigur Oliver Wendell Holmes, som (av Schlag, *Laying down the law* s. 127) kallats: "Law's Nietzsche (who, like the original, has already said everything worth saying)."

¹¹³ Och denna tradition har haft direkt påverkan på diskussionen om rättshandlingsbegreppet, bl.a. i anledning av Grönfors avvaktande hållning till teoribildning; se därom J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 88 ff. med hänv. (till inte minst Grönfors själv, alltså, men Samuelsson samlar ihop och kommenterar det i ett sammanhang – därav sekundärkällehänvisningen).

intresse för begreppsutveckling och att behålla sin verklighetsförankring eller bidra till ett praktiskt rättsliv.¹¹⁴

Om de till begrepp ordnade hanteringsmedlen ska bli bra verktyg får de inte användas för hårdhänt. Fingertoppskänsla fordras, för såväl materialets som situationens och de däri uppkommande problemens egenart, eftersom man må anpassa tillämpningen därtill. Man bör, till exempel, inte hålla för hårt på utgivandekriteriet, förstått som ett krav på frivilligt och medvetet agerande i bemärkelsen handlande, när det problem man ställs inför rör om någon ska bli bunden på grund av sin passivitet. För om man gör det, så måste väl svaret i bundenhetsfrågan alltid bli negativt?¹¹⁵ Inte heller bör man hålla för hårt på något annat av kriterierna, när det saknas skäl att strikt upprätthålla dem, eller när deras strikta upprätthållande blir av ett eller annat skäl oönskvärt – exempelvis för att det föranleder materiellt sett diskutabla resultat, överdrivet krystade resonemang eller i övrigt alienerande argumentation. Det är när man gör det – när man håller för hårt på analytiken och förrirrar sig kring heuristiken – som man begår missgrepp, och hemfaller åt formalism av det dåliga slaget.

Följdenligt finns *strategier för att relativisera kraven*, för att tillämpa principerna plastiskt, eller elastiskt,¹¹⁶ samt alltså möjliggöra en pragmatisk situationsanpassad tillämpning av dem. En del termer här nedan är kanske nya, men det rör sig om strategier av ett slag de flesta jurister torde vara bekanta med, och borde vara bekväma med. Några strategier med viss generell gångbarhet är, för det första, parafraseringens: att underställa kriterierna *konstruktiv omformulering som preciserar deras innebörd*,¹¹⁷ på sätt som förskjuter eller förändrar den. Det är en mycket vanlig strategi, och det vanligaste sättet att legitimera sådana parafraseringar är nog att gestalta dem som ”tolkningar”.¹¹⁸ För det andra kan kriterierna hanteras som *huvudregler vilka har eller kan föreses med undantag*, när detta visar sig befogat.¹¹⁹ För det tredje kan kriteriernas krav hanteras som *relativa, graduella och situationsanpassade*, snarare än som absoluta, binära

¹¹⁴ Den däri underförstådda dikotomin förekommer förvisso frekvent, men är likafullt falsk.

¹¹⁵ Jfr dock vid not 103 ovan.

¹¹⁶ Det är kanske mest en fråga om vilken metafor man föredrar; att något är *plastiskt* medför att det vid påverkan av tillräcklig kraft omformas permanent, medan det som är *elastiskt* återfår sin ursprungliga form när den påverkande kraften upphör, och det finns nog skäl såväl för som emot båda metaforena.

¹¹⁷ Se om *parafrasis* som retoriskt grepp, O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 389, jfr s. 425 f., 433, 438 och 500. Konkreta parafraseringar kan förstås även uppfattas som destruktiva, eller åtminstone som mindre konstruktiva. T.ex. reagerar ju jag i not 45 ovan på en uppfattat missvisande omformulering av principen för vilka meddelanden som ska gå på adressatens risk, och se även vid not 168 ff. nedan.

¹¹⁸ Här används den mångtydiga tolkningstermen i den specifika bemärkelse den ges hos Schlag & Griffin, *How to do things with legal doctrine* s. 139 ff., men legitimeringsstrategin fungerar nog i regel bättre om man undertrycker att tolkningen innebär att tolkningsobjektet ersätts med något annat. Jfr O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 82.

¹¹⁹ Jfr... kanske H. Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten s. 263 ff., eller H. Andersson, Treparskonstellationer i skadeståndsrätten (hela bokens idé).

och universella.¹²⁰ Och här borde väl egentligen ”kan” stavas ”bör”, emedan ingen princip bör ges genomslag utanför sitt relevansområde. En del av poängen med principer är också just att medge viss plasticitet.¹²¹ Det är del av förklaringen till exempelvis obligationsrättskommitténs *tendens till implicitism i lagstiftningstekniken*, där endast undantagen regleras explicit och de principiella huvudreglerna förmedlas underförstått. (De vanliga exemplen är avtalslagens 32 § 1 st., som implicerar att förklaringsmisstag binder mot medkontrahent som inte bort inse misstaget, 34 §, som implicerar att skenrättshandlingar inte binder, samt 35 §, som implicerar att utgivande krävs.¹²²)¹²³

Det finns ytterligare andra strategier – en myriad – men avsikten är inte att här prestera någon uttömmande förteckning över *rättsliga argumentationsformer för att plastisera principer*. Sådana argumentationsmedel krävs, förvisso, för konstruktionernas ändamålsenliga användning; till undvikande av överdriven rigiditet och stel(bent)het måste de begreppsliga tankestrukturerna medge ett mått av elasticitet. Här nöjer vi oss dock med att erinra härom, samt med ett eller ett par ytterligare exempel i anslutning till respektive rättshandlingskriterium. Enligt följande:

- a) Vad gäller kravet på *vilja*, är väl den vanligen utnyttjade och mest effektiva strategin densamma som utnyttjats ovan: Att formulera kravets innebörd på ett konstruktivt sätt (parafras). Det finns två huvudsakliga varianter. För det första kan den relevanta viljan formuleras som ”*motpartens befogade intryck av föreliggande vilja*”. Detta signalerar en preferens för argument byggda på en mottagares perspektiv, och sådana formuleringar kan (även om det är missvisande) retoriskt understödjas genom åkallande av ”tillitsprincipen” och/eller ”32 § 1 st. AvtL”. För det andra kan den relevanta viljan – den vilja man söker/konstruerar – formuleras som ”den objektivt uttryckta viljan” eller det därmed likvärdiga alternativet ”*den i förklaringen nedlagda viljan*”. Detta signalerar en preferens för ”objektiva”, uttrycksorienterade topiker.¹²⁴ Båda

¹²⁰ Jfr t.ex. om kravet på rättshandlingskapacitet vid och i not 59 ovan.

¹²¹ Se vidare nedan, mot slutet.

¹²² Jfr dock i not 56 ovan, om att den principen också kommer till uttryck i 1 § och 10 § AvtL, samt är underförstådd på flera ställen i lagen.

¹²³ Av dessa de ”avsedda motsatssluten” är väl 32 § 1 st. det mest uppmärksammade (jfr t.ex. Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl. s. 218), men tekniken används återkommande, och den förklaring som ges i förarbetena (att man velat lämna en öppning för även andra undantag) låter sig nog generaliseras. (Se Förslag AvtL 1914 s. 140 f.: ”Att denna med tillitsteorien överensstämmande grundsats [dvs. huvudregeln om att löftesmottagare i befogad god tro kan lita på förklaringen] icke i den föreslagna lagtexten uttryckligen fastslagits, har huvudsakligen berott därav att det enligt kommitténs mening skulle vara obilligt att under alla förhållanden avskära möjligheten att taga hänsyn till ett misstag, om vilket mottagaren varken ägt eller bort äga kännedom.”)

¹²⁴ Jfr om *interpretationstopiker* O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 182, och för författarens *take* på vilja, s. 477 ff.

dessas sätt att artikulera kriteriets innebörd innebär konstruktiva omformuleringar, i relation till exempelvis sådana psykologistiska varianter som tematiserar en oåtkomlig ”inre” vilja, som väl dock normalt endast nämns som ett led i refutationer,¹²⁵ när något alternativt annat förespråkas som ett bättre tema eller mål för bedömningen. (”Viljan är oåtkomlig – alltså måste vi gå på tilliten/förklaringen!” / ”Båda viljan och tilliten är oåtkomliga, det är rent psykologiska fenomen – alltså måste vi gå på förklaringen/ordalydelsen/dispositiv rätt!”)¹²⁶ De nämnda två strategierna lär vara de mest etablerade, men ytterligare andra är tänkbara,¹²⁷ liksom förstås hela uppsättningar *stödjande argument för olika positioner*. Givet att positioner inte legitimerar sig själva fordras normalt också dylika argument, för att konkreta omformuleringar ska kunna bli övertygande.

- b) Vad gäller *uttryckskriteriet* uppnås en lämplig elastisering redan genom att den normalt medgivna *formfriheten* tillåter att bedömningen anpassas till varje situations egenart: Eftersom det erforderliga uttrycket inte behöver ha någon viss form kan, i princip, *vad som helst*, ”som låter sig förstås som ett uttryck för mänsklig kommunikation”, anses uppfylla kravet. Såvitt gäller att anse ett uttryck positivt föreligga medger alltså den för nordisk avtalsrätt

¹²⁵ Refutation härrör från latinets *refutatio* (ungefär: avvisning/vägran, jfr engelskans *refuse*). Som retorikterm är den kanske mest känd i anslutning till läran om talets delar, där den får utmärka en del av talet som tjänar till att avvisa eller förekomma motargument. Termen kan dock användas i en vidare bemärkelse, om argument som utmärks av att vara *contra* snarare än *pro* något, och även om argument mot något kan uppfattas som argument för dess binära motsats, så finns ett värde i att urskilja argument och topiker som främst är ”anti” något. Om inte annat bidrar det till formell analytisk precision och mer träffande argumentationsanalys. Jfr om refutations-topiker O. Mossberg, *Avtalets räckvidd* I s. 206 f., 214.

¹²⁶ *Den egentliga ”Theorienstreit”, där något faktiskt stod på spel, handlade om förklaringsmiss-tag* – som är ett specialfall, ett undantag – och inte om hur den relevanta viljan, i allmänhet, ska förstås; av naturliga skäl har i praktiken, alltid, och förstås, gällt att det är och måste vara den materialiserade, objektivt förklarade, till uttryck komma viljan som ligger till grund för bedömningen. Jfr vid och i not 28 ovan med hänv.

¹²⁷ Någon gång har viljekravet i doktrinen formulerats som att den handlande ska ha haft uppsåt (forsæt) att avge förklaringen (att utföra kroppsrörelsen/motsvarande), men inte nödvändigtvis också till att denna ska utlösa de rättsverkningar den medför (se Ravnkilde, *Passivitet* 2 uppl. s. 19 f., jfr Bryde Andersen, *Grundæggende aftalerett* s. 82 ff.; jfr f.ö. Unnersjö, *Kriterier för tillitsfullmakt*; JT 2022–23 s. 660 not 56: ”Poängen är att kommunikationen i sig ska vara medveten. Medvetenhet om vad som kommuniceras är inte lika viktigt.” och se även Udsen, *Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum*, TfR 2006 s. 107 f.). Synsättet synes parallellt med den distinktion enligt vilken man kan vara i villfarelse om antingen fakta, eller rätt, och som kan tänkas vara argumentativt fruktbar. (Tänkbart exempel: ”Villfarelse om vilka rättsverkningar förklaringen medför är normalt inte befriande, eftersom det är rättsvillfarelse.”) Det har ifrågasatts vad man vinner på att *tematisera vilja i uppsåtstermer* (jfr Bryde Andersen, a.st.), men jag kan tycka att det vore ett intressant forskningstema att undersöka hur det skulle bli om den avtalsrättsliga diskursen berikades med topiker hämtade från kriminalrättens uppsåtslära. (Tänk att under titeln ”Om vilja vore som uppsåt.” börja i typ Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder* 2 uppl. s. 269 ff., och bara se vad som händer.)

grundläggande antiformalismen att det aktuella principiella kriteriet tillämpas pragmatiskt i egentlig mening, det vill säga med vederbörliga hänsynstaganden till själva saken (*pragma*).

Att hålla isär de olika kriterierna tjänar till att differentiera mellan olika typer av frågor (den analytiskt-heuristiska funktionen).¹²⁸ Samtidigt kan kriterierna samspela med varandra, inte minst vad gäller plastiserande strategier. Uttryckskriteriet samspelar därmed, och bland annat, med innehållskriteriet. Samspelet ger utrymme att i omvänd, negativ riktning negligera ett presumtivt uttryck. Genom att från innehållskriteriet låna över krav på *klarhet och tydlighet*, och låta dem bli utslagsgivande, kan man nämligen underkänna ett betydelsebärande fenomen, på så vis att det anses inte uppfylla uttryckskriteriet, i här avsedd bemärkelse. (Det blir ett slags formalism, av det slag t.ex. Grönfors anammat, där vissa saker inte gills som viljeförklaringar.)¹²⁹ Enkelt uttryckt kan man alltså bortse från ett potentiellt ”uttryck” när det uppfattas som otydligt, osynligt, esoteriskt eller amorft.¹³⁰ (”Var det någon som sa något?”)

c) Även kravet på visst *innehåll* kan moduleras. Till att börja med balanseras det av möjligheten till *utfyllning* (även om en vid köpeavtal helt central fråga är priset, så måste detsamma inte vara uttryckligen stadgat, ehuru man kan repuliera på utfyllande regler som den i 45 § KöpL). Kravet kan även nyanseras och kalibreras, givet möjligheten att tillämpa *tolkningsregler* som anvisar hur en oklar kommunikation (in dubio) bör förstås, vilka vid behov kan uppställas särskilt för tillfället i fråga.¹³¹ (Jfr vad som nyss sagts om uttryckskriteriet.) Som framgått ovan innefattar innehållskravet inte blott ett krav på erforderlig specificering av vissa avtalsvillkor (*essentialia negotii* eller dylikt), utan

¹²⁸ Ja, ja: Här, som alltid, är det projiceringen av ett visst paradigmatiskt kontingent analytiskt raster som gör att det är (blir) olika frågor, snarare än fenomenen som sådana, eller sakens natur. Det finns inga teorioberoende tolkningar. Ingen *view from nowhere*. Osv. Så är det, ju, men det är inte poängen, nu.

¹²⁹ Se och jfr i not 5 och 88 ovan.

¹³⁰ Rättsfallet NJA 2013 s. 1190 kan möjligen vara ett exempel på en liknande strategi. Fallet är dock lite speciellt då strategin där utnyttjades för att medge uppställandet av en (ny) utfyllande regel, efter att en betalningsdestinering (en rättshandling) ansetts inte ha kommit tillräckligt tydligt till uttryck, och därmed negligierades (= ingen destinering ansågs ha skett), se därom O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 509 ff. med hänv.

¹³¹ Förhållandet mellan tolkningsregler och utfyllande rättsregler är förstås ingalunda oproblematiskt, eller okontroversiellt, men, med reservation för att det som alltid kan finnas gråzoner och gränsfall, kan konstateras att de resonemang där sådana förekommer får något olika form, varför de i vart fall formellt kan hållas isär. Vad som i brödtexten avses är uppställande av tolkningsregler i bemärkelsen rättsliga prioritetsregler (inte allmänna regler för hur tolkningen ska gå till, jfr därom t.ex. J. Samuelsson, Något om tolkning av försäkringsvillkor, SvJT 2014 s. 695 ff., bl.a. 715 ff. med hänv.). Jfr om uppställandet av sådana prioritetsregler t.ex. O. Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2022 s. 249 f., jfr s. 217 f., 220, 225.

även ett krav på att avtalet är av visst slag, nämligen ett som är hänförligt till förmögenhetsrätten. Även detta ”rättsområdeskrav” moduleras dock, genom möjligheten att (vid behov, när det är lämpligt, *mutatis mutandis*, och helt i linje med lagstiftarens intentioner) utsträcka de förmögenhetsrättsliga principernas tillämpning till också andra områden (varav väl främst familjerätten borde nämnas).¹³²

- d) Vad gäller *mottagandekriteriet* har vi redan, i anslutning till fall av avtalslut genom realhandlande, och då i synnerhet de så kallade parkeringsfallen, antytt ett par av de tekniker som kan utnyttjas.

För det första finns tekniken att *artikulera undantag*, enligt vilka mottagande i vissa fall helt enkelt inte krävs: avsändande räcker.¹³³ I de så kallade *parkeringsfallen* kan man så hävda att själva parkerandet utgör ett betydelsebärande tecken och en kommunicerande gärning, samt att detta ”meddelande” inte behöver nå P-bolaget, så som mottagare, därför att det för dessa fall finns skäl att göra undantag från huvudregelns mottagandekrav. För att vara trovärdiga bör nog undantagna fall gestaltas dels som väl avgränsade,¹³⁴ dels som att kravets

¹³² Jfr således Förslag AvtL 1914 s. 34, där frågan om lagens principers tillämplighet inom familjerätten avsiktligt och uttryckligen lämnas öppen, samt s. 66, där fullmaksreglerna, direkt efter att ”den offentliga rätten, familjerätten eller processrätten” nämnts, sägs ”kunna i stor utsträckning analogiskt tillämpas utanför sitt egentliga giltighetsområde”. Jfr angående familjerätten i och vid not 76 ovan.

¹³³ Det har sålunda föreslagits att man *för vissa fall av realhandlande, inklusive parkeringsfallen, kan göra undantag från mottagandekravet*, så att själva ”avsändandet” räcker (jfr om reklamationer vid not 42 ff. ovan): avtal ingås redan genom parkerandet, se B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* 3 uppl. s. 116 ff. och i not 87 ovan. Någon har föreslagit att man till stöd för sådana undantag kan åberopa vad som i Förslag AvtL 1914 s. 79 sägs om återkallelse av fullmakt: ”När, såsom i allmänhet är fallet, fullmaktsgivaren icke har sig bekant, med vilka personer fullmäktigen inlåtit sig eller kan komma att inlåta sig, dvs. icke vet till vem han skall vända sig för att återkalla fullmakten, kan man *icke rimligen för återkallelsens giltighet fordra, att de åtgärder, som i sådant syfte vidtagits, verkligen kommit till tredje mans kännedom; man måste nöja sig därmed att åtgärderna äro så beskaffade, att de äro ägnade att medföra en sådan verkan*.” Min kurs. utmärker den centrala passagen. Den synes dock erbjuda ganska bräckligt stöd för undantag från mottagandekravet (jfr f.ö. även s. 89), då det väl av sammanhanget framgår att det snarare handlar om till vem man ska vända sig, än om risken för meddelanden. Ytterligare potentiellt stöd finns på s. 94 (f.), men uttalandena där kan lika gärna förklaras av att återkallelsen ska ses som ett påbud (varför mottagarens kännedom ej krävs), vilket väl också styrks på s. 147 f.

¹³⁴ Gränserna mellan olika sätt att göra detta måste förstås bli flytande, men man kan tänka sig, i vart fall, (I) *allmänna instruktioner om återhållsamhet i tillämpningen*. Man kan t.ex. tala om särskilda och särpräglade fall, men redan att tala om ”undantagsfall” anvisar ju en viss snävhets i tillämpningen, eftersom de undantagna fallen tenderar att uppfattas som på något vis avvikande. Man kan även (II) *artikulera kriterierna för undantagens tillämplighet relativt fullödigt*, och anamma ett slags regulatorisk detaljorientering (på engelska har man talat om snäva ”rules” snarare än generella ”standards”, jfr t.ex. i not 178 nedan, eller Schlag, *Rules and standards*, *UCLA Law Review* 1985 (vol. 33) s. 379 ff.). Då kan man även kanalisera sin detaljorientering på sätt som klingar snävt hellre än generellt (jfr Mossberg, *Avtalets räckvidd* I

upprätthållande där inte fyller någon rimlig funktion, eller rent av blir kontra-produktivt, exempelvis därför att det leder till ”alltför krystade resonemang” eller förhindrar en uppfattat lämplig rättsföljds inträde (t.ex. P-bot). *Undantagstekniken kan beskrivas som formell och systemvårdande*. Istället för att kasta ut befintliga strukturer och börja om på nytt bevarar man dem, till den antaget större del som inte kommer att omfattas av något undantag. (Det här får jag förresten för mig att HD kunde bli bättre på: Är problemet av karaktären ”stackars Greta”, dvs. att regeln slår omotiverat hårt i något enskilt fall, eller för den delen det omvända ”tursamme Torgny”, där den omvänt inte slår hårt nog, så kan med fördel detta fall undantas, genom att det för detsamma artikuleras en specialregel eller ett undantag – istället för att huvudregeln ska skrivas om, i anledning av och anslutning till ett sådant enskilt prejudikatfall som sällan är särskilt väl ägnat för den typen av mer allmänna övningar.)

För det andra finns en alternativ, mer subtil plastiseringsstrategi: att formellt hålla på huvudregeln och ge sitt resonemang formen av en *rak tillämpning av en existerande princip*. Även här kan parkeringsfallen illustrera, varvid det som tillämpas är tillhanda-kravet. När bilen väl parkerat, säger man, blir dess eventuella upptäckt helt avhängig parkeringsbolaget, och hur det valt att utforma sina kontrollrutiner, varpå detta förhållande tas till intäkt för att parkeringsfallet, i princip, är helt analogt med skolboksexemplet, där en påbudsrättshandlings mottagare inte ska kunna undgå rättsverkningar genom att strunta i att öppna posten, varför det inte ska utesluta avtalsverkan att parkerandet inte kommit till P-bolagets kännedom.¹³⁵ Till skillnad från undantagsstrategin, som ju introdu-

s. 443 f.). Man kan förstås även (III) *uppställa diverse kvalificerande rekvisit*. (Eventuellt för att sedan försöka justera deras tillämpning: Exempelvis gäller det för reklamationer tillämpliga undantaget från mottagandekriteriet endast under den kvalificerande förutsättningen att meddelandet är *ändamålsenligt avsänt* – vilket i Almén & Eklunds klassiska tolkning från Köp och byte 4 uppl. s. 805 (i 3 uppl., Senare delen s. 259 f.), anförs innebära att den som valt att skicka en reklamation med stadsbud inte valt ett ändamålsenligt sätt, medan däremot den som valt Posten gjort det – vilket i SOU 1996:40 i utsträckande anda omtolkas, som att det inte utgör ett ändamålsenligt avsändande att sända reklamationen med egna anställda.) Det finns väl heller inget som hindrar att man (IV) *manar till sträng tillämpning av sådana kvalificerande rekvisit*. Och allt detta (I–IV) är förstås sådant som kan utnyttjas också av sakkörare som vill förfäktas nyhetsvärldiga undantag till gynnande av den egna saken.

¹³⁵ Ser man parkerandet som uttryck för en rättshandling vilken kommit mottagaren till handa (jfr B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* 3 uppl. s. 117, samt vid not 83 ff. och i not 87 ovan), så skulle detta visserligen inte räcka för att göra rättshandlandet oåterkalleligt; slutlig bundenhet inträder ju först när parkeringsupplåtaren *får kännedom* om parkerandet (jfr 7 § AvtL). Man kan visserligen också tänka sig att föraren under någon tid kan återkalla sin rättshandling, genom att köra därifrån (“Oj, här får man ju inte stå!”), men det är inte oförenligt med avtalslagen (vars 1 kap. ändå bara är direkt tillämpligt på anbud och svar å sådana, och även då medger bl.a. sedvanegrundade avsteg). Återkallelse måste väl dock rimligen vara utesluten när tjänsten väl ianspråktagits (genom att parkera snarare än endast stanna, kunde man kanske säga, mot bakgrund av vissa trafikregler), jfr Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, *Avtalsrätt I* 4 uppl. s. 64. *Ifall böter har utdelats* kan man nog också utan vidare anse parkerandet kommit till par-

cerar undantag, innebär tillämpningsstrategin formellt sett ingen ändring på regelplanet: här gäller regulatorisk status quo eftersom man med resonemangsformen bara applicerar en redan befintlig princip på situationen. (Det sagda gäller formellt; en stilriktig realistisk analys skulle nog ofrånkomligen landa i att det ”i realiteten rör sig om ett undantag”).¹³⁶

Tillämpningsstrategin kan dock analyseras som att den är beroende av analogargumentation då den innebär att ett prima facie oklart fall (parkeringsfallet) ska avgöras genom att jämföras och likställas med ett klart fall (skolboksexemplet). Jämförelse är förvisso ett av juridikens vanligaste verktyg; att ”lika fall ska behandlas lika” är juridikens kanske mest grundläggande axiom, och likhet/skillnad är ett fundament för all rättslig argumentation.¹³⁷ Icke desto mindre synes uppmärksammandet av den här aktuella tillämpningsstrategins analogiska dimension antyda de såväl givna som potentiellt starkaste motargumenten mot strategin: Att peka ut skillnader, för att delegitimera det likhetsimplicerande likställande varpå likabehandlingen av fallen vilar. Den raka tillämpningen av den befintliga regeln utmålas då som illegitim, och den lika regeln hävdas inte böra tillämpas på det olika fallet. (Vulgariserad version: ”Det är väl inte alls samma sak, att P-lisan råkar utebli, som att man vägrar läsa posten?”)

- e) Vad gäller det så kallade *intryckskriteriet* ska här erinras om den hållning som intagits ovan: Det finns inget sådant krav,¹³⁸ så som ett självständigt rättshandlingskriterium; det är inte ett krav, i en serie kumulativa sådana, att mottagaren har ett ”faktiskt intryck”, av att någon vill förplikta sig – det som finns är undantagsregler, enligt vilka någons onda tro om vissa omständigheter, eventuellt i kombination med också andra faktorer, kan föranleda den förklarandes obundenhet till en viljeförklarings uttryckta innehåll, alternativt densammas ogiltighet eller overksamhet. Därmed är visserligen inte sagt att sakförare inte i praktiken kan profitera på en spridd uppfattning om förhandenvaron av ett intryckskrav. Det är dock endast en instans av ett mer frekvent förekommande fenomen, i form av den faktiska möjligheten att profitera

keringsbolagets kännedom, då en bötesutdelande P-vakt i alla bötesfall torde ha noterat bilens uppställande och därvid kan betraktas som en i detta avseende passivt behörig mellanman (jfr 26 § AvtL; vaken är ju behörig att utfärda boten).

¹³⁶ Också realismen karaktäriseras av sina typiska former: dess estetiska uttryck tenderar att premiera materiella konsekvenser och synliggörande av ”vad som står på spel”. Realismen präglas av regelskepsis och antiformalism, och det vore realistiskt att analysera tillämpningsstrategin med hjälp av *substance over form*-troper, för att därmed kunna konstatera att det ”i realiteten” – när man väl genomskådat formen – inte är någon skillnad mellan undantags- och tillämpningsstrategin. Det är förstås i sig korrekt, för om skillnaden är formell så finns det ju ingen skillnad kvar när man bortser från formen. (Jfr färgblindhet.)

¹³⁷ Ätminstone har förevarande författare sagt det, se O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 564 och 806, även om densamme därmed knappast var först eller sa något särskilt nyhetsvärdigt.

¹³⁸ Det här är nog inte en okontroversiell ståndpunkt. Jag har själv brottats med slutsatsen. Men inte kunnat undvika den.

på andras missförstånd. (Och här illustreras förresten ytterligare en form av plastiseringsstrategi: den mer radikala *avvisningens strategi*, där man förnekar förhandenvaron av ett kriterium, eller argumenterar emot detsamma, och därigenom verkar för en annan hanteringsform för de fall den avvisade principen tänkts täcka.)

- f) Vad gäller *utgivandekriteriet* har den stora frågan varit om avsaknad av medvetet agerande kan kompenseras av ett *culpöst* agerande, på så vis att detta skulle anses motsvara (räknas som, vara likvärdigt med) ett avgivande, och om man därmed, undantagsvis, kan anse att också ett culpöst framkallande av motpartens goda tro (om bindningsvilja) räcker, för att den culpösa parten ska bli rättshandlingsbunden.¹³⁹ Enligt härskande lära ska svaret vara nekande: *medvetet agerande krävs*. Detta krav har dock kritiserats,¹⁴⁰ och det är inte

¹³⁹ Se i not 140 f. nedan, men här har jag även debatten om ”en culparegel vid avtalstolkning” i åtanke, som delvis tangerar detta tema, även om debattens primära föremål är culpans betydelse för tolkningen. Se Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa, SvJT 1959 s. 497 ff.; Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal, SvJT 1960 s. 321 ff.; (en ovanligt giftig) Karlgren, Kutym och rättsregel s. 32 f. not 4; Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning, SvJT 1960 s. 420 ff. Jfr på tolkningstemat även bl.a. Fohlin, Avtalstolkning s. 81 ff. och B. Lehrberg, Avtalstolkning 9 uppl. s. 84 ff. med vidare hänv.

¹⁴⁰ Se om/för kritiken t.ex. Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 272 med hänv. till Karlgrens kritik (i Avtalsrättsliga spörsmål 2 uppl. s. 33, jfr även Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 84 ff.), mot ”de[n] ohöjlt viljeteoretiska rättsats” han ansåg det innebära att strikt upprätthålla kravet. I ljust av NJA 1945 s. 193 fann han det dock svårt att avvika från det. Se även B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl. s. 110 ff. och jfr Ussing, Aftaler 3 uppl. s. 40, samt Ingvarsson, Rättshandlingars utgivande, Fs Dotevall s. 324 f., för kontext. En god diskussion av frågan finns hos Udsen, varom i not 141 nedan. Se även i och vid not 56 ovan med referenser, och inte minst, givet att det som här antas kan tillskrivas relevans också för utgivandekriteriet, NJA 2014 s. 684, p. 20: ”Att huvudmannen kan beskyllas för oaktsamhet i förhållande till en tredje man i en tveksam behörighetssituation är i regel inte tillräckligt för att huvudmannen ska bli bunden.” I den följande p. 21 ges en abrovink, vilken väl senare också avsetts att bekräftas, genom NJA 2021 s. 1071, p. 24, där beskrivningen dock inte överensstämmer med den i 2014 års fall, och där HD synes ta sikte på ett fall som rimligen inte kan förekomma, jfr J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 97 f. En tentativt mer bejakande hållning finns dock hos Unnersjö, Kriterier för tillitsfullmakt, JT 2022–23 s. 661 f. Både Samuelsson och Unnersjö uttrycker sig försiktigt, och anför diplomatiskt att fallet kan tolkas på flera olika sätt. För egen del uppfattar jag nog dock skrivningen i NJA 2021 s. 1017 p. 24 som ganska entydigt obegriplig. 2014 års fall då. Där sägs att huvudmannen kan ”*undgå bundenhet genom att exculpera sig*” (min kurs.), i fall då han till ”exempel [...] inser att han har föranlett omständigheter som skulle kunna ge någon för honom okänd tredje man anledning att hysa befogad tillit i behörighetshänseende. Om huvudmannen förmår att visa att han saknade möjligheter att förhindra att en missförståndssituation uppkom, så bör han i regel undgå att bli avtalsbunden”. Rättsskällemässigt byggs resonemanget främst på 19 § AvtL, varom HD noterar: ”(märk att utgångspunkten i 19 § avtalslagen är att den tredje mannen är känd)”, vilket ju stämmer. Viktigare är dock att *utgångspunkten för 19 § AvtL är att huvudmannen tidigare har meddelat fullmakt*, dvs. företagit en rättshandling, och sedan misslyckats med att neutralisera det behörighetsintryck denna är ägnad att inge. Den närmast till hands liggande förklaringen till regeln synes också vara att det finns *en kvardröjande rest av huvudmannens viljeförklaring, som inger tredjemannen god tro om behörighet*. Huvudmannens ”culpa” är då, på sin höjd, ett supplerande

helt otänkbart att utgivandekriteriet kan elastiseras, särskilt om man differentierar mellan olika fall och ramar in resonemangen i intresseavvägnings-termer.¹⁴¹ Utvecklingar är alltså tänkbara. God form bjuder dock att denna iakttagelse förses med ett caveat: Den som förespråkar sådana utvecklingar må beakta risken för oförutsedda följdverkningar,¹⁴² plastisering av medvetenhetskravet utmanar den traditionella princip som varit definierande för

skäl. Jfr dock J. Samuelssons rekoncilerande läsning, i a.a. s. 94 ff., men se Förslag AvtL 1914 s. 95 f. HD:s resonemang synes därmed (också i 2014 års fall) långtgående.

¹⁴¹ Sådana inramningar kan bidra till att vinna problemformuleringsprivilegiet, på så vis att man kan *förfäktat undantag från en utgivandekravets förmenta huvudregel*, istället för bara ”dess regel”. Jfr O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 26 not 51 med hänv. En bra illustration finns hos danske Udsen, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum, TfR 2006 s. 104 ff., som bl.a. berör *det särskilda culpafallet misstagsutgivande*. Han behandlar till att börja med fall där någon själv av misstag utgivit sin rättshandling (”Hoppsan, där åkte det i brevlådan!”). I detta fall av eget misstag är Udsen benägen att låta misstaget gå ut över den handlande själv, hellre än en godtroende medkontrahent, och förespråkar därmed bundenhet för misstagsutgivaren (s. 124). Han berör även (s. 124 ff.) fall där *tredjeman oberättigat utgivit en skriftlig handling* (det måste röra sig om ett beständigt medium som är externt i förhållande till ”avgivaren” för att problemet ska kunna aktualiseras, se a.a. s. 124). Danska 35 § AftL skiljer sig något från dess svenska motsvarighet, och danska lagstiftaren uttryckte sig i motiven mindre kategoriskt än den svenska. Den skriftliga viljeförklaring som ”uden [Udstederens] Vilje frakommer ham og af en uvedkommende bringes til den, som den efter sit Indhold er rettet til, er den i *Almindelighed* uforbindende for Udstederen, selv om Modtageren er i god tro” (Udkast til Lov om Aftaler og andre retshandler på Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger 1914 s. 80, min kurs.; jfr Förslag AvtL 1914 s. 145 f. där någon motsvarande ”i allmänhet”-brasklapp helt saknas, jfr i not 56 ovan). Udsen hänvisar här till, tar fasta på den möjlighet till undantag ”i Almindelighed”-skrivningen ger, och gestaltar sedan frågan som omstridd. Specifikt, genom att ställa å ena sidan Stangs uppfattning om norsk rätt mot å andra sidan Karlghens kritik, Jørgensens och Bryde Andersens uttalanden om innehållet i dansk rätt jämte Arnholms och Hovs i förhållande till Stang motsatta uppfattning om norsk rätt. (Därtill nämns Ussing, som någonstans i mitten.) På den vägen kommer Udsen fram till att bundenhet borde föreligga även i detta senare tredjemansfall. Han sammanfattar generellt: ”I det tilfælde hvor løfteerklæringen kommer til modtagerens kendskab, uagtet løftegiveren ikke har vilje til at afgive den udfærdigede erklæring, synes det rigtigt, og fast antaget i teorien [näja...], at lade løftegiveren hæfte, når han ved uagtsomhed har forårsaget at erklæringen er kommet til løftemodtagerens kendskab.” *För svensk rätts del kan för misstagsutgivandefallen diskuteras vad som borde gälla de lege ferenda*. Som sägs i brödtexen framstår undantag efter norska och danska linjer (om man exkluderar Stang, och delvis även Ussing) inte som teoretiskt otänkbare. (Se om förhållandet till norsk och dansk rätt även Ingvarsson, Rättshandlingars utgivande, Fs Dotevall s. 319 ff. med hänv.) Enligt ovan får dock *de lege lata anses gälla att misstagsavgivaren är obunden*, i de fall Udsen berör, *just i anledning av att medvetet avgivande saknas*. (Enligt nedan är detta också i grova drag konsekvent med principerna från tillitsfullmaktsfallen, även om de nog ger öppningar, på marginalen.)

¹⁴² Det här kan beskrivas som en variant av figuren *ominatio*, i form av *Pandoras ask-argumentet* som är ett standardargument (eller en trop) vilket kan andras mot de flesta nya utvecklingar med principiell betydelse. Jfr härom, och om det argumentationsteoretiska fenomenet inertia, O. Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 676 ff. med hänv.

gränsen mellan inom- och utomkontrakt,¹⁴³ och som är tilltalande symmetrisk i det att den innebär att någon som är ”endast culpös” blir ålagd ”endast skadeståndsskyldighet”, snarare än avtalsverkan.¹⁴⁴

Elefanten i rummet är dock den *tillitsfullmaktskonstruktion* HD lanserat,¹⁴⁵ och om den kan utnyttjas för att justera utgivandekravet. (Elefanten synes mig potentiellt principiellt betydelsefull, och aktuell, men vi tar det ändå petit, då det delvis innebär utsvävning.) I abstrakta termer kan konstruktionen sägas ta sikte på ”samma” problem som rättshandlingsläran: Någon har gjort något, som ingivit någon annan en föreställning om att den första vill något, och frågan är nu om detta ska föranleda rättsföljder. Till besvarande av denna fråga tillhandahåller tillitsfullmaktskonstruktionen – just som rättshandlingsläran – en serie kumulativa krav,¹⁴⁶ och *konstruktionens motsvarighet till utgivandekravet är härrörandekravet*.¹⁴⁷ Båda dessa krav tar sikte på om den potentiellt bundne har ”gjort något”: dessförutan behöver han inte svara för följderna; är det någon annan som agerat, så blir huvudmannen inte bunden, inte ens om han känt till att en tredje man hyser befogad tillit till en uppgiven mellanmans behörighet.¹⁴⁸

Det finns alltså likheter mellan ”utgivande” och ”härrörande”. Det finns dock även skillnader. Även om kraven i något slags djupare mening tar sikte på ”samma” kommunikationsproblem,¹⁴⁹ så innebär härrörandekravet på det språkliga ytplanet en *reartikulation av den narrativa tematiken*:

¹⁴³ För att motverka detta slags status quo-argumentation kan man tänka sig att gestalta redan pågående utvecklingar och en förespråkad nyordning som konsekvent med dessa. Söker någon underlag för ett sådant *tendentiöst utvecklingsnarrativ* (en teknisk term, inte en värdering) så finns en del att finna via t.ex. inventeringen hos H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s. 222 f. med hänv.

¹⁴⁴ Se sålunda NJA 2014 s. 684, p. 20, där HD mycket riktigt finner att *för culpafallen är det skadestånd som ligger närmast till hands*. HD kan i åtanke antas ha haft allmänna principer om culpa in contrahendo jämte tillitsskadeståndsfallen, se därom NJA 2015 s. 899 p. 34 med hänv., och t.ex. H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s. 220 ff. med hänv.

¹⁴⁵ Se därom i not 56 och 94 ovan.

¹⁴⁶ Se därom ovan, samt t.ex. J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 11 ff. (och passim) och Unnersjö, Kriterier för tillitsfullmakt, JT 2022–23 s. 647 ff. Jfr även bl.a. Wännström, En fullmaktslära i förändring – reflektioner kring NJA 2014 s. 684, SvJT 2019 s. 8 ff.; Rødvei Aagaard, Låneavtalet med Svea Ekonomi, SvJT 2023 s. 541 ff.; Stridsberg, Tillitsfullmakter – ett nytt klargörande om befogad tillit som behörighetsgrund, JT 2014–15 s. 619 ff. samt hänv. i not 160 nedan.

¹⁴⁷ Det är enligt ovan skälet till att se härrörandekravet som en *principiell* bekräftelse av utgivandekravet som sådant (se not 56 och 94).

¹⁴⁸ Huvudmannens dolus är alltså inte ensamt avgörande, även om den kan ha betydelse inom ramen för tolkningen. Som nämnts ovan rör de paradigmatiska problemfallen då *någon annan än huvudmannen agerat* (jfr om Udsen i not 141 ovan), vilket också illustreras i NJA 2014 s. 684 (p. 18): ”Härrörandekravet innebär till en början att omständigheterna i fråga ska ha en tydlig koppling till huvudmannen. Om någon i förhållande till huvudmannen helt utomstående har gett en tredje man anledning att tro att han företräder huvudmannen, så kan detta oberoende av huvudmannens vetskap om handlingen i regel inte föranleda att huvudmannen blir avtalsbunden [...]” (Jfr även p. 29: ”Vid sidan om [mellanmannen]s eget agerande hade det inte inträffat något som medförde att [tredjeman] hade fått skäl att tro att [mellanmannen] hade erforderlig behörighet.” (Jfr utgivandekravet och läran om falsus procurator.)

¹⁴⁹ Beskrivningen kan förstås ifrågasättas, men tänk så här: Om utgivandekriteriet och härrörandekravet hade varit del av olika rättsordningar, så hade väl knappast funktionellt orienterade komparatister (i Kötz anda) haft några problem med att beakta kraven inom en och samma komparation, och givet den funktionalistiska standardanalysen hade väl det inledande drag som fått motivera detta varit att säga att *kraven har samma funktion*?

en inbjudan till andra berättelser. Även om det fortfarande kan ses som ett krav på att någon gjort något, så beskrivs det erforderliga görandet i andra termer. Det behövs inte mycket semiotik för att se nyansskillnader mellan att "någon utgivit något" och att "omständigheter härrör från någon". Skillnaderna illustreras redan av ett helt rudimentärt kommutationstest, där man testar att substituera uttryck mot andra, och här alltså kravens uttryck mot varandra.¹⁵⁰ 'Utgivande' har konnotationer av agerande, och aktivitet; givandet är ett görande, som medför att något lämnar – förs ut ur – ens kontrollsfär.¹⁵¹ "Härröra" betyder väl mer (bara) att något kommer från, eller av, något annat: barnet härrör från föräldrarna; förvirringen av språket; verkan av orsaken, osv. Härrörandekravet innebär, potentiellt (det är som alltid en fråga om tolkning av källorna, och få tolkningar förblir definitiva), något annat än utgivandekravet. Och poängen är alltså att detta kan tänkas medge elastisering: Man kan, ungefär som här, etablera kopplingen mellan utgivande- och härrörandekriteriet, för att kunna se det förra i ljuset av det senare ("De tar sikte på samma problem, och i NJA bla ansåg HD att [X] räckte"), eller låta det ena substitueras med det andra ("Vad det egentligen handlar om..." / "Numer gäller..."), inom ramen för resonemang ägnade att justera utgivandekravets innebörd.¹⁵²

Det i föregående stycke sagda kan, om man vill, byggas på bara det första fallet i tillitsfullmaktsserien.¹⁵³ Även HD:s utveckling av kravet ger dock öppningar. Som HD senare beskrivit det består härrörandekravet av ett antal delkrav.¹⁵⁴ Till att börja med, har det genom omskrivning preciserats som att "omständigheterna" som grundar tredjemans befogade tillit (till agentens behörighet) måste kunna "knytas till huvudmannen" och ha en "tydlig koppling till huvudmannen".¹⁵⁵ Det ligger nära till hands att läsa det senare som ett krav på kausalkoppling, dvs. ett krav på att den presumtvt bundne kauserat de godtrosskapande omständigheterna.¹⁵⁶ Möjligen kan dock även andra typer av kopplingar än orsak-verkan tänkas relevanta, åtminstone som supplerande argument. Språkligt handlar det väl mest om att kunna prestera *anknytnings- och sambandsskapande argument* inom ramen för beslutslegitimerande retorik. Fenomen kan vara åtskilda, förbundna eller förenade, och när det som här handlar om att gestalta dem som förbundna kan tänkbara topiker vara också, bl.a., tidslig och rumslig närhet, funktionella och/eller ekonomiska samband, samt relationer

¹⁵⁰ *Kommutationstest* (av latin *commutatio*: 'förändring', 'ombyte', 'utväxling') är ett metodverktyg från den strukturalistiska och semiotiska språkvetenskapen (av σημειωτικός, *sēmeiōtikós*, ungefär: uppmärksam på tecken; av σημείον, *sēmeion*, ungefär: tecken). Förenklat går det ut på att man byter ut ett tecken (oftast ett ord eller en del av en bild) mot ett annat, för att iakta skillnader i betydelse, samt därmed även betydelsen hos såväl det utbytta tecknet som det vartill man bytt. För en ingång till semiotik och strukturalistisk analys samt hur de kan operationaliseras rättsvetenskapligt, se t.ex. H. Andersson, Barthesianska meditationer s. 71 ff.

¹⁵¹ Jfr i not 56 ovan, samt hur 35 § talar om att handlingar "kommit ur hans besittning" och hur resultatet av ett utgivande väl rent språkligt är en *utgift*, ett ord vars ekonomiska betydelse illustrerar hur utgivande innebär att något förs undan, från ett subjekt, ut i omgivningen.

¹⁵² I princip gäller det väl dock även omvänt, såtillvida att man kan låta dem belysa eller ersätta varandra också för att justera härrörandekravets innebörd.

¹⁵³ Se sålunda NJA 2013 s. 659, p. 13.

¹⁵⁴ I NJA 2014 s. 684, skrivs p. 17–21 under rubriken "Närmare om kraven hänförliga till huvudmannen (härrörandekravet)" (mina understrykningar). Stycket om kopplingskravet inleds "Härrörandekravet innebär till en början" (p. 18), varefter resonemanget om medvetandekravet inleds "Ett ytterligare krav" (p. 19).

¹⁵⁵ Se NJA 2014 s. 684, p. 17 och 18 (mina kurs.) varifrån citeras i not 148 ovan.

¹⁵⁶ Jfr HD:s "möjlig[a] exempel" i NJA 2014 s. 684 p. 21: "huvudmannen inser att han *har föranlett* omständigheter som skulle kunna ge någon för honom okänd tredje man anledning att hysa befogad tillit i behörighetshänseende." (min kurs.)

och relationsmässiga kopplingar (varvid allt som drar mot identitet och samband snarare än särart och separation kan tänkas bidra till att gestalta en relevant koppling).¹⁵⁷

I tillägg till kopplingskravet har HD betonat att huvudmannen måste ”haft erforderlig insikt om att omständigheterna skulle kunna föranleda en tredje man att hysa befogad tillit i behörighetshänseende”.¹⁵⁸ I ljust av 19 § AvtL (som talar om ”särskild anledning att befara”) har domstolen också funnit att det rör sig om ”ett tämligen högt ställt krav på insikt”.¹⁵⁹ Det finns därmed fortsatt, *även enligt tillitsfullmaktskonstruktionen, ett krav på medvetenhet hos den handlande*. Det låter sig dock ifrågasättas om detta krav är detsamma som traditionellt antagits gälla enligt rättshandlingsbegreppets utgivandekriterium.¹⁶⁰ HD:s skrivningar i olika fall ger nämligen utrymme att tolka det som ett såväl högre som lägre och i vart fall annorlunda krav.¹⁶¹ I den också

¹⁵⁷ Spekulerar jag, alltså, med topiktänkande i bakhuvudet. Ytterst handlar ju också fullmaktsrätten om att någon ska svara för någon annan, för vad den gjort eller vetat, och möjligen ligger det i förlängningen av HD:s synsätt att det kan finnas relevanta identifikationsargument, då sådana argument torde kunna bidra till att retoriskt legitimera ansvar för annan genom att luckra upp separationen mellan olika subjekt. Om detta stämmer kan dock ifrågasättas om man inte börjat lämna fullmaktens domän. Fullmaktsläran bygger på ett kommunikationsparadigm, där man svarar för att ha kommunicerat att fullmäktigen är behörig. Att svara för annan på grund av identifikation bygger på ett enhetsparadigm, där det ansvarsådragande subjektets agerande tillskrivs ansvarsbäraren på grund av att agenten räknas till enheten, som del därav (jfr t.ex. den associationsrättsliga organteorin, i gammal tappning).

¹⁵⁸ Se NJA 2014 s. 684 p. 19.

¹⁵⁹ Se NJA 2014 s. 684 p. 19, som avslutas med det oförbindande supplerande argumentet: ”Jämför också 6 § andra stycket avtalslagen angående s.k. oren accept.” Lagrummet stipulerar måste-insikt som det relevant kravet.

¹⁶⁰ Se därom i not 56 ovan med källor. Se även, för kritik mot det insiktskrav härrörandekriteriet genom NJA 2014 s. 684 tillfogades, Håstad, Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag med mera, Aftaleloven 100 år s. 165 ff., på s. 185 f.; O. Svensson, Viljeförklaring och tillitsfullmakt, JT 2015–16 s. 347 ff.; Lundberg, Ytterligare om tillitsfullmakt, JT 2015–16 s. 735 ff., på s. 737 ff.; Håstad, Befogad och obefogad tillit i fullmaktsläran, SvJT 2020 s. 323 ff., särskilt 329 ff., samt i not 163 nedan.

¹⁶¹ En resonemangsteoretisk reflektion, är att man, för att så att säga rädda rättens enhet, *vid iakttagelse av hotande motsättningar i rättsmaterialet kan reagera på två direkt motsatta sätt* (jfr O. Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2022 s. 208): Antingen eftersträvar man *rekoncilierande läsningar* som minskar eller upplöser motsättningen, t.ex. genom att artikulera en inskränkning eller distinktion som innebär att de källor som tycks peka i olika riktningar ”i själva verket” rör olika saker. Eller så fäster man sig vid och *betonar motsättningen* och hanterar det därigenom uppkomna problemet genom att tillgripa någon prioritetsprincip för hur sådana motsättningar ska hanteras, t.ex. med hänvisning till rättsskälhierarkiska principer eller tidsprioritet. När diskussionerna om tillitsfullmaktssfallen ofta varit kritiska, särskilt såvitt gäller ”insiktskravet” (se bl.a. referenserna i not 160 och 163), så har detta i regel byggt på just iakttagelse av hotande motsättningar mellan fallen och annat material. (T.ex.: ”Hur går detta ihop med tillitsprincipen?”) Rättsvetenskapen har därvid generellt tenderat mot kollision, hellre än rekconciliation. Sedan har dock strategierna varierat. Vissa har föredragit tidsprioritet (”senast avgjort fall gäller, så vi får väl rätta oss efter tillitsfullmaktsskötet”) medan andra föredragit hierarkiprinciper (”fallen står i strid med AvtL/de principer på vilka lagen bygger, så vi bör bortse från fallen/minimera deras skadeverkningar”). Dessa olika reaktioner leder logiskt till olika resultat, för det förfäktade innehållet i gällande rätt: Antingen blir det tillitsfullmakt, eller så blir det avtalslagens principer. Det kunde dock finnas utrymme att uppehålla sig något mer vid frågan om motsättningen kan upplösas. Det gäller inte alla, men när vissa betonat motsättningar, så har detta ofta byggt på en ganska underutvecklad arti-

för ondTROSregler aktuella ”vem, vad, när och hur”-analytikens termer kan fallen läsas som att de innebär inte bara olika ”hur” – det vill säga tröskelvärden för relevansen av ond tro –¹⁶² utan även olika ”vad”, eller specifikt ”om vad”, det vill säga ondTROSobjekt.¹⁶³

Möjligen finns dock, eller också, i kritisk och framåtblickande anda, utrymme att ifrågasätta HD:s nya konstruktion. Vad ”tillitsfullmakten” handlade om var väl inte så mycket att åstadkomma ett radikalt förändrat rättsläge, där fullmaktsverkningar skulle aktualiseras i fler och andra fall än tidigare. Ambitionen lär snarare ha varit att ge *en ny förklaringsmodell*, som skulle omfatta väsentligen samma fall som tidigare,¹⁶⁴ men förklara verkningarnas inträde på ett mer klagörande sätt.¹⁶⁵ (En sådan ambition förklarar ju också likheterna mellan ”fullmakt-som-rättshandling” och ”tillitsfullmakten”.) För så vitt så är fallet, så synes dock vidareutvecklingen av härrörandekriteriet

kulation av de principer (främst ”tillitsprincipen”) med vilka fallen står i strid: man har sällan särskilt ingående (eller alls) diskuterat principernas underlag, innehåll, räckvidd eller möjliga undantag (jfr i bl.a. not 126 ovan). Detta är möjligen anmärkningsvärt, med tanke på att det rör sig om just principer, och med hänsyn till obligationsrättskommitténs hållning (till exempelvis tillitsprincipen, se i not 123 ovan). Och även om man tar fasta på motsättningarna så finns det nog utrymme att ytterligare diskutera varför valet borde falla på den prioritetsprincip man väljer (t.ex. tid/hierarki); det rör sig här inte om en abstrakt metafråga, utan om något som blir direkt avgörande för vad man kommer att förespråka som gällande svensk fullmaktsrätt, och väljer man att faktiskt explicera och diskutera sina skäl, så kan de tänkas komma att framträda som just diskutabla.

¹⁶² Se i not 163 nedan, och jfr i not 171.

¹⁶³ Jfr t.ex. Unnersjö, Kriterier för tillitsfullmakt, JT 2022–23 s. 658 ff.; J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 194 ff. Men det beror förstås på vad man lägger i det ”traditionella” utgivandekravet. Om man som Karlgren ser det som ett ’ohöjlt uttryck för viljeteori’ (se i not 140 f.), och därmed som ett krav på faktisk subjektiv vetskap, så kan skrivningarna i NJA 2014 s. 684 p. 20, om att huvudmannen ”har inte måst inse att det förelåg en risk för missförstånd”, tänkas återopas som stöd för åtminstone ett sänkt beviskrav, motsvarande ”måste-insikt”. Fäster man sig istället vid HD:s skrivningar i NJA 2021 s. 1017 p. 23, om att ”Huvudmannen i vart fall *ska ha insett* risken för att omständigheterna skulle kunna föranleda en tredje man att hysa befogad tillit till att mellanmannen är behörig”, så kan man kanske anse Karlgrens mening bekräftad, varvid väl HD genom 2021 års fall skärpt kravet (märk också det mer precisa ondTROSobjektet). Läser man istället NJA 2013 s. 659, med det centrala och för tillitsfullmakten grundläggande principuttalandet i p. 12, så verkar det *inte finnas något insiktskrav alls*, såvitt gäller huvudmannens insikt (se i not 91 ovan). (En annan sak är att man förstås kan påstå att sådan insikt ”hog”, ”givet omständigheterna”, ”får antas” ha förelegat, ändå, åtminstone delvis; yttrandefrihet råder, och bryr man sig bara inte så mycket om vad som står så kan man ofta läsa in saker som bekräftar ens föreställningar.)

¹⁶⁴ Jfr Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. s. 232 (”Med tanke på att NJA 2014 s. 684 inte avgjordes i plenum [och så ej heller något annat av fallen] är det knappast troligt att HD avsett att ändra sin tidigare praxis på området.”); J. Samuelsson, Fullmaktsläran s. 196 med hänv., samt Unnersjö, Kriterier för tillitsfullmakt, JT 2022–23 s. 651 (cit i not 88 ovan).

¹⁶⁵ Associationen synes mig inte så långsökt, till den förändring av uppsåtsläran HD inledde genom NJA 2004 s. 176, varom sagts att HD ”introducerade nya *kriterier* för hur gränsdragningen mellan uppsåt och oaksamhet skall dras samt en ny *terminologi* för de olika uppsåtsformerna. Däremot skall domen *inte* uppfattas som att HD införde en helt *ny gräns* mellan vad som är uppsåtligt och vad som endast är oaksamt. Domen ger således inte stöd för antagandet att HD avsåg att vidga det uppsåtliga utrymmet.” (Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrätts grunder 2 uppl. s. 291, mina kurs.)

inte kunna räknas till HD:s allra mest förtjänstfulla insatser.¹⁶⁶ Dels i anledning av att det låter sig ifrågasättas om man inte också infört materiella nyheter, som kan göra just att fullmaktsverkningar inträder, eller för den delen uteblir, i andra fall än tidigare.¹⁶⁷ Dels då det kan ifrågasättas hur klargörande förklaringar modellen egentligen erbjuder, och om inte någon annan modell vore bättre. (Vi har ju till exempel en lag som bygger på en...)

En (annan)¹⁶⁸ möjlighet – än att parafrasera det ursprungliga kravet på ”yttre förhållanden som härrör från huvudmannen”¹⁶⁹ till att istället handla om att omständigheter kan ”knytas till” huvudmannen på så vis att det finns en ”tydlig koppling” – vore att låta härrörandekravet handla om något i stil med *huvudmannens kontroll* över de omständigheter som orsakar tredjemans behörighetsintryck.¹⁷⁰ Om man nu vill det, kan väl också ett kontrollkriterium sätta de gamla vanliga topikerna i spel: det kommer att handla om huvudmannens vetskap om olika saker vid olika tidpunkter (en kognitiv dimension),¹⁷¹ hans attitydmässiga inställning (en voluntativ

¹⁶⁶ För en elaborerad kritik mot tillitsfullmakten som sådan, se J. Samuelsson, *Fullmaktsläran* s. 190 ff.

¹⁶⁷ Se sålunda föregående stycke, med hänvisningar.

¹⁶⁸ Jag får gärna fel på den punkten, men håller det för uteslutet att HD i närtid företar (ytterligare) en omorientering i fullmaktslärans principer.

¹⁶⁹ Se NJA 2013 s. 659, p. 12.

¹⁷⁰ Jfr Unnersjö, *Kriterier för tillitsfullmakt*, JT 2022–23 s. 661, där han dock kallar det ”kontrollansvar” och, lite överraskande, jfr med 27 § KöpL. Eftersom lagregeln tillhandahåller en inomkontraktuell ansvarsgrund, vilken alltså förutsätter att avtal finns, synes den mig intuitivt illa ägnad att belysa frågan om avtal bindande ingåtts, men möjligen har Unnersjö en ännu oartikulerad förklaring...?

¹⁷¹ Normalt räknar vi väl med endast en distinktion, av karaktären art snarare än endast gradskillnad, mellan å ena sidan *bort inse* (vilket ibland parafraseras som ”culpös ovetskap”) och å andra sidan *måst inse* (vilket ibland parafraseras som ”i princip vetskap, men med sänkt beviskrav”), eller möjligen även med en tredje möjlighet ”vetskap/kunskap” (jfr t.ex. 6 § 2 st. AvtL). I teorin finns dock *inget som hindrar att man laborerar med en mer differentierad och graderad ondrosskala*. Till dylika övningar erbjuder rättskälleunderlaget åtskillig inspiration, vad gäller de konkreta uttrycken. Den skulle t.ex., från säkerhet mot osäkerhet, kunna se ut så: Visshet/vetskap – objektiv visshet (t.ex. Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom: Första delen 3 uppl. s. 239) – till visshet gränsande sannolikhet (a.st.) – särskild anledning befära (t.ex. 19 § AvtL) – grundad anledning anta (Förslag AvtL 1914 s. 95) – anledning uppfatta (NJA 1982 s. 244) – skälig anledning till misstanke (9, 15, 20, 29, 30 §§ SkbrL) – skäligen kan antas (19 § SkbrL) – kan antas (7 § SkbrL, dock om rättstillämparens sannolikhetssuppskattning) – osannolikt – och så vidare. Fler finns (se t.ex. Hellner & Ramberg, *Speciell kontraktsrätt I: Köprätt* s. 262 ff.) och såväl urvalet här som den inbördes ordningen kan förstås diskuteras. Man kan även t.ex., särskilt när partsuppfattningar ramas in som sakfrågor och därmed tematiseras som bevisbara omständigheter, låta sig inspireras av processrättens sannolikhetsuttryck (dvs.: säkert – uppenbart – styrkt/visat – sannolikt – antagligt – helt osäkert – antagligt-inte – sannolikt-inte – styrkt-/visat-inte – uppenbart-inte – säkert-inte), som populariserats genom Ekelöfs Rättegångsserie (IV, 7 uppl. s. 85). Eller så kan man låta sig inspireras av straffrättsdoktrinen (t.ex. Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder* 2 uppl. s. 277) och såvitt gäller frågan om parts ”kognitiva inställning” laborera med en skala med grader av tro, motsvarande olika nivåer av subjektivt uppfattad sannolikhet, typ så: (fullständig) visshet/vetskap – insikt – (mycket) hög uppfattad sannolikhet – övervägande sannolikhet – trolighet – osäkerhet/tveksamhet – möjlighet – omöjlighet. Man kan förstås också tänka sig att väva ihop de olika taxonomierna. *Vill man anamma en mer differentierad ondrosanalytik (än bort/måste inse) råder kort sagt ingen brist på inspirationsunderlag*. Frågan är väl dock vad som vore vunnet genom att differentiera mera. En del, tror jag. Ibland. Även om analytiken blir mer komplex att lära.

dimension),¹⁷² samt agerande för att orsaka, eller underlåtenhet att undanröja,¹⁷³ potentiellt behörighetsintrycksskapande omständigheter (en handlingsdimension). (Och allt detta måste rimligtvis bedömas på grundval av det objektiva underlaget; liksom vid t.ex. uppsätsbedömningar har man att bedöma frågan om huvudmannens insikter och attityder på grundval av de bevisade omständigheterna – varför till exempel den voluntativa dimensionen ”om han ville det” får bedömas på grundval av agerandet, dvs. förklaringen, i sin kontext.)¹⁷⁴

Så förstått, skulle härrörandekriteriet anvisa ett antal relevanta faktorer, eller bedömningsdimensioner: kontroll, insikt, handling, attityd – vilket väl borde vara vad man är ute efter? Snarare än anknytning? – och om det i dessa dimensioner finns tillräckligt mycket som talar för bundenhet, så blir man bunden. Att istället tala om ”kontroll” kunde dock tänkas avgränsa bort en del av de antydda öppningarna för mer allmän anknytningsargumentation som den valda tematiseringen med anknytning och koppling kan möjliggöra. Men det är blott en liten randanmärkning... Och kanske är jag överdrivet i neurotisk i min läsning av 2014 års fall (men det *är* där det blir konstigt, och detta så fort HD börjar (re)artikulera innehållet i härrörandekravet). Det egentliga temat här var dock om härrörandekriteriet kan tänkas medge elasticering av utgivandekravet, och poängen är alltså att det synes tänkbart.

- a) Vad gäller kravet på *rättshandlingskapacitet* har redan noterats att det bör förstås som ett tillräcklighetskrav, relativt någon viss rättshandling eller kategori av rättshandlingar, snarare än som en binär allt-eller-intet-fråga. Redan därigenom ges ganska rejäla relativiseringsmöjligheter. Och vad gäller kravet på *rättspersonlighet* kan vi nöja oss med att notera de medvetna metaforstrategier som förekommit, när man velat tillskriva diverse objekt (såsom djur och floder, men också bon och bolag) subjekts karaktäristiska, och ge dem rollen som bärare av (vissa) rättigheter.¹⁷⁵ Sagt med blott deskriptiv ambition kan väl för övrigt noteras att även det omvända gäller: i viss mån kan man franskriva subjekt agens eller andra subjektskaraktäristika, alternativt hålla

¹⁷² En parentes om analys och argumentation: Även om man analytiskt kan hålla isär att (I) ha viss insikt om något och att (II) ha viss inställning till något, så kan ofta (II) attityddimensionen retoriskt konstrueras som en del av (I) insiktsbedömningar, eller som en effekt av förhållandet mellan (I) insikter och (III) handlingar. (Jfr t.ex.: ”Hon visste om X, och gjorde/underlät att göra Y, varför hon får anses ha velat Z.”, eller: ”Han visste om X, men gjorde ändå Y, varför han får anses likgiltig till risken för Z.”)

¹⁷³ Här påstås inte att det är så ordet alltid används (det är det inte), men *underlåtenhet kan ses som en särskild form av passivitet*, där man inte bara är passiv i största allmänhet, utan just underlåter att göra något som man borde ha gjort (vid fara av en rättsföljds inträde), t.ex. att neutralisera omständigheter som kan ge intryck av behörighet, eller att ta motparten ur dess för en själv kända villfarelser.

¹⁷⁴ Jfr i not 51 och 126 samt vid och i not 28 ovan.

¹⁷⁵ Jfr t.ex. Kurki, *A Theory of Legal Personality*, 2017; Epstein, *A rights revolution for nature: Introduction of legal rights for nature could protect natural systems from destruction*, Science 2019 (vol. 363) s. 1392 f., och (mer skeptiskt:) J. Samuelsson, *Rättssubjektiviten i antropocen*. – Några anteckningar, i NFD 2019 s. 142 ff. Jfr även O. Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s. 387 f. (och s. 679 ff.) samt i och kring not 57 och 59 ovan.

dessa karaktäristika för irrelevanta för den fråga som provas. Därmed kan man hantera personer som vore de blott objekt för andras agerande.¹⁷⁶

Kort sagt finns en hel uppsättning *strategier för pragmatisk anpassning av principer*, inklusive de som sorterar under rättshandlingsbegreppet. Här har vi inventerat blott några. Närmare bestämt konstruktiv omformulering, undantaganden, den raka tillämpningens form, avvísning, falldifferentiering, relativisering, samt ett par överföringsstrategier, där man genom jämförande, likställande, metaforiska eller substituerande strategier överför hållpunkter från en teoretisk konstruktion till en annan, i ett slags transplantation av topiker.¹⁷⁷ Strategierna kan överlappa och kombineras, med varandra och andra. Urskiljandet av dem, också som just strategier, kan dock bidra till konkret rättslig argumentation av både offensivt och defensivt slag. Det kan hjälpa en att se positiva argumentationsmöjligheter för ens egen linje, liksom att genomskåda och negativt motarbeta resonemang i motsatt riktning.

Inte sällan medger också kriterierna i sig viss flexibilitet. Enligt ovan exemplifieras detta av bland annat uttryckskriteriet (b), förstått mot bakgrund av formfrihetens princip. Som andra begrepp samlar rättshandlingsbegreppet principer, och det ligger i principers natur att deras tillämpning kan justeras.¹⁷⁸ *Principium* betyder dels 'källa', dels 'först' eller 'inledningsvis',¹⁷⁹ och principer kan sägas anvisa utgångspunkter: heuristiska hållpunkter vilka kan ge ledning, hjälp och riktning, men som inte bör följas slaviskt, oavkortat, alltid.

Principer är verktyg, som kan både anvisa argument och ge struktur, och de kan åberopas som (vore de) källor. Som all juridik kräver dock deras hantering reflektion och omdöme. Plasticiteten är en stor del av poängen med principer, men att något kan formas och omformas innebär inte att det bör göra det. En kritik som hänger i luften är att: "Det är rättsosäkert att laborera med sådana

¹⁷⁶ För relativt oskyldiga exempel, se O. Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2022 s. 211 f.

¹⁷⁷ Med andra ord har vi utöver relativisering noterat det som med mer retoriska termer kan omtalas som figurerna *paraphrasis*, *exceptio*, *applicatio*, *refutatio*, *divisio*, *translatio*, *komparatio*, *analogia*, *metaphora* och *substitutio*, vilka som termerna antyder inte är några nyheter. (Jfr dock, om latin och skenbar proveniens, Kaius Tuori, *Pacta sunt servanda*, AASF s. 47 ff.) En komplicerande faktor är att samtliga dessa termer förekommit i lite olika sammanhang, och att ingen av dem kan betecknas som vare sig monosemisk eller oomstridd. Vissa meningar överlappar också. (Ibland används t.ex. latinets *translatio* och grekiskans *metaphora* om samma sak.) Här saknas dock skäl att fördjupa oss i retoriska, filosofiska eller filologiska ämnesdiskussioner. Vi nöjer oss med förtydligandet att termerna här används i de specifika meningar som följer av resonemangen ovan.

¹⁷⁸ Se för hjälpsam diskussion om principer hänv. i not 10 ovan, där inte minst Ulvängs (Om straffrätt och principer s. 149 ff.) diskussion om relationen mellan principer och regler (s. 156 ff.) kan vara av intresse (bl.a. från Dworkin: "Principer (även standarder/policies) är sådana standarder som endast ger en riktning för argumentationen, men där utgången/lösningen aldrig är given.", s. 157 noter uteslutna).

¹⁷⁹ För ytterligare etymologisk utläggning, se Jareborg, Vad är en princip?, Fs Främborg s. 137 ff.

här strategier, det är bara retoriska grepp!” Och, visst, absolut: det finns risk för missbruk. Det är dock just missgreppen som medför rättsosäkerhet, snarare än de juridiska konstgreppen som sådana. Risk för missbruk, och missförstånd, finns alltid, med alla tekniker, och det kan vara precis lika ”rättsosäkert” att inte använda ”retoriska grepp”. Vad vi har att göra med är blott ytterligare en variation på *den eviga motsättningen mellan formell förutsebarhet och materiell rättvisa*, och vi jurister använder uppenbarligen, regelmässigt och frekvent dylika strategier för att göra rättvisa åt enskilda fall. Kritiken (i citatet) är bara en variant av retorikkritik av det slag som funnits sedan antiken, och idén om dylika strategiers reducibilitet förutsätter synbarligen ofreflekterad explicitism; att man skulle klara sig utan dem förutsätter att man kan reglera alla också oupp-tänkliga fall, och på förhand säga allt som behövs, på ett helt entydigt sätt. Såvitt känt har alla sådana försök misslyckats. De lär fortsätta göra det. Man kommer aldrig –ifrån att det krävs rättstillämpares goda omdöme, för att det ska bli gott i slutändan. Snarare än genom att endast försöka säga ”hur det är” bör därmed rättsvetenskapen försöka bidra också genom att ge sådana verktyg som krävs för att legitimera de omdömen som må fällas, och sedan (inom rimliga gränser) ha förtroende för praktikerna. Praktiken faller utanför rättsvetenskapens domän, och god domare är inte bara bättre än god lag – utan en förutsättning för rättvisa. Bara världsfrånvända teoretiker kan tro något annat.