

OSKAR KIERI

# Det borgensrättsliga accessoritetsbegreppet\*

OSKAR KIERI tog juristexamen från Stockholms universitet i juni 2022 och arbetar idag som tingsnotarie vid Linköpings tingsrätt.

En vanligt förekommande situation i praxis om borgen är att borgensmannen anser att hans ansvar bör sättas ned av en eller annan anledning, till exempel på grund av att huvudförbindelsen förändrats. Borgensåtagandets koppling till huvudförbindelsen – accessoriteten – kan uppenbarligen ha betydelse både för lösningen och analysen av sådana fall. I doktrinen intas dock en något kritisk inställning till lämpligheten i att använda det begreppet vid lösningen av juridiska problem. Detta är en reaktion mot äldre litteratur på området där accessoritetsbegreppet tillmäts betydelse vid lösningen av enskilda fall. I artikeln analyseras accessoritetsbegreppet, de bakomliggande teorierna och accessoritetens eventuella roll i rättspraxis.

## 1. INLEDNING

Borgen är egentligen en slags avtalskonstruktion mellan *tre parter*.<sup>1</sup> En förpliktelse – ofta benämnd *huvudförbindelsen* – föreligger,<sup>2</sup>

\* Artikeln är en bearbetning av mitt examensarbete *Borgen som accessorisk förpliktelse: Accessoritetsbegreppet i teori och praxis*, från vårterminen 2022 vid Stockholms universitet. Ett särskilt tack riktas till grupphandledaren Johan Sandstedt, samt Jamie Järpsten och övriga i handledningsgruppen.

<sup>1</sup> Det följande är en konventionell beskrivning av borgen; se t.ex. Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet: Lärobok i krediträtt*, 12 u., Lustus, Uppsala, 2020, s. 43–44 samt Walin, Gösta & Ingvarsson, Torbjörn, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2013, s. 19–33. Definitionen går långt tillbaka i svensk rätt; se t.ex. Nehrman, David, *Inledning til then Svenska Iurisprudentiam Civilem*, Lund, 1729, (faksimilutgåva av Juridiska föreningen i Lund, Lund, 1979), s. 348.

<sup>2</sup> Några egentliga begränsningar i vad det ska vara för slags förpliktelse finns inte; se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 26 samt Gorton, Lars, *Borgen – säkerhet för vad?*, SvJT 2001, s. 27–42, s. 27 och 41.

eller planeras uppstå,<sup>3</sup> mellan två parter: *Borgenären och gäldenären* (ibland benämnda huvudborgenären och huvudgäldenären). I detta förhållande inträder en tredje part: *Borgensmannen* (även kallad *löftesmannen*), vilken uppträder som en ytterligare säkerhet för borgenären genom att åta sig att prestera något till borgenären om huvudförbindelsen inte uppfylls; detta är *borgensförbindelsen*. Normalt sett föreligger alltså minst ett avtal mellan borgenär och gäldenär (huvudavtalet) och ett avtal mellan borgensmannen och borgenären (borgensavtalet).

Sedan finns det självklart olika *typer* av borgen. Borgensmannen kan till exempel gå i *proprieborgen* och därmed vara skyldig (åtminstone principiellt)<sup>4</sup> att prestera utan att det visats att gäldenären inte kan fullgöra sin förpliktelse,<sup>5</sup> eller endast garantera betalning för det fall gäldenären inte fullgör sin förpliktelse – *enkel borgen*.<sup>6</sup> Vidare kan borgensmannens ansvar vara likvärdigt med ansvaret enligt huvudförbindelsen eller begränsat, till exempel till ett lägre belopp.<sup>7</sup> När det gäller borgensansvar för annat än penningförpliktelser kan det ofta vara oklart vilket ansvar borgensmannen har: Förväntas han utföra gäldenärens förpliktelse eller har han endast ett betalningsansvar om gäldenären inte uppfyller förpliktelsen?<sup>8</sup> Med tanke på att det i grunden är en avtalskonstruktion kan variationerna vara många och förhållandet mellan parterna kan detaljregleras i flera olika avtal.

Denna grundläggande definition kan nog betraktas som vedertagen.<sup>9</sup> Den räcker dock inte hela vägen fram då den inte skär bort alla närliggande företeelser som inte är att anse som borgen, till exempel olika garantier och försäkringar.<sup>10</sup> Försök att snäva in borgensbegreppet har därför gjorts, vilket ibland har mötts av kritik – eller åt-

<sup>3</sup> Att gå i borgen för en framtida förpliktelse är fullt möjligt; se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 78.

<sup>4</sup> Den närmare innebörden av proprieborgensmannens primära ansvar är inte helt klar; se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 26–27.

<sup>5</sup> Se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 27.

<sup>6</sup> Se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 26.

<sup>7</sup> Se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 223.

<sup>8</sup> Se t.ex. Gorton i SvJT 2001, s. 41–42.

<sup>9</sup> Se t.ex. definitionen i Andersson, Torbjörn, Dahlberg, Mattias, Reichel, Jane & Samuelsson, Joel, *Juridikens termer*, 10 u., Liber, Stockholm, 2015, ”Borgen”, s. 28

<sup>10</sup> Ingvarsson, Torbjörn, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, s. 35–36.

minstone en skeptisk inställning – från författare som är tveksamma till att definiera borgensbegreppet i detalj.<sup>11</sup> Den snävare definition som trots allt fått störst genomslag i litteraturen är att borgen är *accessorisk* – det vill säga avhängig huvudförbindelsen – och innebär en *kumulativ intercession* – att borgensmannen inträder (intercederar) i ett för honom främmande rättsförhållande samt utgör en kumulativ säkerhet för borgenären.<sup>12</sup>

Den snävare definitionen förekommer främst i äldre litteratur om borgen.<sup>13</sup> I övrig litteratur varierar inställningen från att vissa inte vill gå längre än beskrivningen av trepartskonstellationen som borgen innebär till att i olika utsträckning uppmärksamma accessoriteten och den kumulativa intercessionen.<sup>14</sup>

Generellt kan man nog säga att den kumulativa intercessionen är okontroversiell.<sup>15</sup> Utöver att det framstår som tämligen självklart att borgen innebär en kumulativ intercession, kan den uteblivna kritiken förklaras med att frågan inte har någon större juridisk betydelse.<sup>16</sup>

Annorlunda är det med accessoriteten. Det verkar, mer eller mindre, vara konsensus att borgensåtagandet ur ett ekonomiskt perspektiv är accessoriskt,<sup>17</sup> och den uppfattningen är svår att ifrågasätta; att borgensåtagandet, rent faktiskt, alltid är kopplat till en tänkt

<sup>11</sup> Se t.ex. Walin, Gösta, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 28–29 (Walín & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 24–25), Godsk Pedersen, Hans Viggo, *Kaution*, 11 u., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2016, s. 14–15, Højrup, Hans Verner, *Kaution*, Akademisk Forlag, Köpenhamn, 1977, s. 9–10 samt Krag Jespersen, H., *Kaution*, Juristforbundets Forlag, Köpenhamn, 1965, s. 19 för skeptiska inställningar.

<sup>12</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 38.

<sup>13</sup> Se t.ex. Hasselrot, Berndt, *Några spörsmål ang. borgen: Förra delen*, Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri, Malmö, 1927, s. 5, Agardh, Fredrik, *Om borgen: Företrädesvis enligt svensk allmän civilrätt*, Fr. Berlings Boktryckeri och Stilgjuteri, Lund, 1878, s. 11–12 samt Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt, Andra delen: Förmögenhetsrätten*, 2 u., Fr. Berlings Förlag, Lund, 1857, s. 664–665.

<sup>14</sup> Se t.ex. Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 36–37; jfr definitionerna i Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29 (Walín & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 24–25), Beck Thomsen, Hans Helge & Rohde, Claus, *Kaution og tredjemanspant samt andre solidariske skyldforhold*, 4 u., Karnov, Köpenhamn, 2017, s. 38–39 och 44–45, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 14–15, Højrup, *Kaution*, s. 9–10 samt Krag Jespersen, *Kaution*, s. 19

<sup>15</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 47.

<sup>16</sup> Jfr Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 47–49.

<sup>17</sup> Se t.ex. Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 39, Smith, Carsten, *Studier i garantiretten: Garantirett II*, Universitetsforlaget, Oslo, 1963, s. 408 samt Krag Jespersen, *Kaution*, s. 17; jfr även Beck Thomsen & Rohde, *Kaution og tredjemanspant*, s. 44 samt Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15–16.

huvudförbindelse (giltig eller ej) framstår som självklart.<sup>18</sup> Kritiken som har riktats både mot att borgensåtagandet är accessoriskt samt mot att det skulle vara ett lämpligt kriterium vid en definition, tar snarare sikte på en juridisk uppfattning av accessoritetsbegreppet – vilket är temat för denna artikel.

## 2. ACCESSORITETSBEGREPPET

### 2.1 Introduktion

I detta avsnitt diskuteras accessoritetsbegreppet. Diskussionen sker mot bakgrund av två olika synsätt – kallade det *praktiska* och det *teoretiska* – som kontrasteras mot varandra. Inledningsvis analyseras det praktiska synsättet; sedan följer en analys av det teoretiska synsättet.

Det är ingen kronologisk framställning eftersom det praktiska perspektivet egentligen är en reaktion mot ett äldre mer teoretiskt synsätt. Det praktiska perspektivet har däremot haft ett stort inflytande i doktrinen, men har, mig veterligen, inte utsatts för någon grundlig granskning eller kritik.<sup>19</sup>

Indelningen i dessa två synsätt är inte på något vis konventionell, utan uppställd av mig för denna artikel. Det ska huvudsakligen förstås som en indelning för att förtydliga framställningen, men det är också ett sätt att avgränsa diskussionen till de specifika synsätten som framgår i borgenslitteraturen och på så vis undvika att omedelbart göra en övergripande rättsteoretisk fråga av fenomenet.<sup>20</sup> Indelningen tar alltså *endast* sikte på hur accessoritetsbegreppet hanteras i doktrin om borgen.

Kanske kan det kritiseras att på detta sätt sortera in olika uppfattningar i två olika läger beroende på hur accessoritetsfrågan hanteras, då författarna i respektive läger inte nödvändigtvis har något annat

<sup>18</sup> Jfr t.ex. Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 39 samt Smith, Garantirett II, s. 408.

<sup>19</sup> Med detta avser jag alltså det här behandlade praktiska perspektivet på accessoritetsbegreppet i borgenslitteraturen. En annan sak är att pragmatism, realism och funktionalism har kritiserats både generellt och i samband med vissa specifika frågor; jfr t.ex. Sandstedt, Johan, *Indragning av bostad eller egendom, HD:s pleniavgöranden och EMK: om pragmatism och formalism*, JT 2016/17, s. 382–408 och Samuelsson, Joel, *Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet*, Europarättslig tidskrift (ERT), 2009, s. 63–86.

<sup>20</sup> Vilket är en uppenbar risk om perspektiven på accessoritetsbegreppet omedelbart kopplas ihop med funktionalism och formalism, eller dylikt.

gemensamt. Vidare så får ibland verk av samma författare representera olika synsätt i frågan. Det är en uppdelning som är avsedd för den här specifika undersökningen – inte nödvändigtvis något som går att bygga vidare på för att förstå ställningstaganden i andra frågor.

Helt verklighetsfrånvärd är indelningen dock inte; den bygger självfallet på min tolkning av de idéer som framförts i litteraturen. Den valda uppdelningen har fog för sig och lyfter fram de konkurrerande idéer som jag vill belysa. Min uppfattning är att det går att utläsa de här två synsätten ur borgenslitteraturen, och att det i själva verket är ett uttryck av en teoretisk konflikt. Om min tolkning i något avseende skulle vara väl tillspetsad avseende någon viss författares uppfattning, så är det av underordnad betydelse om en viss idéströmning fångas på ett intressant sätt som belyser frågeställningarna i artikeln. Så länge läsaren har detta i åtanke, bör risken för missförstånd på grund av indelningen vara låg.

Slutligen bör det framhållas att det praktiska synsättet hanteras något mer ingående – åtminstone när det gäller den tänkbara teoretiska bakgrunden. Detta är motiverat eftersom det praktiska perspektivet har haft stort inflytande på borgensrättslig litteratur, utan att ha analyserats särskilt ingående. Eftersom det perspektivet är en kritik mot ett teoretiskt tillvägagångssätt belyser även diskussionen av det praktiska perspektivet tänkbara brister med ett teoretiskt perspektiv. Vidare har begreppsorienterade juridiska metoder debatterats och kritiserats ingående i skandinavisk doktrin.<sup>21</sup> Sammantaget är detta ett omständligt sätt att säga att det praktiska perspektivet är mer intressant och aktuellt.

## 2.2 Det praktiska synsättet

I äldre litteratur lades viss möda på att definiera borgensinstitutet i detalj. Tillvägagångssättet gäller även för accessoritetsbegreppet – inte nödvändigtvis i den meningen att några vidlyftiga analyser av begreppet sker, men genom att det anses vara av vikt och kan

<sup>21</sup> Se t.ex. Björne, Lars, *Den konstruktiva riktningen: Den nordiska rättsvetenskapens historia: Del III: 1871–1910*, Institutet för rättshistorisk forskning, Lund, 2002, s. 213–216.

användas för att avgränsa vad som är ett borgensåtagande samt för slitandet av enskilda tvister.

I detta delkapitel avhandlas i stället reaktionen mot det teoretiska synsättet, en motreaktion som verkar representera huvudfåran i skandinavisk rättsvetenskap de senaste hundra åren. Jag har valt att kalla detta för det praktiska synsättet eftersom förespråkarna uttryckligen anger att det är ett praktiskt perspektiv. En brasklapp är dock påkallad: Innebörden av detta synsätt och varför det är lämpligt behandlas inte i detalj av dess förespråkare, varför delar av det följande är mer eller mindre rimliga antaganden baserat på de beskrivningar av synsättet som finns.

Ur detta perspektiv beskrivs accessoritetsbegreppet regelmässigt genom reciterandet av ett slags mantra som åtminstone går att spåra tillbaka till Ussing. Borgensåtagandet sägs vara accessoriskt i den meningen att det normalt sett är knutet till en huvudförbindelse och i normalfallet upphör när den upphör, men denna accessoritet får inte läggas till grund för några juridiska slutsatser; sådana frågor ska avgöras genom tolkning av det aktuella avtalet och med *praktiska hänsyn* i åtanke.<sup>22</sup> Sedan följer i regel en genomgång av under vilka förutsättningar borgensansvaret bortfaller eller bör sättas ned med hänsyn till olika händelser kopplade till huvudförbindelsen.<sup>23</sup> I allmänhet tycks en ganska stark huvudregel om att borgensåtagandet bortfaller eller förminskas i samma utsträckning som huvudförbindelsen ställas upp,<sup>24</sup> vilket åtminstone framstår som närliggande den slutsats man borde komma fram till genom ett mer teoretiskt tillvä-

<sup>22</sup> För variationer på detta tema se: Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Højrup, *Kaution*, s. 9–10, Krag Jespersen, *Kaution*, s. 17, Ussing, Henry, *Kaution*, G. E. C. Gads Forlag, Köpenhamn, 1928, s. 15 och 176–177 samt Smith, *Garantirett II*, s. 415. Ussings ton är inte lika polemisk i Ussing, Henry, *Dansk obligationsret: Speciel del: II. Enkelte kontrakter*, 2 u., G. E. C. Gads Forlag, Köpenhamn, 1946, s. 175–178 men kontentan tycks vara densamma; jfr även Lassen, Julius & Ussing, Henry, *Lærebog i obligationsrettens specielle del*, 4 u., G. E. C. Gads Forlag, Köpenhamn, 1931, s. 148–152.

<sup>23</sup> Se t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 77–92 (Walín & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 78–92), Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 63–68, Højrup, *Kaution*, s. 67–76, Krag Jespersen, *Kaution*, s. 48–52, Ussing, *Kaution*, s. 176–215 och Smith, *Garantirett II*, s. 408–411.

<sup>24</sup> Se t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 77–83 (Walín & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 78–92), Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 63–68, Højrup, *Kaution*, s. 67, Krag Jespersen, *Kaution*, s. 48 och Ussing, *Kaution*, s. 176–215.

gagångssätt baserat på accessoritetsbegreppet. Man kan ifrågasätta om inte undantagen från en sådan huvudregel egentligen är att betrakta som något annat än borgen.<sup>25</sup>

Det ligger nära till hands att uppfatta det praktiska synsättet som grundat i en teorifientlig inställning. Någon avsaknad av teori är det emellertid inte fråga om, snarare så har en begreppsorienterad teori ersatts med ett ”praktiskt” tillvägagångssätt.

Anmärkningsvärt är att det praktiska synsättet verkar ha gått i princip oemotsagt och föranlett uttalanden som antyder att det skulle vara en notorisk sanning att den begreppsorienterade argumentationen är förlegad,<sup>26</sup> som Walin uttrycker det är ett sådant perspektiv inte förenligt med ”nutida juridisk teknik”.<sup>27</sup> Ingvarsson försvarar visserligen ett mer begreppsorienterat perspektiv, och påpekar till exempel det praktiska behovet av en precis begreppsanvändning, men framför inte någon direkt kritik mot det praktiska synsättet.<sup>28</sup>

### 2.2.1 Vad innebär praktiska hänsyn?

Den uppenbara frågan som inställer sig är vad praktiska hänsyn innebär. Att det avtal som är under prövning måste tolkas för att nå fram till slutsatser angående dess innebörd, är okontroversiellt. Någon närmare definition av praktiska hänsyn, eller hänvisning till var en sådan står att finna, framgår inte av borgenslitteraturen. Kanske ska det läsas som en variant på reella hänsyn eller sakens natur, vilket visserligen är mångtydiga uttryck men de har behandlats en del i litteraturen.<sup>29</sup> Ibland hävdas det att sådana resonemang främst kan användas när ledning i frågan inte går att finna i de sed-

<sup>25</sup> Jfr Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 42, Ussing, *Kaution*, s. 176–177 och Smith, *Garantirett II*, s. 409.

<sup>26</sup> Jfr t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29 (Walın & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 24–25), Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15 och Smith, *Garantirett II*, s. 415.

<sup>27</sup> Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 29 (Walın & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 24).

<sup>28</sup> Jfr Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 35–46.

<sup>29</sup> Se t.ex. Strömholm, Stig, Lyles, Max & Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: En lärobok i allmän rättslära*, 6 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020, s. 332–333 och 412–415 samt Björne, Lars, *Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia: Del IV: 1911–1950*, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm, 2007, s. 415–423.

vanliga rättskällorna.<sup>30</sup> Så är inte fallet här; praktiska hänsyn ställs upp som en övergripande tolkningsregel för hela rättsområdet, inte en argumentation att ta till i säregna fall.

Ussing – närmast anfadern för det praktiska synsättet – behandlar vissa metodfrågor i sin doktorsavhandling,<sup>31</sup> som visserligen inte rör borgen, men kan vara av intresse i detta sammanhang. Någon enhetlig och klar metodsyn framträder dock inte. Björne framhåller att det är fråga om en blandning av synsätt som kan kopplas till flera olika metoder och teoribildningar.<sup>32</sup> Trots den fria blandningen finns dock en klar anknytning till vad som är ”praktiskt” – vad som tjänar det verkliga livet och vad som stämmer överens med rättsmedvetandet (både det allmänna och juristernas). Ussings uppgift i avhandlingen är att:

”[...] udfinde, hvad der stemmer med Retfærdigheden, med Forholdets Natur eller »richtiges Recht«, med et moderne Udtryk, og denne Opgave forstaas saaledes, at det gælder at finde *den Regel, der bedst tjener Livets Tarv*, der i det praktiske Liv vil have den gavnlige Virkning. Disse Udtryk tages her i den videste Forstand. Ved Bedømmelsen af en Regel maa derfor ogsaa tages Hensyn til de Vanskeligheder, som følger af Retsmaskineriets Ufuldkommenhed, og som kan føre til at modificere de ad andre Veje fundne Resultater. Det er ikke Meningen at opbygge en rent ideal Ret, der skulde være den rette for alle Folk eller alle Tider. Der spørges kun: *Hvad tjener bedst Livet, som det former sig hos os i Nutiden?* Resultatet vil derfor være betinget af en lang Række Forudsætninger, den bestaaende Samfundsordning, det naaede Civilisationstrin, Retsmaskineriets Udvikling o. m. a.”<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Hellner, Jan, *Rättsteori. En introduktion*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 1994, s. 116–120; jfr även Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 413–415.

<sup>31</sup> Ussing, Henry, *Skuld og skade: Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, G. E. C. Gad, Köpenhamn, 1914, s. 5–9.

<sup>32</sup> Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 305–306.

<sup>33</sup> Ussing, *Skuld og skade*, s. 5–6.



Vilket han söker uppnå genom en:

”[...] indgaaende Iagttagelse af Livets Fænomener, hvorved man maa søge at fremdrage de forskellige praktiske Hensyn og afveje dem indbyrdes. Dette vil for den enkelte ske ved en Samvirken af Følelse og Refleksion, ved en skønsmæssig Redømmelse af Enkelttilfælde efter Retsfølelsen og en Prøvelse og Sammenstilling af dem i Forstandens Lys. Retsfølelsen vil hjælpe én paa Spor efter Momenter, der hidtil er undgaaet éns Opmærksomhed, og Forstanden vil omvendt kunne indvirke paa Retsfølelsen. Undersøgelsen maa da fortsættes, indtil man naaar til Overensstemmelse mellem Følelse og Forstand. Skal man derimod godtgøre Rigtigheden af sine Anskuelser *overfor andre*, er det klart, at man først og fremmest maa lægge Vægt paa den forstandsmæssige Argumentation og derved søge at overbevise vedkommendes Forstand og samtidig vinde hans Retsfølelse.”<sup>34</sup>

Denna syntes mellan ”Retsfølelse” och ”Forstand” kompletterar han med andra medel som huvudsakligen kretsar kring det allmänna rättsmedvetandet och juristdomarens rättsmedvetande som tydligen är av särskild kvalitet.<sup>35</sup>

Avslutningsvis uppmärksammar han det vanskliga i att argumentera utifrån praktiska synpunkter; en förutsättning för framgång är att man är ense om kriterierna för att en regel ska vara gagnelig.<sup>36</sup> I stället för att redogöra för vad som är hans ideal eller borde vara rättsordningens mål anser han att även denna fråga måste lösas genom rättskänslan; man kan instinktivt eller intuitivt sluta sig till vad som är rätt genom praktiska situationer.<sup>37</sup> En eventuell systematisering är bara en bearbetning av dessa intuitiva slutsatser.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Ussing, *Skyld og skade*, s. 6.

<sup>35</sup> Ussing, *Skyld og skade*, s. 6–8.

<sup>36</sup> Ussing, *Skyld og skade*, s. 9.

<sup>37</sup> Ussing, *Skyld og skade*, s. 9.

<sup>38</sup> Ussing, *Skyld og skade*, s. 9.

Dessa metoduttalanden framstår som dunkla och det är svårt att sia om betydelsen som uppfattningen haft för Ussings senare verk.<sup>39</sup> Vid en cynisk läsning framstår det som en omständlig omskrivning för hans egna tyckande. Hur det än är med den saken, så framträder åtminstone en tydlig önskan att juridiken först och främst ska uppnå *praktiskt önskvärda resultat* – vad nu dessa är.

Praktiska hänsyn framstår som ett alternativ till tolkning och argumentation som är starkt kopplad till de juridiska begreppen – i det här fallet accessoriteten; uttrycket andas en motvilja mot att beteckna borgensåtagandet som accessoriskt och med stöd av det argumentera för en viss utgång i en specifik situation.<sup>40</sup> Praktiska hänsyn representerar i så fall ett öppnare sätt att angripa juridiska frågor där kärnan av argumentationen (det egentligt praktiska) måste förstås som en koppling till samhället och, enligt juristens bedömning, ändamålsenliga och lämpliga slutsatser.<sup>41</sup> Det är den stora samhällsingenjörens roll – något som inte minst framgår av Ussing som anser att:

”Kautionsens *Værdi for Samfundet* [min kursivering] beror paa, at den kan skabe en Sikring af Kreditorernes Krav.”<sup>42</sup>

Särskilt i nutiden (dåtiden):

”[...] hvor *Trangen til Kredit for Produktionen er saa stærk* [min kursivering], kan det ikke forsvares, for at skaane letsindige Kautionister, at gøre Kautionen mindre brugbar som Sikkerhed.”<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Man bör också ha i åtanke att hans avhandling rörde en i hög grad normativ fråga – om culporegelnns berättigande, vilket kanske påkallade en ”friare” metod.

<sup>40</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Ussing, *Kaution*, s. 176–177 och Smith, *Garantirett II*, s. 413–415.

<sup>41</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 29 och 81–83, Ussing, *Kaution*, s. 34–35, Smith, Carsten, Olsson, Marianne & Smith, Terese, *Kausjonsrett*, 3 u., Universitetsforlaget, Oslo, 1997, s. 19–20 och Smith Carsten, *Garantikrav og garantistvoern: Garantirett III*, 2 u., Universitetsforlaget, Oslo, 1981, s. 180–184.

<sup>42</sup> Ussing, *Kaution*, s. 34.

<sup>43</sup> Ussing, *Kaution*, s. 35.

Man bör dock även:

”[...] af Hensyn til *Omsætningen* [min kursivering] – og Kreditorernes og Hovedmændenes gennemsnitlige Interesse – [...] undgaa at lægge unødige Byrder paa Kautionisterne [...]”<sup>44</sup>

Några juridiska begrepp ska inte hindra en, ur något samhällsperspektiv, önskvärd lösning.

Synsättet kan, i så fall, kopplas ihop med den pragmatiska anda vilken ofta lyfts fram såsom typiskt skandinavisk.<sup>45</sup> Den andan kan vara ett resultat av realismen och andra rättsteoretiska idéströmningar som, trots att idéerna kan brytas ner i olika sinsemellan oförenliga synsätt,<sup>46</sup> hålls samman av en kritisk syn på äldre tiders begreppsorienterade juridik.<sup>47</sup> Denna pragmatiska inställning anses i viss utsträckning skilja skandinavisk rättsteori från den kontinentaleuropeiska som inte verkar ha påverkats i lika hög grad av sådana teorier.<sup>48</sup> Flera kontinentaleuropeiska länder har kodifierat principen om borgensåtagandets accessoritet och det verkar inte uppfattas som problematiskt att argumentera med utgångspunkt i den.<sup>49</sup>

Min uppfattning är att detta är en tänkbar grund för det praktiska synsättet, men saken är inte helt enkel att avgöra eftersom författarna som förespråkar synsättet inte anger några utförliga motiveringar till varför det är att föredra. Det tycks tas för givet att det är det korrekta perspektivet och att det äldre begreppsorienterade synsättet är just gammalt – i meningen förlegat.<sup>50</sup> Genom att på så vis ställa upp *tiden*

<sup>44</sup> Ussing, *Kaution*, s. 193.

<sup>45</sup> Se t.ex. Zweigert, Konrad & Kötz, Hein, *An introduction to comparative law*, 3 u., Oxford University Press, Oxford, 1998 (översatt från tyskan av Tony Weir), s. 285; jfr dock Samuelsson i ERT 2009, s. 63–86 där den svenska funktionalismen beskrivs ur ett annorlunda perspektiv och harmoniseringen av den europeiska privaträtten målas upp som ett funktionalistiskt projekt.

<sup>46</sup> Jfr t.ex. analysen av rättighetsdebatten m.m. i Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema.*, Lustus, Uppsala, 2008, 295–395.

<sup>47</sup> Jfr t.ex. Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 282–371.

<sup>48</sup> Jfr t.ex. Ramberg, Christina, *Mot en gemensam europeisk civillagstiftning*, SvJT 2004, s. 472 samt Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 386–387.

<sup>49</sup> Se t.ex. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, von Bar, Christian & Clive, Eric, (red.), Sellier. European Law Publishers, München, 2009, 2485–2490, 2499 och 2583–2586.

<sup>50</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29 samt Smith, *Garantirett II*, s. 413–415.

som skiljelinje för synsätten och inte bemöda sig med att närmare beskriva varför *det nya* är att föredra, skapas illusionen av en närmast evolutionär process – ett ständigt framåtskridande där avvikandet från *det gamla* inte behöver motiveras eftersom det är självklart att det gamla inte längre är korrekt.<sup>51</sup>

Stämmer denna uppfattning så framstår det som riktigt att tillbakaföra förändringen i synsätt på den större bakomliggande förändringen i rättsteori. De tidigare författarna, företrädesvis Ussing, skrev under en tid när dessa teoretiska förändringar var högst aktuella och några närmare beskrivningar kanske inte ansågs vara nödvändiga mot den bakgrunden; förskjutningen i rättsteori utgör på så vis, ur detta perspektiv, den bakomliggande evolutionen av det juridiska tänkandet som givetvis också måste återverka på mer specifikt inriktade framställningar om borgen. Sedan kan det antas att idéerna, som ofta är fallet, stelnade till dogmatik och gavs en närmast axiomatisk status av efterföljande rättsvetenskapsmän,<sup>52</sup> någon argumentation för att stå fast vid förhärskande synsätt krävs i regel inte; den som däremot försöker bana ny väg kan behöva förklara sig.

### 2.2.2 Har synsättet någon praktisk effekt?

Eftersom synsättet beskrivs som praktiskt kan det vara intressant att undersöka vilka praktiska effekter det har i jämförelse med ett begreppsorienterat perspektiv. En potentiell skillnad av praktisk betydelse är att det i regel anförs vissa typfall som anses motbevisa att borgensåtagandet är – eller *bör* vara – accessoriskt.<sup>53</sup> Till exempel anses det i vissa undantagsfall att borgensåtagandet kvarstår trots att huvudförbindelsen upphört eller visat sig vara ogiltig,<sup>54</sup> vilket kan användas som ett argument mot att borgen är accessorisk.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Jfr Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 59–88 och 479–488.

<sup>52</sup> Jfr Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 260–266 och 454 – 457.

<sup>53</sup> Jfr särskilt Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 40, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15 och Ussing, *Kaution*, s. 15.

<sup>54</sup> Se t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 77–86 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 78–92) och Beck Thomsen & Rohde, *Kaution og tredjemanspant*, s. 170–177.

<sup>55</sup> Jfr särskilt Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 38–46, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15 samt Højrup, *Kaution*, s. 10.

I detta ligger uppenbarligen ett påstående om att borgen kanske inte nödvändigtvis är accessorisk, åtminstone inte i juridisk mening, vilket kan uppfattas som att accessoritetsbegreppet accepteras och bemöts. Om begreppet uppfattas som meningslöst finns det ingen större poäng med att försöka illustrera att borgen inte är accessorisk. Kritiken tycks dock främst användas för att visa att det finns situationer då den rättsliga lösningen *som förespråkas* inte är förenlig med en syn på borgensåtagandet som accessoriskt, vilket – ur ett *praktiskt perspektiv* – innebär att begreppet är mer eller mindre meningslöst.<sup>56</sup> Saken kan, enligt förespråkarna, inte lösas genom närmare definitioner, härledningar från accessoritetsbegreppet eller liknande, varför sådana försök bör överges till förmån för praktiska hänsyn.<sup>57</sup>

Ett sådant ansvar, som kvarstår trots att huvudförbindelsen upphört, behöver dock inte nödvändigtvis vara att beteckna som borgen.<sup>58</sup> Hasselrot, som fäster sådan vikt vid accessoriteten att han menar att borgensåtagandet aldrig kan göras gällande om huvudförbindelsen upphört, är öppen för att något annat ansvar dock kan föreligga.<sup>59</sup>

Detta är dock uppenbart teoretiska spörsmål som verkar vara ointressanta för de praktiskt inriktade juristerna. Deras grundsyn tycks vara att det som är intressant är vad som är den korrekta rättsföljden av vissa handlingar – om borgensmannen måste prestera eller ej.<sup>60</sup> Ett sådant synsätt, kombinerat med en viss begreppsfiendlighet, leder till att den rättsliga kvalificeringen av ansvaret är irrelevant.<sup>61</sup> Skillnaden i tillvägagångssätt är då att frågan rättstillämparen, enligt det praktiska perspektivet, bör ställa sig är vilken rättsföljd som ska

<sup>56</sup> Jfr t.ex. Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Højrup, *Kaution*, s. 9–10 och Ussing, *Kaution*, s. 176–177 för tydligt skeptiska inställningar till accessoritetsbegreppets värde.

<sup>57</sup> Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Højrup, *Kaution*, s. 9–10, Krag Jespersen, *Kaution*, s. 17, Ussing, *Kaution*, s. 15 och 176–177 samt Smith, *Garantirett II*, s. 415.

<sup>58</sup> Se t.ex. Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 42, Nebelong, Bent, *Om Forløfte: En Sammenligning og Vurdering af de nordiske Landes Regler om Forløfte med Henblik paa nordisk Fælleslovgivning*, Nyt Nordisk Forlag, Köpenhamn, 1948, s. 95 och Ussing, *Kaution*, s. 176–177.

<sup>59</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 5–10.

<sup>60</sup> Tydligt uttryckt i Ussing, *Kaution*, s. 176–177; jfr även Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29.

<sup>61</sup> Jfr särskilt Ussing, *Kaution*, s. 177.

inträda mot bakgrund av föreliggande omständigheter.<sup>62</sup> Rätten och begreppen är inte *a priori* givna fenomen som man kan deducera från för att lösa ett fall, utan i stället något som kommer till i efterhand för att beskriva vad som gjorts.<sup>63</sup>

Något accepterande av accessoriteten som juridiskt argument eller meningsfullt begrepp för att lösa rättsfrågor innebär alltså inte påpekandet att borgensmannen kan vara förpliktad trots att accessoriteten ”brutits”. Det antyder snarare ett helt annorlunda angreppssätt. Frågan hur det rättsliga problemet löstes kvarstår, och svaret är kanske (åtminstone i svåra fall) – genom praktiska hänsyn. I vilken utsträckning denna metod tillämpas och vilka praktiska skillnader (i meningen annorlunda utfall än vid en begreppsorienterad metod) den skulle medföra är svårt att sia om. I själva konceptet ligger inte några nödvändiga skillnader av praktisk art.

I övrigt är det, åtminstone enligt min uppfattning, svårt att se vad de praktiska konsekvenserna av synsättet skulle vara. Den skillnad som lyfts fram i litteraturen är just dessa fall där accessoriteten ”brutits” men ansvar ändå anses kunna göras gällande; en skillnad som i allmänhet verkar vara av terminologisk art eftersom, mig veterligen, ingen har hävdats att allt potentiellt ansvar för borgensmannen försvinner i samband med huvudförbindelsens upphörande – däremot att det inte längre kan vara fråga om *borgensansvar*.<sup>64</sup>

Med detta i åtanke framstår det för min del som att de praktiska konsekvenserna i allmänhet bör bli ringa – åtminstone när det gäller den här behandlade frågan om accessoritet. Som Ingvarsson uppmärksammar går det att ställa upp alla fall där ansvar, trots att accessoriteten är bruten, bör kunna göras gällande mot bakgrund av olika överväganden och hantera dessa var för sig; den ledning som

<sup>62</sup> Jfr Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 29, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Ussing, *Kaution*, s. 176–177 och Smith, *Garantirett II*, s. 415.

<sup>63</sup> Jfr Smith, *Garantirett II*, s. 410–411 och s. 415 för uppfattningen att accessoritetsbegreppet (som bäst) tjänar som en samlad beteckning på innehållet i rättsreglerna; jfr även Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 200–210 om rättsliga normers existens och s. 293–302 om rättighetsterminologin.

<sup>64</sup> Jfr särskilt Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 5–10 om att borgensmannen kan ha åtagit sig ett annat ansvar; borgensåtagandet kanske utgör den egentliga huvudförbindelsen och borgensmannen är egentligen gäldenär.

man kan finna i borgensinstitutet för det ansvaret bör nämligen vara ringa, om inte obefintligt.<sup>65</sup> Jag tror snarare att synsättet främst har konsekvenser på ett teoretiskt plan. Förespråkarna vill nämligen säga något om juristen och juridikens roll.

### 2.2.3 Juristens roll och praktiska hänsyn

Det går inte att komma ifrån att det i kärnan av det praktiska synsättet ligger en samhällsorienterad syn på vad juristens, och juridikens, roll är. Detta har nämnts ovan, men kräver en del förtydliganden eftersom det är närmast en självklarhet att juristens roll är samhällsorienterad oavsett hur den anses bära genomföras; grundkonceptet är att juridiken existerar för att lösa meningsskiljaktigheter mellan minst två personer som uppenbarligen interagerar med varandra; juridiken förutsätter därför samhället – utan det skulle den inte existera.

Det praktiska synsättet är, åtminstone enligt min uppfattning, samhällsorienterat på ett något mer specifikt sätt. Det bygger på att juristen ska vara lyhörd för samhällets behov och bedriva en verksamhet som, i någon mening, förbättrar samhället – men detta framstår också som rena självklarheter som även kan användas för att motivera ett helt motsatt synsätt. Jag tror det intressanta uppstår vid jämförelsen med ett begreppsorienterat synsätt (som givetvis, om man så vill, också kan motiveras med att det ur samhällssynpunkt vore att föredra) där den *handlingsdirigerande* roll som juristen förväntas inta framträder; juristen ska verka för att för samhället önskvärda resultat uppnås även om detta kan framstå som svårt att förena med begreppsbyggnaden och äldre teori på området. I stället för att bemöda sig om detaljerade *tolkningar* av begrepp, ska juristen välja den lösning som framstår som ändamålsenlig mot bakgrund av, till exempel, kreditlivets krav.<sup>66</sup>

Detta är inte i något avseende ett praktiskt tillvägagångssätt i den meningen att det skulle underlätta för praktiskt verksamma jurister

<sup>65</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 42.

<sup>66</sup> Uppfattningen uttrycks kanske tydligast av Ussing; se *Kaution*, s. 34–35, 184 och 193; jfr även Smith, Carsten, Garantioppgjør: *Garantirett I*, Universitetsforlaget, Oslo, 1963, s. 18–19.

eller i mer genuin mening bidra till uppfyllandet av juridikens samhällsfunktion. Åtminstone så har det inte på ett övertygande sätt visats varför det skulle vara så. Taget till sin logiska slutpunkt eliminerar snarare detta perspektiv tolkningen överhuvudtaget och kan, till exempel, leda till uppenbara förutsebarhetsproblem i det praktiska rättslivet. Det framstår snarare som ett i grunden rättsteoretiskt perspektiv av innebörden att juristen ska vara *argumenterande* hellre än *tolkande*.<sup>67</sup>

Min uppfattning är därför att synsättet representerar en förskjutning från *tolkning till argumentation*. Allra tydligast kommer detta, enligt min mening, till uttryck hos Smith, som visserligen inte uppvisar samma fientlighet mot accessoritetsbegreppet som andra författare.<sup>68</sup> Han ger sig nämligen på att försvara äldre tiders argumentation som baserats på accessoritetsbegreppet, men sättet han gör det på avslöjar en intressant grundsyn som jag tror illustrerar tankegångarna och metoden bakom det praktiska synsättet.

Smith menar att mycket av kritiken mot äldre tiders användning av accessoritetsbegreppet nog bygger på ett missförstånd av terminologisk karaktär; uttalanden om att en viss utgång rekommenderas på grund av accessoriteten är endast ett förtäckt analogislut som lyder ungefär: Enligt en sammantagen tolkning av rättskällorna framstår det som att vikt fästs vid sambandet med huvudförbindelsen – benämnt accessoriteten – och samma hänsyn gör sig gällande i detta fall, varför vi väljer att göra ett analogislut men uttrycker slutsatsen såsom grundad på borgens accessoriska natur.<sup>69</sup> Detta resonemang visar, enligt min mening – och kanhända att det är en väl tillspetsad tolkning – att Smiths uppfattning är att *tolkning* (åtminstone teoretiskt) är ett skenbegrepp som närmast kan utmönstras och ersättas av *argumentation*. Ett analogislut är oantastbart eftersom det är en vedertagen argumentationsteknik; att däremot tolka ett rättsförhållande som accessoriskt och dra slutsatser av rättslig innebörd från detta är ett så obegripligt tillvägagångssätt att det endast går att försvara med

<sup>67</sup> En intressant jämförelse i sammanhanget kan vara Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 210–269 angående just distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

<sup>68</sup> Jfr t.ex. Smith, *Garantirett II*, s. 411.

<sup>69</sup> Smith, *Garantirett II*, s. 414.



hänvisning till att det endast är det språkliga uttryckssättet för ett annat resonemang – ett *argument*.<sup>70</sup>

Bakgrunden till det praktiska synsättet kan självklart variera, men går nog ofta, enligt min uppfattning, att koppla till en lojal inställning till samhälleliga maktfaktorer – lagstiftaren och statsmakten eller andra särintressen i samhället, till exempel *borgenärer* eller *gäldenärer* – där de handlingsdirigerande mål som dessa aktörer kan tänkas ha, anses vara juridikens grundläggande uppgift att genomdriva.<sup>71</sup> För borgensinstitutets del kommer det till tydligt uttryck i uppfattningen att hänsyn ska tas till kreditlivets krav; kreditgivningen målas upp som ett samhällsviktigt fenomen och ett gott borgensrättsligt avgörande främjar denna för samhället viktiga verksamhet.<sup>72</sup> Ett annat tydlig exempel som också visar på hur detta synsätt samspelar med den politiska makten och utvecklas i linje med den, är att detta påstått kreditgivningsfrämjande synsätt i senare litteratur kompletteras, och ibland ersätts, med ett konsumentskyddsperspektiv; nu är det i stället fråga om att konsumenterna måste skyddas, vilket, enligt detta synsätt, *måste påverka juridiken*.<sup>73</sup>

#### 2.2.4 Går synsättet att koppla till någon bakomliggande teori: pragmatism eller realism – eller en antireaktion?

Ovan har antytts att det kanske kan finnas en koppling mellan det praktiska perspektivet och generella rättsteoretiska strider. Begreppen pragmatism och realism har lagts fram lite vårdslöst utan någon närmare förklaring.

<sup>70</sup> Jfr Smith, *Garantirett II*, s. 413–415.

<sup>71</sup> Jfr Ussing, *Kaution*, s. 34–35, 184 och 193 samt Smith, *Garantirett I*, s. 18–19; jfr även Ussing, *Skuld og skade*, s. 5–9 och Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 305–306; Sundberg, Jacob W. F., *fr. Eddan t. Ekelöf*, 2 u., Juristförlaget, Stockholm, 1990, s. 175–177, s. 194–198 och 224–227 om socialistisk rättsteori kan även vara en intressant jämförelse i sammanhanget.

<sup>72</sup> Jfr Ussing, *Kaution*, s. 34–35, 184 och 193 där inställningen kommer tydligast till uttryck; jfr även Smith, *Garantirett I*, s. 18–19.

<sup>73</sup> Se t.ex. Ingvarsson, Torbjörn, *Allmänna råd och jämkning av borgensätaganden*, SvJT 2008, s. 867–876, Persson, Annina H., *Bidrar borgensinstitutet till individers överskuldssättning?*, JT 2007/08, s. 47–65, Ingvarsson, Torbjörn, *Något om konsumentskyddsaspekter på privatpersoners borgensätaganden*, JT 2001/02, s. 34–47, Ramberg, Jan i Borgen: Förutsättningsfrågor, regressfrågor, konsumentfrågor, Lehrberg, Bert, (red.), Fritzes, Stockholm, 1995, s. 158–161 och Millqvist, Göran, *Rättslig kontroll av borgensätagande genom avtalstolkning*, SvJT 1990, s. 252–267 för olika kommentarer angående hur rättstillämpningen och rättsbildningen kan motverka ”obalanser” i partsförhållanden, särskilt mellan konsumenter och näringsidkare.

Blandhol har behandlat nordisk rättspragmatism, främst med fokus på ett antal rättsvetenskapsmän från 1800-talet.<sup>74</sup> Filosofisk pragmatism – i Blandhols beskrivning – uppvisar en del likheter med den ovan skisserade bilden av det praktiska perspektivet. Han pekar på en misstro mot att genom teoretiska undersökningar och abstraktioner komma fram till sanningar.<sup>75</sup> Ur ett pragmatiskt perspektiv är det suspekt att deducera slutsatser lämpliga för omsättning i verkligheten från abstrakt formulerade begrepp.<sup>76</sup> Denna pragmatism menar han får ett rättsteoretiskt uttryck hos Ørsted och Schweigaard, och dess kärna verkar bestå just av ett ifrågasättande av de juridiska begreppens användbarhet för att lösa rättsliga frågor samt en stark vilja att uppnå *praktiskt önskvärda resultat*.<sup>77</sup>

Enligt Blandhol är pragmatismen ett försök att

”[...] överskride filosofiens skolestrider, for å konsentrere oppmerksomheten om problemer som det *faktisk betyr noe å få løst [min kursivering]*.”<sup>78</sup>

Anledningen till att man inte har tagit itu med dessa problem är att man

”[...] har forblitt hengende i ufruktbare diskusjoner om forholdet mellom ord, som man feilaktig har tatt som betydningsfulle for hvordan virkeligheten er og henger samman.”<sup>79</sup>

<sup>74</sup> I Blandhol, Sverre, *Nordisk rettspragmatisme: Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode*, DJØF Publishing, Köpenhamn, 2005.

<sup>75</sup> Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, s. 54–59.

<sup>76</sup> Blandhol, Sverre, *Nordisk rettspragmatisme – idehistorisk perspektiv*, Kleineman, Jan, (red.), *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2019, s. 31–32 och *Nordisk rettspragmatisme*, s. 51, 58–59.

<sup>77</sup> Jfr Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, s. 200–202 och 271–274.

<sup>78</sup> Blandhol i *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, s. 31.

<sup>79</sup> Blandhol i *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, s. 31.

Han menar att pragmatismen tar avstånd från att *all* filosofi måste bygga på logiska slutsatser från säkra premisser.<sup>80</sup> Logiken har giltighet på sitt område men

”[...] er av begrenset anvendelighet i *praktiske spørsmål om hvordan vi skal handle* [min kursivering], der blant annet politikk, moral og juss hører hjemme.”<sup>81</sup>

Ørsted och Schweigaard (och andra rättspragmatister) vänder sig mot begreppstänkandets plats i juridiken eftersom de har moraliska och praktiska invändningar mot det.<sup>82</sup>

”Det det handler om er å vinne innsikt og kunnskap som vi kan *bruke*, bruke for å rette og forbedre det vi kan gjøre noe med i vårt *praktiske handlingliv* i samfunnet og ellers. Man kan derfor kanskje si at det ligger et slags moralsk imperativ bak den pragmatiske innstilling. Man søker kunnskap for å *oppnå ønskede resultater*, og enhver lære eller metode som ikke bærer frukt, er slik sett ikke bare feil, men også uinteressant. [alla kursiveringar är mina]”<sup>83</sup>

Blandhols beskrivning påminner om de korta metodkommentarer som finns i borgenslitteraturen och den tolkning jag har gjort av det praktiska perspektivet. För egen del framstår metoden (eller teorin) som tämligen innehållslös. Den bygger på en stark kritik av abstrakt teoretiserande och ställer upp *handlandet* som motsatsen. Problemet (åtminstone i juridiken) är dock inte att de begreppsorienterade juristerna inte vill handla; det är snarare vad som är *rätt* – vilken metod som ska användas när man handlar genom att ta juridiska beslut.

Blandhol framhåller von Savigny som företrädare för en formalistisk begreppsorienterad juridik,<sup>84</sup> men det är knappast så att von

<sup>80</sup> Intressant är att han i detta sammanhang för fram logisk positivism som något pragmatikerna tar avstånd från. Synsättet att orden (språket) inte är en del av verkligheten – som tydligt framgår av citatet ovan – är annars något som har sammankopplats med just logisk positivism; jfr Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 165–172 och 287–288 samt Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 5–9.

<sup>81</sup> Blandhol i *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, s. 31.

<sup>82</sup> Blandhol i *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, s. 32.

<sup>83</sup> Blandhol i *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, s. 32.

<sup>84</sup> Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, s. 11–14 och 105–146.

Savigny och företrädarna för den historiska skolan *inte handlade*. Det är fråga om rättsvetenskapsmän som hade stor påverkan på rättsligt beslutsfattande och rättsordningar.<sup>85</sup> Om deras påverkan var god eller ej är däremot en i grunden normativ fråga. Den springande punkten är givetvis om deras teorier – deras metod – var korrekt, om det var *rätt* eller om ett annat sätt att lösa juridiska problem är att föredra. På den punkten tycks rättspragmatismen och företrädarna för det praktiska perspektivet lämna oss besvikna. De nöjer sig med uttalanden om att praktiskt nyttiga resultat ska uppnås; man kan kanske omformulera det som så att författaren *vill* något och det som uppnår det önskade resultatet är en bra metod.<sup>86</sup>

En annan sak som framträder är svårigheten att sammankoppla det företrädarna för det praktiska perspektivet faktiskt gör när de utreder borgensrättsliga frågeställningar med deras metoduttalanden och den skisserade tänkbara teoretiska grunden. Det går att ifrågasätta vilken påverkan som praktiska hänsyn har på den faktiska argumentationen. Den huvudsakliga hanteringen av rättsfrågorna verkar bestå av gammal hederlig rättsdogmatik; rättskällorna undersöks och argumentationen är ungefär så formalistisk och traditionsbunden som den brukar vara. Någon empirisk undersökning av vad som är lämpligt eller vad resultatet av ens rättstillämpning faktiskt är sker inte, trots att det på ett teoretiskt plan tycks ligga i kärnan för vad pragmatism är. Det är främst hos Ussing som det förekommer spridda uttalanden om kreditlivets krav och samhällsvärdet av borgen.<sup>87</sup> I övrig litteratur kan man hitta resonemang om styrkeförhållandet mellan parterna och dylikt.<sup>88</sup> I vilken utsträckning sådana idéer påverkar den rättsliga argumentationen är dock oklart. Teorin verkar egentligen endast komma till uttryck i en ovilja att syssla med

<sup>85</sup> Se t.ex. Sundberg, *fr. Eddan t. Ekelöf*, s. 163–175 om von Savigny och den historiska skolans inflytande i Norden.

<sup>86</sup> Jfr t.ex. Blandhol, *Nordisk rettspragmatism*, s. 51 och 66–67 samt i Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, s. 32.

<sup>87</sup> Se t.ex. Ussing, *Kaution*, s. 34–35 och 193.

<sup>88</sup> Se t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 81–82, Ingvarsson i SvJT 2008, s. 867–876, Persson i JT 2007/08, s. 47–65, Ingvarsson i JT 2001/02, s. 34–47, Ramberg, Jan i Borgen, s. 158–161 och Millqvist i SvJT 1990, s. 252–267.

begreppsbestämningar och i det att rättstoffet hellre systematiseras genom praktiska typfall – inte den juridiska begreppsvärlden.

Kanske kan det praktiska synsättet även kopplas ihop med realism, som tycks vara en vanligare beteckning i rättsteoretisk litteratur än pragmatism. Björne gör skillnad på ”äldre” realism och skandinavisk realism där det senare huvudsakligen är en rättsteoretisk idéströmning vars koppling till – och nytta för – den faktiska rättstillämpningen går att ifrågasätta.<sup>89</sup> Den äldre realismen framstår dock av Björnes beskrivning som en praktisk inställning till juridik innefattandes flera olika teoribildningar<sup>90</sup> som förenas av ett avståndstagande från en begreppsorienterad syn på juridik.<sup>91</sup> Realismen är därför i många avseenden att betrakta som en reaktion mot den konstruktiva riktningen, i vilken de juridiska begreppen var av väsentlig betydelse.<sup>92</sup> Ussings metoduttalanden är ett tydligt exempel på detta eftersom han blandar fritt från olika rättsteorier, men *inte* konstruktivismen.<sup>93</sup>

Den äldre realismen erbjuder inte några egentliga förklaringar till det praktiska perspektivets teoretiska utgångspunkter utöver det som hanterats ovan; det är återigen fråga om en viss begreppsfiendlighet och en uppfattning att juridiken i stället ska inrikta sig på att uppnå vissa önskvärda resultat.<sup>94</sup> Det tycks förhålla sig så att den rättsteoretiska litteraturen antingen hanterar vetenskapsteoretiska frågor vars inflytande på rättstillämpningen kan ifrågasättas, eller förespråkar vissa praktiska lösningar och handhavandegrepp utan att egentligen motivera dem på ett tillfredsställande sätt.<sup>95</sup>

Uppfattningar av mer handfast karaktär som har påverkat rättstillämpningen och det här behandlade praktiska perspektivet, är förespråkandet av ”fria rättskällor”, särskilt sakens natur, vilket enligt

<sup>89</sup> Jfr Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 364–367.

<sup>90</sup> Björne beskriver perioden 1911–1950 som präglad av en generell metodpluralism (*Realism och skandinavisk realism*, s. 561–564) och lyfter fram Ussing som exempel på den äldre realismens brist på metodologisk stringens (*Realism och skandinavisk realism*, s. 306).

<sup>91</sup> Jfr Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 295–315 och 364–367.

<sup>92</sup> Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 284–295 och 561–564; se även Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 208–258 om den konstruktiva metoden.

<sup>93</sup> Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 306.

<sup>94</sup> Jfr t.ex. Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 295–315 och 364–367.

<sup>95</sup> Jfr särskilt Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 364–367.

vissa realister tycks vara rättskällan *par excellence*.<sup>96</sup> Begreppen är dock återigen vaga även i den teoretiska litteraturen, inte minst ”sakens natur” som kan vara både ett tolkningsmedel och en rättskälla (eller en beteckning för flera olika rättskällor).<sup>97</sup> I Björnes ord:

”[...] domstolarna dömde efter sakens natur, rättsvetenskapen kom med sina tolkningsförslag enligt sakens natur, allmänheten inrättade sina göromål enligt sakens natur, och enligt sakens natur var sakens natur en viktig rättskälla eller ett viktigt tolkningsmedel.”[fotnot utesluten]<sup>98</sup>

Några ytterligare slutsatser angående den teoretiska bakgrunden för praktiskt inriktad borgenslitteratur verkar inte gå att dra av realismen.

Avslutningsvis kan det vara värt att väcka frågan om det praktiska perspektivet kanske endast är en antireaktion mot ett teoretiskt synsätt. Det enda som står helt klart är nämligen att det representerar ett avståndstagande från juridiska begrepp i allmänhet och accessoritetsbegreppet i synnerhet; en sådan negativ definition innebär inte nödvändigtvis att någon samstämmighet mellan avståndstagarna föreligger.<sup>99</sup>

Kanske är det endast detta opponerande mot något som utgör perspektivet. Som påpekats gång på gång är det vanskligt att förankra perspektivet i någon bakomliggande teori även om det går att finna likheter både i rättspragmatismen och realismen. Sådana problem kan givetvis förklaras med att det endast är en antireaktion.

Enligt min uppfattning är dock en sådan antireaktion kanske tillräcklig för att skapa en gemensam teoribildning. Åtminstone taget till sin logiska slutpunkt är påståendet att en rättslig argumentation ska bygga på praktiska hänsyn – vars innebörd inte klargörs – drastiskt eftersom det innebär att *juristen fritt bestämmer vad som är rätt*.

<sup>96</sup> Jfr Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 411 och 415–423.

<sup>97</sup> Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 415.

<sup>98</sup> Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 415.

<sup>99</sup> Jfr Sandstedt, Johan, *Sakrätten, Norden och europeiseringen: Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism*, Jure, Stockholm, 2013, s. 15.

I den rättsteoretiska litteraturen är detta såklart gammal skåpmat; reella hänsyn, sakens natur samt liknande fenomen har diskuterats under lång tid och många anser säkerligen att det är argument som kan användas i rättstillämpning.<sup>100</sup> Att faktiskt gå så långt att man ställer upp en sådan fri argumentation som en av spelarna för att förstå ett rättsområde och att i rättstillämpningen uttryckligen ange att man stödjer sig på sådant, framstår dock som kontroversiellt.<sup>101</sup>

Saken räddas kanske av att det praktiska perspektivets faktiska inflytande på hur rättsliga beslut tas förmodligen är begränsat till några få specifika undantagsfall (om det ens har något inflytande). Inställningen verkar vara att man spelar med i det rättsdogmatiska spelet så länge det inte leder till alltför oönskade resultat.<sup>102</sup>

### 2.3 Det teoretiska synsättet

Det praktiska synsättet kan alltså uppfattas som en reaktion mot ett mer teoretiskt synsätt, men vad innebär detta teoretiska synsätt? Som nämnts är det inte någon vedertagen beteckning på en identifierbar skolbildning eller liknande, utan ett uttryck valt för den här framställningen. Eftersom de praktiskt inriktade rättsvetenskapsmännen kritiserar detta synsätt ligger det nära till hands att beskriva det som teoretiskt. Som beskrivits ovan är dock det praktiska synsättet huvudsakligen att betrakta som ett uttryck för en särskild rättsteoretisk grundsyn – och därmed *teoretiskt*.

Det som skiljer det här beskrivna teoretiska synsättet från det praktiska är den vikt som eventuellt fästs vid accessoritetsbegreppet. I stället för att omgående falla tillbaka på praktiska överväganden (om man nu verkligen gör det) representerar detta synsätt en be-

<sup>100</sup> Även om det sällan förekommer (åtminstone uttryckligen) i domskäl och är ytterst svårbestämda begrepp; jfr Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 412–415 samt Björne, *Realism och skandinavisk realism*, s. 415–423.

<sup>101</sup> Det framstår som långt mer kontroversiellt än t.ex. HD:s utveckling som har debatterats flitigt; för ett axplock ur den debatten, se t.ex. Wersäll, Fredrik, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, SvJT 2014, s. 1–8, Wiklund, Ola, *Om Högsta domstolens rättskapande verksamhet — löper domstolen amok?*, SvJT 2014, s. 335–347 samt Derlén, Mattias & Lindholm, Johan, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen*, SvJT 2016, s. 143–158.

<sup>102</sup> Jfr Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 261 och 264–265 angående en inställning att rättsdogmatiken består av utsagor som normalt accepteras men kan överges i exceptionella fall – att den gäller *pro tanto*.

greppsvänlig inställning, där accessoritetsbegreppet har betydelse för juridiska slutsatser. Det är som sagt inte fråga om några rättsvetenskapsmän med en öppet begreppsjuridisk programförklaring, utan snarare ett försök av mig att sammanställa litteratur som inte nödvändigtvis har något mer gemensamt än att den inte direkt stödjer det praktiska synsättet.

### 2.3.1 Äldre teoretiska synsätt

Schrevelius utgår från den klassiska distinktionen mellan *principal*a och *accessoriska* obligationer, där borgen tillhör de *accessoriska*:

”Likasom ting i allmänhet stundom äga en själfständig existens, stundom åter äro blotta tillbehör till andra ting; [...] så är förhållandet äfven med obligationer. Stundom stå nemligen obligationer i ett sådant förhållande till hvarandra, att väl den ena af dem kan äga bestånd utan den andra, men sednare åter icke utan den förra. I sådant fall kallar man den första *principal*; (*obligatio principalis*) den sednare åter *accessorisk* (*obligatio accessoria*).”<sup>103</sup>

I övrigt ansluter han sig i allt väsentligt till den traditionella beskrivningen av borgen som ett löfte för annans gäld och konstaterar att borgen med nödvändighet förutsätter en huvudförbindelse till vilken den ”[...] såsom en *obligatio accessoria* sluter sig.”<sup>104</sup>

Av denna definition drar han till exempel slutsatserna att borgensmannen i allmänhet ska prestera detsamma som gäldenären,<sup>105</sup> att borgensmannen inte kan vara skyldig att prestera mer än gäldenären<sup>106</sup> och – kanske av störst intresse – att borgen upphör om huvudförbindelsen gör det eftersom det är en *accessorisk* förpliktelse.<sup>107</sup> Det är alltså fråga om ett typexempel på den begreppsvänliga teoretiska inställning som kritiseras i senare litteratur; Schrevelius använder de juridiska begreppen för att motivera hur vissa fall bör hanteras.

<sup>103</sup> Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 350.

<sup>104</sup> Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 664–665.

<sup>105</sup> Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 665.

<sup>106</sup> Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 666.

<sup>107</sup> Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 679.



Agardhs beskrivning av borgensinstitutet är också en tydligt begreppsorienterad framställning. Han diskuterar accessoritetsbegreppet förhållandevis ingående och, framför allt, *drar konkreta slutsatser av att borgen är accessorisk*. Inledningsvis genomför han, likt Schrevelius, en indelning av avtal i självständiga och accessoriska – där borgen tillhör de senare.<sup>108</sup> Han framhåller vidare att just denna accessoritet är en väsentlig bestämning av borgen och framhåller att ett borgensåtagande med *nödvändighet* förutsätter den *rättsliga förhållandenvaron av en huvudförbindelse* utan vilken ett borgensåtagande inte kan uppstå.<sup>109</sup> I övrigt innebär accessoriteten, enligt Agardh, att borgen som huvudregel måste vara inriktad på samma prestation som huvudförbindelsen, att borgen normalt sett upphör i samband med huvudförbindelsen och att det i allmänhet inte är möjligt inträda i en borgen som är mer betungande än huvudförbindelsen.<sup>110</sup> Även hans framställning av grunden till borgensmannens rätt att framställa invändningar ur gäldenärens person, är huvudsakligen baserad på borgensåtagandets accessoriska natur.<sup>111</sup>

Hasselrot fäster också stor vikt vid sin definition av borgen som accessorisk. Med stöd av den uppfattningen tycks han härleda juridiska slutsatser ur borgens natur (accessoriteten); det tydligaste exemplet på detta är att han hävdar att borgensåtagandet med *nödvändighet* förutsätter en huvudförbindelse.<sup>112</sup> Han framstår därmed som en av dem som drar mest definitiva juridiska slutsatser av accessoritetsbegreppet. Han ådagalägger dock även en praktisk ådra då han – trots denna grundsyn – behandlar olika fall där huvudförbindelsen av någon anledning inte kan göras gällande och tycks hantera den frågeställningen lite *ad hoc*.<sup>113</sup> De fall där ”borgensansvaret” kan göras gällande trots att huvudförbindelsen inte kan det är han dock ovillig att beteckna som borgen.<sup>114</sup> Min uppfattning är att han egentligen behandlar två frågor i ett svep, där det för honom är självklart

<sup>108</sup> Agardh, *Om borgen*, s. 8.

<sup>109</sup> Agardh, *Om borgen*, s. 12.

<sup>110</sup> Agardh, *Om borgen*, s. 12–17.

<sup>111</sup> Agardh, *Om borgen*, s. 62–71.

<sup>112</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 5.

<sup>113</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 6–10.

<sup>114</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 7–8.

att borgen är en accessorisk förpliktelse som kräver en huvudförbindelse, men även om huvudförbindelsen inte kan göras gällande kan ”borgensmannen” faktiskt har åtagit sig ett vidare ansvar och därmed vara skyldig att presteras.

Frågan framstår som något kryptiskt hanterad hos Hasselrot. Han anser att det ”[i] en borgens väsen ligger, att löftesförbindelsen icke kan existera annorledes än i sammanhang med huvudförbindelsen”,<sup>115</sup> att ”[b]orgen förutsätter tillvaron av en huvudförpliktelse (huvudförbindelse), till vilken borgensförbindelsen ansluter sig”[fotnoter uteslutna]<sup>116</sup> och ”[u]pphör huvudförbindelsen, så kan ej heller borgensförbindelsen göras gällande”[fotnot utesluten].<sup>117</sup> Trots detta är han dock öppen för att borgen (vilket han är tveksam till att benämna ansvaret) kan vara bindande även i vissa fall där huvudförbindelsen visat sig inte kunna göras gällande.<sup>118</sup>

Ekström kan lyftas fram som en intressant motbild. Han har visserligen ett i hög grad begreppsorienterat tillvägagångssätt i den meningen att han tycks dra slutsatser med stöd av de juridiska begreppen,<sup>119</sup> men gällande accessoriteten är hans uppfattning att borgensåtagandet inte nödvändigtvis förutsätter en huvudförbindelse enligt (då gällande) finsk och nordisk rätt.<sup>120</sup> Enligt Ekström är borgen endast accessorisk i den meningen att borgensåtagandet syftar till att utgöra säkerhet för en annan förpliktelse.<sup>121</sup> Det huvudsakliga argumentet för denna uppfattning är att det enligt dåvarande finsk rätt förekom borgen för böter; böter är inte en fordringsrätt och det föreligger alltså överhuvudtaget inget obligatoriskt förhållande – ingen huvudförbindelse.<sup>122</sup> Detta har underordnad betydelse

<sup>115</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 126.

<sup>116</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 5.

<sup>117</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 134.

<sup>118</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 6–10.

<sup>119</sup> Jfr Ekström, F. W., *Om borgen*, 3 u., Söderström & C:o Förlagsaktiebolag, Helsingfors, 1927, s. 11–16 om borgensbegreppet, samt 54–55 om förhållandet mellan huvudförbindelsen och borgen.

<sup>120</sup> Ekström, *Om borgen*, s. 11 och Ekström F. W., *Löftesmans regress till gäldenären och medlöftesmännen: II*, Handelstryckeriet, Helsingfors, 1907, s. 36–39.

<sup>121</sup> Ekström, *Om borgen*, s. 11.

<sup>122</sup> Ekström, *Om borgen*, s. 11–12.

för att förstå borgen idag, och Ekström framhåller att de flesta borgensåtaganden går ut på att säkra huvudförbindelser, men betonar att en lagligen bindande borgen enligt finsk rätt inte förutsätter en huvudförbindelse.<sup>123</sup>

Mot den här bakgrunden blir den klassiska knäckfrågan om hur en ogiltig huvudförbindelse påverkar borgensåtagandet för Ekström inte en fråga om accessoritet, utan en fråga om huruvida avsikten var att borgen skulle anknyta till en giltig huvudförbindelse. Han formulerar huvudregeln – i linje med betoningen på parternas avsikt – att borgensåtagandets giltighet beror på om borgensmannen kände till att huvudförbindelsen var ogiltig.<sup>124</sup>

Det som är intressant med Ekströms framställning inom ramen för denna artikel och anledningen till att han enligt mig kan placeras inom det teoretiska synsättet – trots att han inte anser att borgen är accessorisk i den striktare bemärkelsen – är att han *tar accessoritetsbegreppet på allvar*; det är inte så att han avfärdar det som en ointressant fråga – tvärtom: Han tar det på så stort allvar att han bemödar sig argumentera för att borgensåtagandet inte är accessoriskt. Det är en tydligt begreppsorienterad inställning, och man får anta att han vid motsatt utgång hade dragit juridiska slutsatser av borgens accessoriska natur.

### 2.3.2 Modernare synsätt av viss teoretisk karaktär

I nyare litteratur kan Ingvarssons och Lehrbergs texter om borgen lyftas fram som något teoretiska.<sup>125</sup> Lehrberg väljer att utgå från förutsättningsläran vid analysen av förutsättningarna för borgensmannens ansvar, vilket i sig får ses om ett tämligen teoretiskt angreppssätt, men det innebär också att accessoriteten avfärdas som förklaring.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> Ekström, *Om borgen*, s. 12.

<sup>124</sup> Ekström, *Om borgen*, s. 42–43.

<sup>125</sup> Då avses främst Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter* och Lehrberg, Bert, *Uppsatser i bankrätt. Första samlingen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002. I denna artikel hänvisas genomgående till Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 116–197 i stället för Lehrberg, Bert i *Borgen: Förutsättningsfrågor, regressfrågor, konsumentfrågor*, Lehrberg, Bert, (red.), Fritzes, Stockholm, 1995, s. 15–54, vilken den förra texten utgör en omarbetning av.

<sup>126</sup> Jfr Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 123–124 där borgens accessoritet uppmärksammas, utan att anföras som en potentiell rättslig grund för att borgensmannen inte ska vara bunden av sin borgen.

Därför finns det inte särskilt mycket att hämta hos Lehrberg angående accessoritetsbegreppet, annat än att han betecknar borgen som accessorisk – ur ett ekonomiskt perspektiv – och inte verkar se det som problematiskt.<sup>127</sup>

Ingvarsson däremot, ägnar visst utrymme åt att behandla accessoritetsbegreppet, och det som framför allt är intressant i detta sammanhang är att han försvarar det från kritiken som det mottagit från företrädarna för det praktiska perspektivet. Han noterar att en mer skeptisk inställning till borgens accessoritet är den numera förhärskande och menar att de vanligaste invändningarna mot att betrakta borgen som accessorisk är att det är möjligt att gå i borgen för ogiltiga huvudförbindelser och att borgensåtagandet kan kvarstå efter novation.<sup>128</sup>

Angående frågan om borgen för en ogiltig huvudfordran, delar Ingvarsson i sak synsättet att det mångt och mycket är en praktisk fråga om i vilka fall det är lämpligt att lägga risken för huvudfordrans ogiltighet på borgensmannen eller ej.<sup>129</sup> Han anser att det generellt är en lämplig riskfördelning att borgensmannen inte ska behöva kontrollera huvudförbindelsens giltighet och att borgensansvaret som huvudregel bortfaller om huvudförbindelsen är ogiltig.<sup>130</sup> Som ett viktigt undantag framhålls borgensmannens onda tro om ogiltigheten.<sup>131</sup> Ingvarsson anser dock inte att detta är ett argument mot att definiera borgen som accessorisk, eftersom det inte är nödvändigt att betrakta fallen där ansvar kvarstår som just borgen; någon ledning i borgensreglerna finns knappast att hämta.<sup>132</sup>

Slutligen påpekar han att det i grunden är en något cirkulär fråga där svaret ges i premissen – hur man definierar borgen: Anser man att borgensansvar kan kvarstå trots en ogiltig huvudförbindelse har man definierat borgen som *icke-accessorisk*, medan en uppfattning att det

<sup>127</sup> Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 123.

<sup>128</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 40.

<sup>129</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 41–42.

<sup>130</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 41–42.

<sup>131</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 41–42.

<sup>132</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 42–43.

måste vara något annat slags ansvar bygger på synsättet att borgen är *accessorisk* och alltså inte kan kvarstå vid ogiltig huvudförbindelse.<sup>133</sup>

Angående frågan om novations påverkan på borgenssättagandet konstaterar Ingvarsson visserligen att gränsen mellan omsättning av lån och novation alltid är svår att dra, men anser inte att den problematiken är en god invändning mot att beteckna borgen som *accessorisk*; om borgen uppfattas som *accessorisk* är huvudförbindelsens kontinuitet en grundläggande förutsättning för att borgensansvaret ska kunna göras gällande – oavsett eventuella tillämpningssvårigheter (som förövrigt förekommer även i andra sammanhang).<sup>134</sup>

Avslutningsvis lyfter Ingvarsson fram att valet att definiera borgen som *accessoriskt* eller ej, till syvende och sist, innebär ett rättspolitiskt ställningstagande eftersom det avgör vilka rättsregler som kommer tillämpas på olika förhållanden.<sup>135</sup> Detta är i många avseenden en riktig och viktig iakttagelse, men den kan även kritiseras. Ett sådant uttryckssätt antyder nämligen att det skulle vara ett godtyckligt politiskt val, vilket ger juristen en klart *argumenterande roll*. Man kan såklart se det som att juristen i stället har en *tolkande roll* och ska utreda om borgen är *accessorisk* och vad det i så fall innebär – utan att närmare fundera över vad som vore lämpligt ur ett eller annat rättspolitiskt perspektiv.

### 2.3.3 Sammanfattning av det teoretiska synsättet

Mot den här bakgrunden ter sig även det teoretiska synsättet som något svårbestämt. Det finns visserligen en klart skönjbar grundinställning till hur borgen lämpligen bör definieras, men uppfattningarna om accessoritetens betydelse varierar en del.

Jag vill dock hävda att det finns en gemensam nämnare, vilket är den jag vill lyfta fram; nämligen att accessoritetsbegreppet inte avfärdas som ointressant eller reduceras till en mer eller mindre

<sup>133</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 43.

<sup>134</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 42–45.

<sup>135</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 45. Som stöd hänvisar Ingvarsson (i not 65) till Smith, *Garantirett II*, s. 416 där det tycks göras gällande att det innebär ett rättspolitiskt ställningstagande att använda accessoritetsbegreppet, vilket inte kan accepteras, till skillnad från reella hänsyn, rationella överväganden eller praktiska hänsyn som tydligen inte är rättspolitiska ställningstaganden (Smith, *Garantirett II*, s. 413 och 415).

lämplig beskrivning av borgensåtagandets ekonomiska innebörd – det uppfattas som ett begrepp öppet för tolkning, där slutsatserna kan ha *juridisk betydelse*. Detta är själva essensen i synsättet, vilket tydligt skiljer det från det praktiska synsättet. Det kan också i hög grad uppfattas som grundat i en annan *metodsyn* – en annan *teoretisk bakgrund* om man så vill.

#### 2.3.4 Juristens roll enligt det teoretiska synsättet

Särskilt när det gäller de äldre uttrycken för detta synsätt så är grunden – vad synsättet innebär för den juridiska verksamheten och varför det är lämpligt – svårfångbar. Vid en analys av det praktiska synsättet finns åtminstone kritik av äldre litteratur att ta del av, som kan förklara vad förespråkarna vill avlägsna sig från. Det teoretiska synsättet verkar inte utgöra någon reaktion mot tidigare idéer – snarare så anknyter synsättet ända tillbaka till den romerska rätten<sup>136</sup> – och några uttryckliga resonemang i metodfrågor framgår inte.

Det ligger därför nära till hands att förstå den äldre borgenslitteraturen som förvaltandes en brokig juridisk tradition med romerskrättsliga, naturrättsliga och positivrättsliga inslag; något som verkar ske utan större reflektion, åtminstone framgår inte några uttryckliga överväganden angående metod och rättsteori i texterna. Att försöka vaska fram en gemensam uppfattning, utan att söka vägledning i den senare kritiken mot synsättet framstår därför som i princip dödfött. Allt från ett helt oreflekterat förvaltande av ett långt arv utan urskiljning till att det finns en genomtänkt metod bakom kulisserna framstår som rimligt.

Vill man koppla det teoretiska perspektivet till någon mer enhetlig teoribildning är den konstruktiva metoden en kandidat; inte minst om man vill uppfatta det praktiska synsättet som en del av (den äldre) realismen, som (enligt vad som behandlats ovan) kan definieras genom avståndstagandet från den konstruktiva riktningen. Björne karakteriserar den konstruktiva riktningen som en teori in-

<sup>136</sup> Tydligt i Ekström, F. W., *Löftesmans regress till gäldenären och medlöftesmännen: I*, Handelstryckeriet, Helsingfors, 1907 (se särskilt Förordet s. V–VI) och i Agardh, *Om borgen*, (se t.ex. s. 7–17).

riktad på systembyggande och begrepp, starkt influerad av den historiska skolan.<sup>137</sup> Riktningen har ofta kritiserats för att fästa överdriven vikt vid de juridiska begreppen, dels eftersom det skulle vara praktiskt ointressant, dels eftersom det skulle bygga på en syn på begreppen som empiriska realiteter.<sup>138</sup>

De bakomliggande motiven för en konstruktiv metod kan såklart variera men formella rättsstatsideal och förutsebarhet i rättstillämpningen är tänkbara värderingar som kan uppbära en sådan metod.<sup>139</sup> Utöver det har den rättsteoretiska diskussionen även på detta område ofta kretsat kring mer teoretiska frågeställningar där knäckfrågan varit att göra juridiken (eller åtminstone rättsvetenskapen) vetenskaplig – att anpassa den till rådande vetenskapskrav.<sup>140</sup>

I vilken utsträckning det teoretiska synsättet är grundat i en konstruktiv metod är dock svårt att avgöra eftersom den metoden inte nödvändigtvis innebär något abrupt brott med tidigare teorier – åtminstone inte för rättstillämpningen och doktrinen. På en rättsteoretisk nivå kan man kanske betrakta den konstruktiva linjen som oförenlig med tidigare naturrättsliga teorier, men för den som författar böcker om borgensinstitutet ser åtminstone jag ingen anledning till att påverkan skulle vara särskilt stor när det gäller begreppsavvändningen. Även naturrättsliga teoribildningar tillmäter de juridiska begreppen viss vikt; realismens genombrott verkar vara det som leder till ett ifrågasättande av begreppen i nordisk rättsvetenskap.

Med stöd av kritiken från förespråkarna av det praktiska synsättet kan man dock skönja vissa bakomliggande idéer. Om det är riktigt att det praktiska synsättet representerar en förskjutning från tolkning till argumentation så framstår det teoretiska synsättet som klart *tolkningsinriktat*. Att accessoritetsbegreppet anses ha en juridisk vikt måste förstås som ett uttryck för ett synsätt där begreppen och språket överhuvudtaget har betydelse vid lösningen av juridiska

<sup>137</sup> Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 208–216

<sup>138</sup> Jfr t.ex. Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 211–216 samt Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, s. 277–280.

<sup>139</sup> Jfr t.ex. Croon, Adam, *Jura Novit Curia: En rättsgenetisk undersökning av den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, Jure, Stockholm, 2017, s. 35–46 och Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 458.

<sup>140</sup> Jfr t.ex. Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 208–258.

problem, vilket i sin tur måste förstås som grundat i idén att *tolkning av språkliga uttryck* är juristens kärnverksamhet; ”praktiskt” olyckliga resultat kan försvaras med hänvisning till tolkningen av begrepp eller andra språkliga uttryck som framgår av rättsordningen eller parternas mellanhavanden.

Att språket är av vikt inom juridiken är såklart ett banalt påstående som gäller i varierande utsträckning för alla olika perspektiv och teorier. I det här sammanhanget är det snarare fråga om en gradskillnad: Den praktiskt inriktade juristen ser inget värde i att grubbla över begrepp eftersom hans uppgift är *handlingsdirigerande och samhällsinriktad*; den som förespråkar ett teoretiskt synsätt däremot, är mer villig att lägga *tolkningen av begrepp* till grund för juridiska slutsatser.

Av detta framträder en annan potentiell skillnad i grundsyn som måste lyftas fram: Den teoretiskt inriktade rättsvetenskapsmannen anser sig inte nödvändigtvis ha till uppdrag att *främja någon samhällsmakts vilja*; hans uppgift kan förstås som en mer fristående akademisk sysselsättning – en utomstående betraktares. Detta är dock vanskligt att uttala sig om. Ett återkommande påstående är att jurister har använt sig av just begrepp för att försöka bevara *status quo*.<sup>141</sup> Med en sådan tolkning kan man beteckna den äldre borgenslitteraturen som *konservativ* – ett språkligt teoretiserande som döljer en i grunden politisk verksamhet. Hur det än är med den saken så kvarstår den viktiga skillnaden att det praktiska synsättet är uttryckligen inriktat på att säkerställa att vissa samhällsmål uppnås genom juridiken, till skillnad från det äldre teoretiska synsättet som inte innebär något uttryckligt ställningstagande; om tystnaden på den punkten döljer vissa politiska sympatier eller ej låter jag vara osagt.

### 2.3.5 Kritiken mot det teoretiska synsättet

Kärnan av kritiken mot det teoretiska synsättet är alltså att det innebär ett meningslöst teoretiserande över begrepp; alldeles för stor vikt fästs vid tolkning av språkliga uttryck och, kanske viktigast av allt, det är inte godtagbart att dra juridiska slutsatser i enskilda fall

<sup>141</sup> Jfr t.ex. Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 215 och Blandhol, *Nordisk rettspragmatism*, s. 144–146.



baserade på *innebörden av begrepp*.<sup>142</sup> Kritiken är ganska träffande när det gäller just de normativa antaganden som det teoretiska synsättet vilar på eftersom det inte klargörs vad metoden är och innebär samt vilka värderingar som uppbar den. Det är inte helt tydligt alla gånger om förespråkarna inser att användningen av de juridiska begreppen har faktiska konsekvenser för människor och samhället; bristen på metoduttalanden gör det svårt att förstå om ett begreppsorienterat tillvägagångssätt används för att det anses vara lämpligt – vara *rätt* – eller om det bara är en teoretisk sysselsättning där kopplingen till samhället glömts bort. Samma kritik kan dock riktas mot det praktiska synsättet; som diskuterats ovan är det högst oklart vad som är önskvärda resultat, hur det fastställs och varför det skulle vara ett lämpligare alternativ till teoretiskt inriktad juridisk tolkning.

Angående det eventuellt oriktiga i att ett begrepp skulle kunna användas för att besvara en juridisk fråga i ett enskilt fall, så är det knappast en korrekt uppfattning. Man kan givetvis *anse* att det är olämpligt och mena att andra överväganden borde ligga till grund för beslut, men det *är inte något logiskt fel* – även om det ibland framstår som att kritikerna anser det.<sup>143</sup> En sådan uppfattning kanske är rotad i en idévärld starkt påverkad av *logisk positivism* och en syn på språket endast som ett medel för att beskriva faktiskt existerande föremål: Några accessoriska förhållanden springer inte runt i fysisk form i sinnevärlden och finns alltså inte.<sup>144</sup>

Kritiken av begreppsanvändningen tycks bygga på en nidbild av en begreppsjuridiskt spekulerande professor som uppfattar det som en (natur)lagbunden nödvändighet att de juridiska begreppen får följder för förhållanden människor emellan – till exempel att borgen är ett *ting* som upphör att existera om huvudförbindelsen gör det. En sådan syn på begrepp närmast som empiriska fenomen

<sup>142</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Ussing, *Kaution*, s. 176–177 och Smith, *Garantirett II*, s. 413–415.

<sup>143</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 29 och 81, Ussing, *Kaution*, s. 176–177 samt Smith, *Garantirett II*, s. 413–415.

<sup>144</sup> Jfr Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 165–172 och 287–288 samt Jareborg i SvJT 2004, s. 5–9.

kanske framgår av vissa rättsteoretiska synsätt,<sup>145</sup> men något stöd för en sådan uppfattning finner inte jag i den här behandlade teoretiska borgenslitteraturen och det är generellt svårt att tänka sig att ett sådant synsätt får inflytande i rättstillämpningen.<sup>146</sup> Att det inte klargörs varför det teoretiska perspektivet är lämpligt kan kritiseras, men det finns flera tänkbara anledningar till att välja – eller inte välja – det.<sup>147</sup>

Det måste också hållas i minnet att även det praktiska perspektivet bygger på juridiska begrepp och tolkning av språk. Det är bara vissa utvalda begrepp som utsätts för kritik. Det görs inte gällande att det juridiska språket ska kastas överbord och att rättstillämparen ska vara ett oskrivet blad inför varje fall; att uppfinna hjulet på nytt i varje enskilt fall är en herkulisk uppgift som inte lockar. Trots påståenden om det olämpliga med att deducera från begrepp för att lösa enskilda fall och hänvisningar till att praktiska hänsyn ska ligga till grund för juridiska beslut, verkar hanteringen av vad som är gällande rätt ske genom att studera rättskällorna på sedvanligt vis. Bara en sådan sak som att de praktiskt inriktade författarna ständigt tycks söka svaret på frågor som rör borgen i just det borgensrättsliga materialet är en konsekvens av den systematik och begreppsbildning som finns i den juridiska traditionen. Varför kan inte ett fall rörande borgen lösas med skadeståndsresonemang, allmän avtalsrätt eller helt fritt utan koppling till rättskällorna – om de juridiska begreppen ändå saknar betydelse?

<sup>145</sup> Jfr t.ex. Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 211–216 och Blandhol, *Nordisk rettspragmatism*, s. 277–280.

<sup>146</sup> Inte minst eftersom det är en rättstillämpare som beslutar vad det rättsliga förhållandet mellan parterna är, vilket innebär att begreppen inte uppfattas som existerande ting som har direkt effekt i sinnevärlden; om så vore fallet behövdes uppenbarligen inte någon rättstillämpning.

<sup>147</sup> Jfr t.ex. Croon, *Jura Novit Curia*, s. 35–46 och Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 458 angående formell rättssäkerhet; jfr även Sandstedt i JT 2016/17 s. 382–408 där formalism och pragmatism kontrasteras inom ramen för en rättighetsfråga. Upprätthållandet av rättigheter lär förutsätta en formalism i den meningen att de tas på allvar – d.v.s. att rättsreglerna inte endast uppfattas som potentiella medel för att uppnå visa mål – vilket kan uppfattas som oförenligt med ett pragmatiskt synsätt; jfr Sundberg, Jacob W. F., *Från Ekelöf till Europa*, Häggglunds Förlag, Klavreström, 2004, s. 39–58 angående hanteringen av Europakonventionen; jfr även Sundberg, fr. *Eddan t. Ekelöf*, s. 189–215.

### 3. BORGENSMANNENS ANSVAR OCH ACCESSORITET

#### 3.1 Har HD uttalat sig om accessoritetsbegreppet?

Högst intressant är självklart om HD har uttalat sig direkt om huruvida borgen är accessorisk till huvudförbindelsen.

Ingvarsson framhåller att det i enskilda fall från HD framgår att domstolen utgått från att borgensåtagandet var accessoriskt, dock utan att använda det uttrycket.<sup>148</sup> Som exempel anförs NJA 1987 s. 80, men det utvecklas inte varför och jag har svårt att koppla det fallet till en utgångspunkt att borgen är accessorisk till huvudförbindelsen.

Ett annat exempel som lyfts fram är NJA 1929 s. 267 I och II, vilka Bergström har tolkat som utgåendes från distinktionen mellan självständigt och accessoriskt ansvar.<sup>149</sup> HD uttalade att en specialregel om ettårig preskription för proprieborgen<sup>150</sup> inte var tillämplig i fallen, huvudsakligen eftersom det inte var fråga om borgen. Jag delar Bergströms uppfattning och referatet är av stort intresse i sammanhanget då HD tycks ha *använt accessoritetsbegreppet* för att avgöra om åtagandena var borgen eller garantier; eftersom ansvaret enligt förbindelserna hade åtminstone vissa inslag av självständighet tycks HD ha uppfattat dem som garantier hellre än borgen.

Referatet är dock inte helt lättläst och i båda fallen är det fråga om speciella och omfattande omständigheter. HD konstaterade, i både I och II, att förbindelserna inte kunde anses innefatta åtagande av borgen, vilket framstår som baserat på att förbindelserna, i någon mån, var självständiga i förhållande till huvudförbindelserna. Käranden i I anförde att det inte var fråga om borgen utan en särskild utfästelse, och i II gjordes gällande att det var fråga om ett garantiavtal. Något frustrerande är dock att HD även åberopar övriga av domstolarna (i I) respektive hovrätten (i II) anförda skäl;

<sup>148</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 39.

<sup>149</sup> Bergström, Svante, *Några problem rörande bankgaranti*, Beckman, Nils, (red.), Teori och praxis: Studier i svensk civilrätt: Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1964, s. 24–25. Se även Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 39.

<sup>150</sup> 4 § i K. F. d. 28 juni 1798.

vilka dessa skäl skulle vara och hur stort deras inflytande var för utgången är svårt att få grepp om.

Ingvarsson uppmärksammar även NJA 1996 s. 560, i vilket HD, enligt hans uppfattning, betecknade borgen som accessorisk i ekonomiskt hänseende – det vill säga att den anknyter till en tänkt huvudförbindelse (giltig eller ej),<sup>151</sup> och RH 1987:41,<sup>152</sup> i vilket hovrätten ansåg att en borgen – på grund av dess accessoritet – inte kunde göras gällande eftersom huvudförbindelsen var ogiltig.

För egen del har jag svårt att läsa NJA 1996 s. 560 som en meningsfull bekräftelse på att borgen är accessorisk. Som Ingvarsson framhåller är frågan om borgen är accessorisk ur ett *juridiskt perspektiv* något annat än frågan om borgen rent faktiskt syftar till att utgöra säkerhet för en, åtminstone tänkt, huvudförbindelse;<sup>153</sup> att HD uppmärksammade denna ”faktiska” (eller ekonomiska) accessoritet – vilken är klar som dagen – saknar, enligt mig, egentlig betydelse.

RH 1987:41 däremot är intressant eftersom borgen betecknas som accessorisk även ur ett juridiskt perspektiv; borgens accessoriska natur var skäl för att borgensmännen inte var skyldiga att infra en ogiltig huvudförbindelse. Hovrättens argumentation är tydligt begreppsorienterad och bryter mot mönstret att överhuvudtaget undvika att beskriva borgen som accessorisk eller – etter värre – använda det förhållandet som skäl för utgången i ett mål.

En något mer långtgående uppfattning av borgen som en accessorisk förpliktelse framgår av NJA 2014 s. 107. Saken rörde accessorisk preskription enligt 8 § 2 st. preskriptionslagen (1981:130) och HD beskrev paragrafen som baserad på grundläggande borgensrättsliga principer, med vilka domstolen avsåg bland annat det förhållandet att borgen anknyter till en huvudförbindelse. Utöver detta tycks HD dock ha fäst störst vikt vid borgensmannens rätt att – genom regressrätten – vältra över kostnaden på gäldenären.

<sup>151</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 39–40.

<sup>152</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 40 not 46.

<sup>153</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 39.

Två fall där HD – för ovanlighetens skull – använde uttrycket accessoritet är NJA 2002 s. 244 och NJA 2005 s. 44.

NJA 2002 s. 244 rörde egentligen fullmaktsfrågor relaterade till en ingången garanti. HD inledde dock sina domskäl med en generell beskrivning av on demand-garantier som kännetecknas av att vara självständiga till huvudförbindelsen, men att det genom standardavtal har försökts åstadkommas en viss *accessoritet* även för on demand-garantier. Uppenbart är att domstolen utgick från att garantier (och borgen), typiskt sett, är accessoriska i ekonomisk bemärkelse – något som on demand-garantier är avsedda att avvika från.

Utöver att HD faktiskt använde ordet accessoritet i en beskrivning som mer eller mindre är att betrakta som ett *obiter dictum*, erbjuder NJA 2002 s. 244 inte mycket i detta sammanhang.

NJA 2005 s. 44 är något mer intressant eftersom HD resonerade utifrån termer som ”borgensansvarets accessoriska natur” och ”den allmänna principen att borgensförbindelsen är accessorisk till huvudförpliktelsen”. Däremot konstaterade HD att denna princip om accessoritet inte gäller generellt; som exempel anfördes *lagstadgade* inskränkningar där borgen inte upphör trots att huvudförbindelsen gör det. Detta anser jag vara en svag argumentation då det faktum att lagstiftning inskränker en viss princip normalt sett inte avslöjar mer än att lagstiftaren anser att principen finns och kan tänkas tillämpas om ingen begränsning sker.<sup>154</sup> Snarare kan man hävda att det faktum att lagstiftaren ansett sig behöva begränsa principen talar för att den är av stor vikt och *närmast absolut*.

### 3.2 Något om borgensmannens bundenhet till skiljeavtal hänförligt till huvudförbindelsen

En fråga som diskuterats en del i litteraturen, särskilt mot bakgrund av NJA 1997 s. 866, är om borgensmannen är bunden av skiljeavtal, mellan gäldenären och borgenären, som är anknutet till huvudför-

<sup>154</sup> Jfr även Ingvarsson, Torbjörn, *Borgensmans ansvar för upplöst aktiebolags skulder*, JT 2005/06, s. 129–130 för en kritik, ur ett annat perspektiv, av hur HD valde att stödja sin slutsats.

bindelsen.<sup>155</sup> Kopplingen till accessoritetsfrågan är kanske inte uppenbar, men det går inte att utesluta att en uppfattning av borgen som accessorisk – i juridisk mening – kan medföra att borgensmannen är bunden av en skiljeklausul i huvudförbindelsen.

Kleineman konstaterar, efter en genomgång av praxis<sup>156</sup> och med visst stöd i litteraturen:

”[...] att den som efter skiljeklausulens tillkomst väljer att ingå borgen i tvist avseende skyldigheten att infria ett borgensåtagande får acceptera att svara lika med borgensnären och i samma form dvs i ett skiljeförfarande. *Detta beror naturligtvis på att borgensåtagandet är accessoriskt* [min kursivering].”<sup>157</sup> [Fotnot utesluten.]

I den avslutande meningen om borgensåtagandets accessoritet hänvisar Kleineman till ett uttalande av Heuman, som visserligen påpekar att borgen är accessorisk, men vad jag förstår vill han hellre förankra bundenheten i borgensmannens passivitet – att han kände, eller borde ha känt, till skiljeklausulen – än i accessoriteten.<sup>158</sup>

Slutsatsen kritiserar av Karlbom som anför att den bygger på en felaktig uppfattning av rättsfallen; i två av de tre avgörandena från HD där frågan behandlas hade nämligen borgensavtalet ingåtts *innan* skiljeavtalet.<sup>159</sup>

I NJA 1896 s. 136, som rörde borgen för ett entreprenadavtal, hade borgensavtalet slutits innan huvudförbindelsen. I nämnda huvudförbindelse fanns en skiljeklausul som skulle tillämpas vid tvister om tolkningen av kontraktet. HD konstaterade att huvud-

<sup>155</sup> Se t.ex. Heuman, Lars, *Singularsuccessor bunden av skiljeklausul enligt nytt HD-fall*, JT 1997/98, s. 533–559, Kleineman, Jan, *Borgensmannen och skiljeavtalet*, JT 1997/98, s. 846–850 samt Karlbom, Johan, *Ytterligare om borgensavtalet och skiljeavtalet*, JT 1998/99, s. 979–988. Avgörandet i sig rörde inte borgen, utan frågan om en skiljeklausul hade verkan mot tredje man som genom singularsuccession förvärvat de rättigheter som skiljeklausulen var knuten till.

<sup>156</sup> NJA 1896 s. 136, NJA 1916 s. 100 och NJA 1922 s. 135.

<sup>157</sup> Kleineman i JT 1997/98, s. 848.

<sup>158</sup> Heuman, Lars, *Fråga om skiljeavtals giltighet vid singularsuccession*, Müllern, Mats, Lindskog, Stefan & Unger, Sven, (red.), *Festskrift till Sveriges advokatsamfund: 1887–1987: Rättsvetenskapliga studier*, Norstedts, Stockholm, 1987, s. 234–235.

<sup>159</sup> Karlbom i JT 1998/99, s. 980. Han påpekar att det i det tredje fallet är oklart vilket avtal som slöts först.

förbindelsen – på grund av stridigheter om innebörden av den – behövde tolkas, och att skiljeklausulen även var tillämplig mellan borgensmännen och borgenären. Målet *kan* tolkas som att HD baserade utgången på att borgen är accessorisk och att skiljeklausulen därför även binder borgensmännen, *men* till saken hör att huvudförbindelsens innehåll var tvistigt – kanske sådana närmast processuella skäl låg till grund för avgörandet?

NJA 1916 s. 100 tillför egentligen inget av intresse, i detta sammanhang, till NJA 1896 s. 136. Även här hade borgensförbindelsen ingåtts innan huvudförbindelsen, och – viktigare – HD baserade även det avgörandet, åtminstone delvis, på att det förelåg tvist angående tolkningen av huvudavtalet, vilket var en förutsättning för skiljeklausulens tillämpning. Angående NJA 1922 s. 135, så avviker det endast från de övriga fallen genom att det är oklart om borgensförbindelsen ingicks innan eller efter huvudförbindelsen.

Enligt min uppfattning saknar dock frågan om vilket avtal som ingicks först betydelse för frågan om accessoriteten kan användas som förklaring till utgången – tvärtom: Eftersom det är möjligt att gå i borgen för framtida förpliktelser måste en argumentation med grund i accessoritetsbegreppet bygga på att borgen är accessorisk till den specificerade framtida förbindelsen som den är avsedd att anknyta till; om det är en framtida förbindelse eller ej saknar betydelse ur det perspektivet. Vid en argumentation med utgångspunkt i borgensmannens förutsättningar eller vem som ska bära risken för att en skiljeklausul letar sig in i huvudförbindelsen, bör däremot tidpunkterna för ingående av respektive avtal tillmätas betydelse.

Med detta i åtanke ligger det nära till hands att anta att HD, åtminstone delvis, utgick från borgensåtagandets karaktär som accessorisk förpliktelse i fallen. Mot detta kan emellertid anföras att samtliga avgöranden rörde situationer där tolkningen av huvudförbindelsen eller omständigheter relaterade till den var tvistiga. Detta var i själva verket ett villkor för att skiljeklausulerna skulle vara tillämpliga (något som självklart lär gälla i princip alla fall av den

här sorten). Utgången kan därför förklaras med processuella, eller praktiska, skäl; man kan inte gärna besluta om visst ansvar för borgensmannen om själva huvudförbindelsen är tvistig – och vid tvist om tolkningen av huvudförbindelserna behövde skiljeklausulerna beaktas.

Vidare så pekar Karlбом på ett antal uttalanden i den skiljerättsliga litteraturen som tyder på en uppfattning av borgen som en accessorisk förpliktelse – vilket i sin tur leder till viss bundenhet till skiljeavtalet mellan gäldenären och borgenären<sup>160</sup> men ifrågasätter om inte accessoritetens betydelse överdrivs.<sup>161</sup> Med hänvisning till Walin påpekar han att det finns *vissa typfall* där borgensåtagandet kan göras gällande trots att accessoriteten satts ur spel, och lyfter fram *ogiltig huvudförbindelse* som ett exempel.<sup>162</sup> Argumentationen är minst sagt bekant. Utöver detta så lyfter han fram som exempel på att accessoriteten inte är särskilt absolut dels att en foruminvändning baserad på gäldenärens hemvist mest troligt är utsiktslös om den kommer från borgensmannen, dels att borgensmannen inte, vid bestridande av borgensavtalet, har möjlighet att kvitta gäldenärens fordringar på borgenären.<sup>163</sup>

Synpunkterna framstår inte som särskilt övertygande. Visserligen beskrivs accessoriteten ofta som att den innebär en rätt för borgensmannen att framställa samma invändningar mot borgenärens krav som gäldenären hade kunnat göra.<sup>164</sup> Som behandlats flera gånger i detta arbete är dock detta inte reservationslöst genomfört i svensk rätt.<sup>165</sup> Som så många (potentiella) regler och principer finns det undantag. Att borgensåtagandet kan betecknas som accessoriskt till

<sup>160</sup> Särskilt Dillén verkar åtminstone delvis utgå från accessoritetsbegreppet i Dillén, Nils, *Bidrag till läran om skiljeavtalet*, A. B. Gustaf Larssons Bokhandels Förlag, Stockholm, 1933, s. 258–259.

<sup>161</sup> Karlбом i JT 1998/99, s. 981.

<sup>162</sup> Karlбом i JT 1998/99, s. 981.

<sup>163</sup> Karlбом i JT 1998/99, s. 981.

<sup>164</sup> Se t.ex. Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin*, Karnov Group, Stockholm, 2014 s. 90–92 och 111–112, Ingvarsson, Torbjörn, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012, s. 1039, Hasselrot, Berndt, *Berndt Hasselrots juridiska skrifter III: Detta band innehåller uppsatser om borgen, köp och sysslomannaskap*, Förlagsaktiebolaget i Malmö Boktryckeri, Malmö, 1923, s. 32 samt Lindstrand, Henrik, *Bankgarantin enligt svensk rätt – särskilt om Adjudication Bond*, JT 2011/12, s. 68.

<sup>165</sup> Se även Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 90–92 och 111–112.



huvudförbindelsen innebär därför inte nödvändigtvis att borgensmannen har rätt att använda foruminvändningar hänförliga till gäldenärens person<sup>166</sup> eller att han alltid har möjlighet att nyttja gäldenärens kvittningsrätt mot borgenären.

Angående frågan om kvittning kan det uppmärksammas att NJA 1994 s. 474 som Karlbom hänvisar till som stöd för sin uppfattning avsåg en *proprieborgen*, vilket HD uttryckligen begränsade sitt avgörande till. Fallet har även utsatts för stark kritik.<sup>167</sup> I litteraturen har borgensmannens möjlighet att undgå borgensansvaret antingen genom att invända att gäldenären har en motfordran som kan kvittas mot borgenärens krav, eller genom utnyttjandet av gäldenärens kvittningsrätt mot borgenären, diskuterats en del; rättsläget framstår inte som helt klart (särskilt i frågan om kvittning utan gäldenärens samtycke), men båda möjligheterna har ansetts stå till buds beroende på vilken slags borgen det är fråga om.<sup>168</sup> Domen framstår, enligt mig, som baserad på det särskilda förhållande att borgensmannen (åtminstone principiellt) kan sökas för betalning utan att ett misslyckat försök gjorts hos gäldenären,<sup>169</sup> som råder vid *proprieborgen*.<sup>170</sup> Huvudregeln utger HD i det aktuella målet för att vara att borgensmannen kan framställa samma invändningar mot borgenärens krav som gäldenären hade kunnat göra, vilket i sig är en uppfattning som kan anses bygga på accessoriteten.

Det saknas anledning att, inom ramen för denna artikel, älta frågor relaterade till detta längre än så här – inte minst eftersom det huvudsakligen är en skiljerättslig frågeställning vars betydelse för accessoritetsbegreppet inte bör överdrivas. Intressant är att en borgensman

<sup>166</sup> Jfr även Ekström, *Löftesmans regress: II*, s. 36.

<sup>167</sup> Se Lindskog, Stefan, *Kvittning: Om avräkning av privaträttsliga fordringar*, 3 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 656–665 och densamme i Borgen: Förutsättningsfrågor, regressfrågor, konsumentfrågor, Lehrberg, Bert, (red.), Fritzes, Stockholm, 1995, s. 122. Jfr dock Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 163–167 och 347–349.

<sup>168</sup> Lindskog, *Kvittning*, s. 656–665, Hasselrot, Berndt, *Några spörsmål ang. borgen: Senare delen*, Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri, Malmö, 1927, s. 153, Ekström, *Om borgen*, s. 59 och Hasselrot, Berndt, *Handelsbalken III*, 2 u., P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1910. Jfr dock Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 163–167 och 347–349.

<sup>169</sup> Se t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 27 och 152–153.

<sup>170</sup> Se dock Lindskog, *Kvittning*, s. 657–658 och 661 angående potentiella konsekvenser även för enkel borgen.

kan vara bunden av ett skiljeavtal hänförligt till huvudförbindelsen och att detta eventuellt kan motiveras med accessoritetsbegreppet. Rättspraxis i frågan är dock äldre och några entydiga slutsatser går hur som helst inte att dra av avgörandena.

### 3.3 Ursprungliga brister gällande huvudförbindelsen: ogiltighet

Med ursprungliga brister avses främst *ogiltighet*. Ogiltighetsbegreppet är i sig något otydligt och någon poäng med att utreda det grundligt i detta arbete finns ej. Det behandlas här i vid bemärkelse och får beteckna i princip alla ursprungliga fel eller brister hos huvudförbindelsen som gör den överksam i förhållande till gäldenären. En del angränsande fall som strängt taget inte är att betrakta som ogiltighet, till exempel innehållsförfalskning, används även för att belysa frågan. Detta bör inte leda till någon förvirring då utredningen tar sikte på accessoritetsbegreppet och ogiltighet endast är ett hjälpmedel i den utredningen.

Som behandlats ovan har frågan om huruvida borgensåtagandet kan kvarstå trots att huvudförbindelsen visar sig vara ogiltig väckt en del intresse i doktrinen, och sammanförs gärna med frågan om borgensåtagandets accessoritet. Det har också uppmärksammats att en vanlig uppfattning är att borgensåtagandet enligt huvudregeln bortfaller om huvudförbindelsen är ogiltig, men att det finns undantagsfall där borgensansvaret trots allt anses kunna göras gällande; om den sortens ansvar är att betrakta som borgen eller ej har diskuterats.

Det måste betonas, ännu en gång, att diskussionen i doktrinen i mångt och mycket är av terminologisk art. Att *ett ansvar* eventuellt kan kvarstå säger inte nödvändigtvis något om huruvida detta är ett borgensansvar eller ej. Ur ett praktiskt perspektiv är det frågan om borgensmannen måste presteras något som är intressant – inte vad detta eventuella ansvar *är*.<sup>171</sup> Med ett teoretiskt synsätt kan dock kvalificeringen av ansvaret som borgen eller något annat vara av *praktisk betydelse* eftersom det eventuellt inverkar på den rättsliga argumentationen.

<sup>171</sup> Se särskilt Ussing, *Kaution*, s. 176–177; jfr även Nebelung, *Om Forløfte*, s. 95.

Det verkar råda viss konsensus i litteraturen om att borgensmannens *vetskap om ogiltigheten* är avgörande för om ansvaret ska kvarstå.<sup>172</sup> Ur ett avtalsrättsligt perspektiv framstår det som rimligt (självklart beroende på omständigheterna i målet under prövning) att tolka ett borgensåtagande där borgensmannen är i ond tro om huvudförbindelsens ogiltighet som ett *åtagande att prestera trots ogiltigheten*, vilket närmast framstår som en självständig garanti; att åtagandet rubricerats som borgen saknar egentlig betydelse i sammanhanget.<sup>173</sup>

I praxis tycks frågeställningen inte ha hanterats särskilt ingående. Det finns åtminstone tre äldre avgöranden från HD som behandlas i litteraturen,<sup>174</sup> och kan tolkas som baserade på en utgångspunkt att huvudförbindelsens ogiltighet leder till att borgen bortfaller.<sup>175</sup>

NJA 1886 s. 193 rörde ett borgensåtagande för ett avtal mellan makar, vars innebörd var att en viss summa skulle utbetalas till maken efter äktenskapsskillnad. HD uttalade att huvudförbindelsen var ogiltig och att borgensmännens åtagande inte innebar ett annat eller vidsträcktare ansvar än gäldenärens. Domen kan uppenbarligen läsas som att borgen är accessorisk och att detta medför vissa *juridiska effekter*, som, till exempel, att en ogiltig huvudförbindelse innebär att borgensansvaret bortfaller. Någon hänsyn till borgensmännens förutsättningar eller vetskap om att huvudförbindelsen var ogiltig tycks inte domstolen ha tagit. En liknande situation prövades i NJA 1915 s. 332, men HD konstaterade i det fallet att både huvudförbindelsen och borgensförbindelsen var bindande, varför avgörandet saknar intresse i detta sammanhang.

<sup>172</sup> Se t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 77–86; jfr även Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 78–92 för en något modifierad uppfattning.

<sup>173</sup> Jfr t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 78–86, Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 42 och 45, Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Förra delen*, s. 7–8 samt Ussing, *Kaution*, s. 176–177.

<sup>174</sup> NJA 1886 s. 193, NJA 1915 s. 332 och NJA 1941 s. 545.

<sup>175</sup> Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 82–83.

NJA 1941 s. 545 rörde en borgen, intill visst belopp, för alla av ett bolags utställda eller endosserade växlar som diskonterats hos en viss bank. På vissa av de diskonterade växlarna var acceptantens namn förfalskat och frågan, av intresse i detta sammanhang, var om borgensåtagandet även omfattade dessa förfalskade växlar. HD fastställde häradsrättens dom, enligt vilken borgensmannen var betalningsskyldig även för de förfalskade växlarna. Kanske kan HD:s uppfattning att även de förfalskade växlarna omfattades av borgensansvaret förstås som att domstolen ansåg att huvudförbindelsens ogiltighet inte återverkade på borgensåtagandet. Som Walin påpekar kan dock domen även läsas som att huvudförbindelsen var utställarens förpliktelse – inte acceptantens;<sup>176</sup> med ett sådant synsätt låg bristen inte hos huvudförbindelsen. Till saken hör även att borgensmannen hade en nära koppling till bolaget, vilket kanske påverkade utfallet.<sup>177</sup> Allt som allt, bjuder knappast avgörandet på några större insikter avseende accessoritetsbegreppet som argument i frågor om borgensmannens ansvar.

NJA 1900 s. 158 bör uppmärksammas i sammanhanget då det kan uppfattas som stridande mot en principiell uppfattning av borgen som accessorisk.<sup>178</sup> Fallet rörde ett borgensåtagande som var nedtecknat på baksidan av ett skuldebrev. Gälldenären hade – efter det att borgensmännen skrivit under borgensförbindelsen – förändrat summan som skuldebrevet lydde på. Trots detta ansåg HD att borgensmännen var bundna av sitt åtagande. Något som verkar strida mot en syn på borgen som accessorisk; som den skiljaktige anförde saknades stöd för att borgensmännen åtagit sig att ansvara för ett vidare belopp än det som borgensförbindelsen ingicks för. HD:s resonemang tycks vara baserat på att borgenären inte hade anledning att misstänka förfalskningen.<sup>179</sup> Det bör dock uppmärk-

<sup>176</sup> Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 83.

<sup>177</sup> Jfr Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 83.

<sup>178</sup> Jfr även NJA 1877 s. 187, NJA 1879 s. 13, NJA 1879 s. 29, NJA 1879 s. 420 och NJA 1887 s. 415 på samma tema.

<sup>179</sup> Jfr Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 60 not 31 där fler rättsfall med liknande utgång listas och uppfattas som baserade på att borgenären saknade anledning att misstänka innehållsförfalskning.

sammas att det i strikt mening var fråga om innehållsförfalskning och inte ogiltighet, samt att ansvaret på goda grunder kan anses vara skadeståndsrättsligt (åtminstone inte borgensansvar).<sup>180</sup>

Det går att läsa NJA 1886 s. 193 som ett allmängiltigt fall i vilket en huvudregel om att borgensansvaret bortfaller om huvudförbindelsen är ogiltig knäsetts – något som övriga fall bekräftar, *men* det kan också läsas som ett rättspolitiskt betingat avgörande som endast har betydelse i frågor om avtal mellan makar.<sup>181</sup> Walin anser inte att 1886 års fall ska förstås på ett allmängiltigt sätt,<sup>182</sup> och anför Hasselrot som stöd för att fallet endast tar sikte på borgen för förbindelser inom äktenskap.<sup>183</sup>

För egen del läser jag dock Hasselrot som att han visserligen uppfattar 1886 års fall som specifikt hänförligt till avtal mellan makar,<sup>184</sup> men detta måste ses mot bakgrund av den starka huvudregel om accessoritet som han uppställer.<sup>185</sup> Hasselrot är öppen för att ”borgen” i vissa fall kan kvarstå trots att huvudförbindelsen inte kan göras gällande, men tycks föredra att i sådana fall se på borgensåtagandet som den *egentliga huvudförbindelsen* (alltså närmast en självständig garanti) och ställer sig tveksam till om beteckningen ”borgen” är lämplig.<sup>186</sup> Ur detta perspektiv är det rimligt att uppfatta NJA 1886 s. 193 främst som en bekräftelse på att ogiltiga avtal mellan makar leder till att något ansvar för en eventuell borgensman inte kan göras gällande. Huvudregeln – att borgen, på grund av accessoriteten, förutsätter en giltig huvudförbindelse – är redan given; i de fall där

<sup>180</sup> Jfr Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 61–63. Jfr även Hessler, Henrik, *Obehöriga förfaranden med värdepapper: En studie över de civilrättsliga verkningarna av förfalskning och annan oegentlighet beträffande löpande skuldebrev, växlar, checkar och bankböcker*, 2 u., P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1981, s. 182–189.

<sup>181</sup> Jfr Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 82.

<sup>182</sup> Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 81 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 82).

<sup>183</sup> Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 81 not 15 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 82 not 15). Hänvisningen är till Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Första delen*, s. 7.

<sup>184</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. Borgen: Första delen*, s. 7.

<sup>185</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. Borgen: Första delen*, s. 5.

<sup>186</sup> Hasselrot, *Några spörsmål ang. Borgen: Första delen*, s. 7–9.

”borgen” trots allt kan göras gällande beror det på att ”borgensmannen” egentligen iklätt sig ett annat ansvar.<sup>187</sup>

Sammantaget delar jag uppfattningen att HD:s praxis måste förstås som baserad på en huvudregel om att borgen upphör om huvudförbindelsen är ogiltig.<sup>188</sup> Betydelsen av detta för accessoritetsfrågan bör dock inte överskattas eftersom huvudregeln givetvis kan vara baserad på andra synpunkter, som till exempel att man inte ska kunna kringgå vissa ogiltighetsregler genom borgen.<sup>189</sup> Att inställningen skulle vara grundad i accessoritetsbegreppet är inte ett orimligt antagande, men det är inte den enda möjliga förklaringen.

Som nämnts ovan har frågan även behandlats i RH 1987:41, där domstolen uttryckligen ansåg att en borgen för en ogiltig huvudförbindelse inte kunde göras gällande på grund av dess accessoriska natur.

Fallet rörde två personer som upptagit lån hos ett bolag genom ett skuldebrev. Som säkerhet för förbindelsen ställde två borgensmän upp. I samband med att gäldenärerna inte uppfyllde sina förpliktelser, och krav framställdes mot borgensmännen, upptäcktes att den ena gäldenärens underskrift förfalskats av den andre gäldenären. Hovrätten konstaterade att när ”[...] gäldenärens namnteckning förfalskats anses emellertid enligt gällande rätt av borgens accessoriska natur följa att borgensmän ej är skyldiga att infria en ogiltig huvudförbindelse”. Som undantag från denna huvudregel ställde hovrätten upp den situationen att borgensmannen kände till, eller borde känna till, ogiltigheten, vilket inte var fallet här.

Hovrättens resonemang framstår som anmärkningsvärt eftersom HD verkar avstå från att överhuvudtaget använda ordet accessoritet i den här sortens fall – trots att saken diskuterats flitigt i doktrinen. Till saken hör även den kritiska inställningen i doktrinen mot att använda accessoritetsbegreppet som skäl för juridiska slut-

<sup>187</sup> Jfr Hasselrot, *Några spörsmål ang. Borgen: Förra delen*, s. 5–9.

<sup>188</sup> Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 83.

<sup>189</sup> Jfr t.ex. Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 85–86 och Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Förra delen*, s. 6–7.

satser. Att mot den bakgrunden uttala att det ”enligt gällande rätt” följer ”av borgens accessoriska natur” att borgensansvaret bortfaller vid en ogiltig huvudförbindelse, bryter skarpt mot både doktrinen och HD:s praxis. Betecknande är att någon förklaring av hur detta framgår av gällande rätt inte lämnades.

Med detta i åtanke kan inte RH 1987:41 anses ha något rättskällevärde i denna fråga. Rättskällevärdet av hovrättsdomar överhuvudtaget är omdiskuterat,<sup>190</sup> och här gäller saken en fråga av principiell betydelse där hovrättens resonemang står i bjärt kontrast mot uppfattningar i doktrinen och tidigare avgöranden från HD.

För att sammanfatta så står det klart, både i doktrin och praxis, att huvudregeln vid en ogiltig huvudförbindelse är att borgensansvaret upphör. *Varför* detta är fallet står dock öppet för tolkning. I doktrinen finns stöd för att det skulle bero på accessoriteten,<sup>191</sup> men det förekommer också andra motiveringar som till exempel: vem som lämpligen bör bära risken för att huvudförbindelsen är ogiltig,<sup>192</sup> borgensmannens förutsättningar,<sup>193</sup> att ogiltighetsregler inte ska kunna kringgå<sup>194</sup> och (såklart) praktiska överväganden.<sup>195</sup>

Befintlig praxis inbjuder alltså till viss spekulering då det inte framstår som att det finns en ensam tydlig grund för huvudregeln. Det går att läsa NJA 1886 s. 193 som stöd för att huvudregeln är

<sup>190</sup> Jfr t.ex. Bernitz, Ulf, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Magnusson Sjöberg, Cecilia, Seipel, Peter, Warnling Conradson, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 15 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020, s. 149–151 och 157 samt Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes, Stockholm, 1995, s. 213–218.

<sup>191</sup> Se t.ex. Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Förre delen*, s. 5, Agardh, *Om borgen*, s. 12–13 och Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 665.

<sup>192</sup> Jfr t.ex. Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 77–86 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 78–92).

<sup>193</sup> Jfr Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 123–124 och 139–140 som visserligen inte uttryckligen hanterar frågor om ursprunglig ogiltighet, men som jag uppfattar det skulle liknande resonemang kunna vara tillämpliga.

<sup>194</sup> Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 85–86 och Hasselrot, *Några spörsmål ang. borgen: Förre delen*, s. 6–7.

<sup>195</sup> Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 28–29, Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 15, Højrup, *Kaution*, s. 9–10, Krag Jespersen, *Kaution*, s. 17, Ussing, *Kaution*, s. 15 och 176–177 samt Smith, *Garantirett II*, s. 415.

baserad på borgens accessoriska natur,<sup>196</sup> och övrig praxis som en lågmäld bekräftelse av huvudregeln – men det är knappast självklart.

### 3.4 Förändringar av huvudförbindelsen

Ett annat fall där accessoriteten kan ha betydelse är förändringar av huvudförbindelsen. Novation är särskilt intressant i sammanhanget och behandlas därför ingående. Det följs av en kortare kommentar av övriga förändringar.

Gäldenärens infriande av huvudförbindelsen (typiskt sett betalning) hade kunnat hanteras i sammanhanget och accessoritetsbegreppet kan användas som förklaring till borgensansvarets upphörande i det fallet, men uppenbarligen går saken även att förklara med avtalsrättsliga resonemang; en borgensförbindelse är i regel utformad som ett löfte att prestera något om gäldenären *inte* uppfyller sin förpliktelse. Förhållandet kan ses som ännu ett bevis för att borgen ur ett ekonomiskt perspektiv är accessorisk, men leder, enligt min uppfattning, inte till några intresseväckande slutsatser i frågan om accessoritetsbegreppet vara eller icke-vara som argument i frågor om borgensmannens ansvar.

#### 3.4.1 Novation

Med novation avses, enkelt uttryckt, att ett rättsförhållande mellan parter upphör och ersätts med ett annat.<sup>197</sup> Att dra gränsen mellan ändringar av fordran och novation kan många gånger vara svårt.<sup>198</sup> I borgenssituationer kan gränsdragningen innebära skillnaden mellan om borgensansvaret kan göras gällande eller ej; ur det teoretiska perspektivet upphör huvudförbindelsen vid novation och därmed – mot bakgrund av accessoriteten – även borgensåtagandet.<sup>199</sup>

<sup>196</sup> Enligt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 81 not 15 har avgörandet tidigare anmärkts i lageditionen som om det vore allmängiltigt (Walín & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 82 not 15).

<sup>197</sup> Se t.ex. Andersson m.fl., *Juridikens termer*, "Novation", s. 134, Mellqvist, Mikael & Persson, Ingemar, *Fordran & skuld*, 11 u., Iustus, Uppsala, 2019, s. 72–73, Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 170 och Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1956, s. 640.

<sup>198</sup> Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 44–45.

<sup>199</sup> Jfr t.ex. Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 79 samt Ekström, *Om borgen*, s. 80 och 136.



En annan uppfattning som förekommer i doktrinen är att några uttryckliga konsekvenser för borgensmannens ansvar inte bör dras av att fordran noveras –<sup>200</sup> ett uttryck av det praktiska synsättet: Den juridiskt begreppsliga skillnaden mellan ändring av fordran och novation bör inte vara avgörande för att bedöma borgensmannens ansvar.<sup>201</sup>

Återigen ställs vi alltså inför en teoretisk strid som kanske främst är av terminologisk art: Vad är det för ansvar, om något, som kan kvarstå efter novation? Möjliga praktiska effekter kan dock inte utslutas.

I praxis har frågan hanterats en del och det framstår som rimligt att tolka HD:s avgöranden såsom byggandes på utgångspunkten att gränsen mellan novation och ändringar av fordran är viktig eftersom novation innebär att den ursprungliga förbindelsen upphör, vilket i sin tur leder till att eventuella borgensåtaganden anknutna till den bortfaller.

NJA 1879 s. 443 rörde en löjtnant som upptagit ett kassakreditiv genom en bank. För denna huvudförbindelse hade två personer gått i borgen. Enligt villkoren i kreditivet hade gäldenären möjlighet att, genom upprättandet av ett nytt kreditiv innan förfallodagen, överföra skulden från det ursprungliga kreditivet till det nya – vilket skedde. En borgensförbindelse, med samma borgensmän, upprättades även för det nya kreditivet, men visade sig vara förfalskad (åtminstone avseende den borgensman som sedermera stämdes), varför fråga uppstod om borgensmannen kunde hållas ansvarig med stöd av borgensåtagandet för det *ursprungliga kreditivet*. HD konstaterade att det ursprungliga kreditivet genom överföringen ersatts med det nya, som alltså var att betrakta som bankens fordran. Då borgensmannen inte iklätt sig någon förpliktelse till säkerhet för det kontraktets uppfyllande kunde han inte hållas ansvarig. HD:s avgörande baseras uppenbarligen på ett

<sup>200</sup> Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 89–90 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 90).

<sup>201</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 171–172 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 172–173), Godsk Pedersen, *Kaution*, s. 86–87 samt Ussing, *Kaution*, s. 229.

syntsätt där gränsen mellan ändring av fordran och novation är av stor vikt då novation innebär att den ursprungliga fordringen upphör.<sup>202</sup> Eftersom HD ansåg att detta återverkade på borgensansvaret ligger det nära till hands att tolka utgången som baserad på accessoritetsbegreppet; det krävdes inga ytterligare argument för varför borgen upphört och det hade inte visats att borgensmannen iklätt sig någon förpliktelse i förhållande till det nya kreditivet.

NJA 1917 s. 232<sup>203</sup> kan tyckas strida mot 1879 års fall i frågan om novation och accessoritet. Kortfattat var omständigheterna att en person ingått ett ”hyresavtal” (som egentligen var ett avbetalningsköp) avseende en viss bil. För denna förbindelse gick en person i borgen. Genom överenskommelse mellan gäldenären och borgenären byttes sedan bilen mot en annan, och fråga uppstod om borgensförbindelsen trots det var bindande – vilket HD ansåg att den var. Som nämnts kan domen framstå som svårförenlig med 1879 års fall just av den anledningen att borgensmannen var tvungen att prestera trots ändringen. HD angav dock uttryckligen att överenskommelsen om byte av bil inte kunde anses ha lett till att det ursprungliga avtalet upphörde eller att betalningsskyldigheten enligt det begränsades;<sup>204</sup> domstolen begränsade även borgensmannens ansvar till just *det ursprungliga avtalet*. Detta talar för att fallet snarare är en bekräftelse på 1879 års fall och att dessa frågor ska avgöras med novations- och accessoritetsbegreppet. Något ytterligare som talar i den riktningen är att HD fann stöd i ett brev mellan *borgenären* och *gäldenären* – där det avtalades att det tidigare ”hyresavtalet” skulle fullgöras enligt överenskommelsen – för att betalningsskyldigheten enligt det ursprungliga avtalet kvarstod; det är svårt att motivera med resonemang angående vad borgensmannen förutsatte eller vem som lämpligen borde bära risken.

<sup>202</sup> Lehrberg menar att fallet kan kritiseras som ”formalistiskt” eftersom det kan uppfattas röra en och samma penningförpliktelse och att utbytet av kreditivkontrakten i så fall är av underordnad betydelse (*Uppsatser i bankrätt*, s. 172).

<sup>203</sup> Jfr även NJA 1978 s. 679 som rörde tredjemanspant.

<sup>204</sup> Även detta fall uppfattar Lehrberg som ”formalistiskt”, då det enligt honom ”reellt” var fråga om återgång av köp (*Uppsatser i bankrätt*, s. 172).

NJA 1997 s. 813 handlade om ett lån i utländsk valuta som, i enlighet med villkoren, omräknats till svenska kronor i samband med att det förföll till betalning. HD placerade bevisbördan – för att huvudförbindelsen genomgått en sådan förändring att borgensåtagandet inte längre var bindande – hos borgensmannen, och ansåg att han inte lyckades visa på detta.<sup>205</sup> Domen är – i detta sammanhang – huvudsakligen av intresse för frågan om var gränsen mellan novation och andra förändringar ska dras,<sup>206</sup> men kan även anses bekräfta att en tillräckligt ingripande förändring av huvudförbindelsen medför att borgensmannens ansvar bortfaller. Något entydigt stöd för att detta skulle bero på borgens accessoritet till huvudfordran utgör domen dock ej.<sup>207</sup> Särskilt eftersom HD uttalade att vad borgensmannen anfört: "[...] kan inte mot bankens bestridande tas till intäkt för att det ursprungliga valutalånet skulle ha ersatts med en ny, från valutalånet fristående kredit (jfr Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 2 uppl 1996 s 169f)." Det är inte helt uppenbart vad HD syftar på med hänvisningen, men Walin uttrycker sig bland annat kritiskt mot ett formellt synsätt på huruvida fordran upphört och ersatts av en ny. Enligt honom bör man: "[...] inte gå på det formella utan hålla sig till realia."<sup>208</sup>

Mot uppfattningen att HD baserat avgörandena på just accessoritetsbegreppet, kan anföras att domstolen visserligen ansåg att borgensförbindelserna under prövning var accessoriska till sin utformning vilket ledde till att ansvar inte kunde göras gällande efter novation, men att detta snarare var baserat på domstolens tolkning av de specifika borgensförbindelserna. Gränsen är visserligen hårfin, men det är ändå skillnad på att basera ett beslut på ett begrepp som

<sup>205</sup> I målet lyftes även frågan om borgenären meddelat gäldenären anstånd, vilket dock inte är av intresse i sammanhanget.

<sup>206</sup> Jfr Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 172–175.

<sup>207</sup> Jfr t.ex., Kleineman, Jan, *Om borgensmannens ansvar vid förändringar av gäldenärens förpliktelser*, JT 1997/98, s. 1149 och 1152–1153, som uppfattar det som en skadeståndssituation åtminstone i anståndsfrågan.

<sup>208</sup> Walin, Gösta, *Borgen och tredjemanspant*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 1996, s. 170 (Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 173).

(eventuellt) definierar ett rättsinstitut – accessoriteten – eller en fristående tolkning av olika parterers förpliktelser sinsemellan.

En annan invändning – som också bygger på en uppfattning att det närmast är fråga om avtalstolkning – mot att accessoritetsbegreppet skulle ligga till grund för rättsläget är att det visserligen haft betydelse för förståelsen av avtalet men att andra överväganden avgjort saken. Det går, till exempel, att analysera praxis utifrån borgensmannens förutsättningar; att ansvaret bortfaller kan då, något förenklat, anses bero på att borgensmannen *förutsatte* att han åtog sig just en – i ekonomisk mening – accessorisk förpliktelse.<sup>209</sup>

Det framstår alltså som tydligt att accessoriteten har betydelse, men inte nödvändigtvis att det är den ensamt avgörande faktorn.

### 3.4.2 Andra förändringar

Vid andra förändringar av huvudförbindelsen är huvudregeln att en *utvidgning* av huvudförbindelsen inte påverkar borgen; borgensmannen svarar endast för den ursprungliga huvudförbindelsen.<sup>210</sup> De främsta principiellt intressanta rättsfallen har behandlats ovan i samband med novationsfrågan.<sup>211</sup>

Vad som är en utvidgning – eller en förändring till borgensmannens nackdel – av huvudförbindelsen och vad borgensmannen får tåla kan vara svårt att avgöra i enskilda fall.<sup>212</sup> För utredningen av accessoritetsbegreppet saknar dock den frågan egentlig betydelse.

I detta sammanhang tillför inte den här sortens ändringar något av större intresse för accessoritetsbegreppet utöver det som redan har behandlats. Det kan räcka att påpeka att huvudregeln tycks ha en tydlig koppling till en uppfattning av borgen som en accessorisk förpliktelse. Synsättet påminner i hög grad om hur novation hanteras, och det är typiskt sett frågor som lyfts i samma rättsfall. Samma

<sup>209</sup> Jfr t.ex. Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 123–124, vars analys visserligen bygger på mer sofistikerade utgångspunkter än så.

<sup>210</sup> Se t.ex. Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 79, Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 4 u., s. 172–173, Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 179, Hasselrot, *Juridiska skrifter III*, s. 13 och Krag Jespersen, *Kaution*, s. 50.

<sup>211</sup> Särskilt NJA 1917 s. 232, NJA 1918 s. 229 och NJA 1935 s. 649 är intressanta.

<sup>212</sup> Jfr t.ex. Bonta, Gustav, *Gränserna för löftesmannens borgensansvar – Finns ett behov av en reformerad borgenslagstiftning?*, *Insolvensrättslig Tidskrift* 2017 nr 4, s. 66–67 och NJA 1997 s. 813.

invändningar mot uppfattningen att det är just accessoriteten som utgör skälen för huvudregeln som gjordes gällande i avsnittet om novation gäller även här.

### 3.5 Nedsättning av ansvaret med anledning av förhållandet mellan borgenären och gäldenären

Något som hanterats särskilt i senare praxis är situationer där borgensmannen gör gällande att något i förhållandet mellan borgenären och gäldenären bör leda till nedsättning eller bortfall av borgensansvaret. Här närmar vi oss måhända utkanterna för när accessoritetsbegreppet kan vara av intresse för att lösa problemen eftersom det inte nödvändigtvis finns någon direkt koppling till den specifika huvudförbindelsen. Det övergripande förhållandet mellan borgenär och gäldenär kan dock anses vara en del av den huvudförbindelse som borgensmannen säkrar, eller åtminstone anses ha inflytande på förståelsen av huvudförbindelsen. Ytterst är detta en fråga som beror på hur avtalskonstruktionen ser ut i det enskilda fallet.

I detta delkapitel hanteras två situationer i praxis som har diskuterats utförligt i doktrinen ur olika perspektiv: borgenärens informationsplikt och bristande kreditprövning av gäldenären.

#### 3.5.1 Informationsplikt

HD har i ett antal avgöranden slagit fast att borgenären i vissa fall har en slags informationsplikt gentemot borgensmannen.<sup>213</sup> Den skyldigheten har kopplats till borgensmannens möjlighet att utöva sin regressrätt: Om borgenären inte informerat borgensmannen om händelser i förhållandet mellan borgenär och gäldenär som riskerar att påverka borgensmannens regressmöjligheter kan det leda till nedsättning eller bortfall av borgensmannens ansvar.

I NJA 1992 s. 351 fastslog HD denna regel. Fallet rörde en situation där en person gått i borgen för ett aktiebolag. Aktiebolaget löste inte skulden på förfallodagen och borgenären vidtog inga andra åtgärder för att driva in skulden än att påminna gäldenären,

<sup>213</sup> Se t.ex. Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 58–64 för en beskrivning och analys av praxis.

som sedermera sattes i konkurs närmare två år från förfallodagen. Borgenären krävde borgensmannen på betalning men hade inte vid någon tidpunkt informerat honom om att gäldenären inte löst skulden på förfallodagen. HD konstaterade att borgenären har en principiell skyldighet att se till att borgensmannens regressrätt inte blir värdelös; ur denna skyldighet utflyter den nämnda informationsplikten: Borgenären kan, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, vara skyldig att informera borgensmannen om förhållanden av vikt för regressrättens utövande. På grund av borgenärens försummelse i detta avseende, konstaterade HD att borgenärens rätt enligt borgensåtagandet gått förlorad i den mån försummelsen inverkat på borgensmannens regressrätt.

NJA 1993 s. 163 och NJA 1994 s. 381 är två domar på samma tema, med den skillnaden att informationsplikten inte ansågs ha åsidosatts i dessa fall. Avgörandena bygger på, och bekräftar därmed, den rättsregel som HD slog fast i NJA 1992 s. 351. Ytterligare ett fall på samma tema är NJA 1998 s. 852, där HD, med hänvisning till samtliga nämnda fall, konstaterade att borgenären åsidosatt den ovan beskrivna informationsplikten, och ansåg därför att borgensansvaret bortfallit.

I sammanhanget är det av intresse att framhålla att HD:s argumentation utgår från det kontraktsförhållande, med ömsesidiga förpliktelser, som uppstår mellan borgenären och borgensmannen genom borgensavtalet.<sup>214</sup> Detta är ett synsätt som, så vitt jag förstår, helt saknar koppling till accessoritetsbegreppet.<sup>215</sup>

Några egentliga slutsatser avseende accessoritetsbegreppet går därför inte att dra av rättsfallen. Åtminstone enligt min uppfattning, så framstår det som att detta kan uppfattas som en typsituation där accessoriteten överhuvudtaget inte är aktuell, men saken beror på hur man uppfattar huvudförbindelsen: Är det endast den förpliktelse som föreligger mellan borgenär och gäldenär eller kan även biom-

<sup>214</sup> Se även Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 58.

<sup>215</sup> Se även Kleineman, Jan, *Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris*, JT 1992/93, s. 300–301.

ständigheter kopplade till den faktiska förpliktelsen anses ingå? An-norlunda uttryckt så kan man uppfatta huvudförbindelsen antingen i vid bemärkelse – innefattandes det generella förhållandet mellan borgenär och gäldenär, eller i snäv bemärkelse som helt begränsad till själva huvudförbindelsen (typiskt sett en specifik fordran, ett specifikt avtal eller liknande).

### 3.5.2 Bristande kreditprövning av gäldenären

Frågan om huruvida en bristande kreditprövning av gäldenären kan leda till att borgensansvaret bortfaller eller nedsätts har även behandlats av HD i några avgöranden.

I NJA 1993 s. 163 uttalade HD att – åtminstone i kvalificerade fall – en bristande (i förhållande till offentligrättsliga krav) kreditprövning av gäldenären kan innebära ett åsidosättande av grundläggande *förutsättningar* för ett borgensåtagande. NJA 1996 s. 19 bekräftar det tidigare fallet, men tillför inget av intresse i sammanhanget. Det var dock inte i något av fallen fråga om sådant kvalificerat åsidosättande av offentligrättsliga krav på kreditprövning att borgensåtagandet bortföll.

Kontentan av fallen är att HD fastslagit en rättsregel som lyder ungefär: Om borgenären vid kreditprövning av gäldenären – på ett kvalificerat sätt – åsidosatt offentligrättsliga krav på kreditprövning, så kan det leda till att eventuella borgensåtaganden bortfaller.<sup>216</sup> Regeln lär – med tanke på kopplingen till offentligrättsliga krav – främst vara aktuell när banker eller liknande institut agerar som borgenärer.

Grunden för resonemanget är dock inte helt given. Det kan anses bygga på borgensmannens *förutsättningar*; han ska kunna utgå från att kreditgivare följer relevant reglering,<sup>217</sup> eller så förutsatte han att

<sup>216</sup> Jfr även Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 63.

<sup>217</sup> Lind, Johan, *Lars Heuman och Peter Westberg, Argumentationsformer inom processrätten.*, JT 1993/94, s. 592–602, s. 601. Kleineman, Jan, *Kreditgivaransvaret – professionsansvar under utveckling*, JT 1993/94, s. 887–888 gör gällande att det är en vidsträckt tillämpning av förutsättningsläran.

gäldenären hade tillräckligt god ekonomi för att reglera skulden.<sup>218</sup> En annan syn är att det är fråga om en lojalitetsplikt.<sup>219</sup> Någon tydlig koppling till accessoriteten finns dock inte heller här och samma fråga uppstår angående vad som är huvudförbindelsen som borgen kan tänkas vara accessorisk till – endast den aktuella förbindelsen eller även det generella förhållandet mellan borgenären och gäldenären?

### 3.6 Accessorisk preskription

Av 8 § 2 st. preskriptionslagen framgår att preskription av huvudfordran även omfattar borgen – så kallad accessorisk preskription. Bestämmelsen bekräftar egentligen endast vad som gällde sedan tidigare; i propositionen uppmärksammas att borgensansvaret enligt fast praxis bortfaller vid preskription av huvudfordran.<sup>220</sup>

Denna praxis går långt tillbaka, men även om själva regeln framgår tydligt så angavs det inte uttryckligen, åtminstone inte i äldre fall, exakt vad den *baseras* på.<sup>221</sup> I NJA 2014 s. 107 och NJA 2005 s. 44 beskrev dock HD borgen som en accessorisk förpliktelse och kopplade ihop det fenomenet med accessorisk preskription. I 2005 års fall ansåg dock HD – utan någon direkt hänvisning – att *ändamålet* med 8 § preskriptionslagen är att skydda *huvudgäldenären* från kringgåenden av preskriptionsreglerna genom att förhindra borgensmannen från att framställa regresskrav efter huvudfordrans preskription.<sup>222</sup>

För egen del har jag svårt att acceptera HD:s uppfattning, i NJA 2005 s. 44, om syftet bakom 8 § preskriptionslagen – inte minst

<sup>218</sup> Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 128.

<sup>219</sup> Kleineman i JT 1993/94 s. s. 177–178 och 887.

<sup>220</sup> Prop. 1979/80:119, s. 76.

<sup>221</sup> Jfr Jägerskiöld, Stig, *Handelsbalkens utländska källor*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1967, s. 250 där rättsfall om accessorisk preskription från tidigt 1700-tal nämns. Ur praxis kan NJA 2017 s. 569, NJA 2014 s. 107, NJA 2005 s. 44 (där HD visserligen undantog en viss situation från 8 § preskriptionslagens tillämpningsområde), NJA 1918 s. 502, NJA 1913 s. 355, NJA 1904 s. 135, NJA 1893 s. 286 samt NJA 1874 s. 54 nämnas. Jfr dock NJA 1986 s. 198 och NJA 1935 s. 199 där accessorisk preskription inte inträffade; fallen rörde dock specialpreskription.

<sup>222</sup> Enligt Unnersjö, Alexander, *Regress: Begreppet regressrätt och solidarregress*, Jure, Stockholm, 2021, s. 305 utgör HD:s uppfattning en tolkning av uttalanden i prop. 1979/80:119 s. 77. Han menar, med vidare hänvisning till annat förarbetsmaterial, att detta är en felaktig tolkning av förarbetena (*Regress*, s. 305–306).



eftersom domstolen överhuvudtaget inte nämnde att accessorisk preskription har varit ett vedertaget fenomen i rättspraxis i mer än hundra år innan paragrafen tillkom.<sup>223</sup> Domen får det att framstå som att accessorisk preskription endast förekommer för att tillgodose det snäva intresset att skydda huvudgäldenären från regressanspråk efter huvudfordrans preskription, vilket jag inte kan finna stöd för.<sup>224</sup> Enligt min uppfattning framstår det snarare som tydligt att principen om accessorisk preskription har en förhållandevis tidlös prägel och är ett *utflöde ur borgens accessoriska natur*.<sup>225</sup>

Det kan vara värt att uppehålla sig lite ytterligare vid 2005 års fall eftersom talan var utformad som så att borgensmannen i första hand invände att borgen inte kunde göras gällande då gäldenären gått i konkurs och huvudfordran därmed upphört, och först i andra hand invände att borgen varit föremål för accessorisk preskription. HD behandlade dessa frågor separat och upprätthöll en tydlig distinktion mellan borgens upphörande på grund av att huvudfordran inte kunde göras gällande (vilket närmast är att jämföra med ogiltighetsfallen som behandlats ovan) och accessorisk preskription.

I förhållande till den första invändningen, som kommenterats ovan, gick domstolen till och med så långt att den uttryckte sig i termer om ”borgensansvarets accessoriska natur” och tog en klar utgångspunkt i accessoritetsbegreppet. Denna accessoritet uppfattade dock HD som begränsad och tillmätte den ingen egentlig be-

<sup>223</sup> Vilket, som nämnts ovan, uppmärksammades i propositionen (prop. 1979/80:119 s. 76). HD:s uppfattning av bestämmelsens syfte har även kritiserats i doktrinen; se Ingvarsson i JT 2005/06, s. 130–133 samt Gregow, Torkel, *Gäller preskription av en fordran endast i förhållandet mellan borgenären och gäldenären?*, Lindskog, Stefan, Andersson, André, Calissendorff, Axel, & van der Sluijs, Jessika, (red.), *Festskrift till Jan Kleineman, Jure*, Stockholm, 2021, s. 313–319. För en framtolkning av regelns ändamål med hjälp av förarbetena se Unnersjö, *Regress*, s. 305–306. Jfr även Lindskog, Stefan, *Kan ett genom konkurs upplöst aktiebolag aldrig återuppstå?*, JT 2005/06, s. 980–981 som kritiserar synsättet att preskriptionsavbrott inte kunde ske och därmed ifrågasätter prejudikatvärdet av domen.

<sup>224</sup> HD anför Isgren, Andersson, Bjuhr, Mattias & Pettersson, Jan, *Utgör preskription av huvudfordran binder mot verkställighet av en tidigare meddelad dom mot en borgensman?*, SvJT 2004, s. 925 ff. som stöd för sin slutsats. Inte heller i den artikeln bemöts tidigare praxis angående accessorisk preskription, utan författarnas slutsatser tycks snarare bygga på förhållandevis fria ändamålsöverbäganden och intresseavvägningar. Jfr även Ingvarsson i JT 2005/06, s. 130–133 för kritik.

<sup>225</sup> Jfr dock Unnersjö, *Regress*, s. 305–306 för en tolkning av ändamålen bakom just bestämmelsen i preskriptionslagen.

tydelse i fallet. Sedan behandlade domstolen preskriptionsfrågan som en separat frågeställning med ett annat bakomliggande syfte.

Tudelningen framstår som betingad av HD:s slutsats. Genom att tydligt separera förstahandsinvändningen – som HD uppenbarligen uppfattade som grundad i borgens accessoriska natur – från andrahandsinvändningen om accessorisk preskription kunde accessoritetsbegreppet helt frikopplas från preskriptionsfrågan och ett separat *syfte* bakom 8 § 2 st. preskriptionslagen fastställas. Märk väl: Endast preskriptionslagen; att bestämmelsen egentligen endast fastställde det sedan gammalt gällande rättsläget förbigicks i tystnad.

Uppfattar man i stället 8 § 2 st. preskriptionslagen endast som en bekräftelse på tidigare praxis – och anser att denna praxis är baserad på accessoriteten – så framstår invändningarna som svåra att åtskilja och det av HD fastställda syftet bakom 8 § 2 st. preskriptionslagen som mindre övertygande.

Ett annat intressant fall att nämna i sammanhanget är NJA 1975 s. 449, i vilket HD avgjorde en preskriptionsfråga i princip helt genom ändamålsöverväganden. Det ter sig som ett gott exempel på en praktisk grundsyn och tidigare praxis angående accessorisk preskription lyser med sin frånvaro.

### 3.7 Något om rättsföljden

Typfallen ovan har behandlats med utgångspunkt i att frågan är om borgensmannens ansvar *bortfaller* eller bör *sättas ned*, vilket är hur saken regelmässigt hanteras i doktrin och praxis.<sup>226</sup> Exakt vad det är fråga om för rättsföljd är inte helt klart alla gånger, och det har, till exempel, hävdats att det skulle vara fråga om ett slags skadeståndsansvar – åtminstone i vissa fall.<sup>227</sup> Det bör dock uppmärksammas att diskussionen angående rättsföljden huvudsakligen har avsett de fall som rör borgenärens informationsskyldighet och bristande kredit-

<sup>226</sup> Jfr Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 132–135.

<sup>227</sup> Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 129–132, Lennander, Gertrud i Borgen: *Förutsättningsfrågor, regressfrågor, konsumentfrågor*, Lehrberg, Bert, (red.), *Fritzes*, Stockholm, 1995, s. 59–62 samt Kleineman i JT 1993/94, s. 887–890, JT 1993/94, s. 177–184 och JT 1992/93, s. 300–302; jfr även Lennander, Gertrud, *Pantavarens skyldigheter vid pantavtal om lös egendom*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1977, s. 193.

prövning, vilka jag inte nödvändigtvis uppfattar som kopplade till accessoriteten.

Trots detta kan ett kort påpekande av intresse för accessoritetsfrågan vara på sin plats. Att det av rättspraxis framstår som att rättsföljden, i de flesta ovan behandlade typfallen, är fullständig eller partiell nedsättning av borgensansvaret, passar onekligen bra ihop med en uppfattning av argumentationen som huvudsakligen baserad på accessoritetsbegreppet.<sup>228</sup> Det framstår som en korrekt och lämplig rättsföljd när accessoriteten brutits. Om mer praktiska hänsyn, lämplig riskfördelning, rättspolitiska överväganden eller liknande vore bestämmande så är bristen på resonemang utifrån skadestånd – som vore en i många avseenden rimligare rättsföljd – anmärkningsvärd.<sup>229</sup>

Men några större slutsatser av betydelse för förståelsen av accessoritetsbegreppet går nog inte att dra av rättsföljden i praxis.

### 3.8 Dispositiv rättsregel eller avtalstolkning?

Avslutningsvis kan det vara värt att spendera några ord på vad som avses med att accessoritetsbegreppet används som argument för en viss utgång – att det har *juridisk betydelse*. Det framstår nämligen som att det finns två huvudalternativ i den frågan: Antingen så anser man att accessoriteten är att betrakta som en slags *dispositiv rättsregel* som kan komma att aktualiseras när något är att betrakta som ett borgensåtagande eller så kan det förstås som en del av avtalstolkningen (eller utfyllning av avtalet) – närmast som ett implicit avtalsvillkor,<sup>230</sup> vilket antas vara tillämpligt på rättsförhållanden som är borgen. I det förra fallet är det alltså en rättsregel som det står

<sup>228</sup> En sådan rättsföljd kan självfallet även vara förenlig med analyser ur andra perspektiv, till exempel förutsättningsläran; jfr Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 127–139.

<sup>229</sup> Jfr även Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*, s. 132–139.

<sup>230</sup> Det skulle t.ex. kunna anses vara ett villkor nödvändigt för avtalstypen (*essentialia negotii*) eller ett naturligt avtalsvillkor (*naturalia negotii*) som lämpligen kan användas som en utfyllande regel; jfr Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 9 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018, s. 97 not 30 och Andersson m.fl., *Juridikens termer*, "Essentialia negotii", s. 54. Jfr även Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt I*, 14 u., Juristförlaget i Lund, Lund, 2016, s. 34 och Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, 6 u., Juristförlaget i Lund, Lund, 2010, s. 23.

domstolen förhållandevis fritt att tillämpa,<sup>231</sup> men i det andra fallet innebär det i stället att ”borgensavtalet” måste utformas så att accessoriteten avtals bort om den egenskapen inte önskas, något som innebär att det ur ett ”accessoritetscentrerat” synsätt, egentligen inte är en borgen. Ett annat tänkbart synsätt – som dock framstår som långsökt enligt min uppfattning – är att accessoriteten skulle vara ett slags uttryck för *sedvana* eller *handelsbruk*. Det går inte heller att utesluta (även om det vore systematiskt olyckligt) att alla dessa alternativ står domstolen till buds och att det är omständigheterna i det enskilda fallet som avgör vilket synsätt som får genomslag.

Frågan kan tyckas snårig och betydelsen begränsad. För samtliga synsätt blir huvudfrågan om ett avtal kan kännetecknas som borgen. Ur ett processuellt perspektiv har det dock viss betydelse med tanke på förhållandet mellan principen om *jura novit curia* och *dispositionsprincipen*. Vad som måste åberopas av part och domstolens handlingsutrymme påverkas nämligen av om det är en dispositiv rättsregel, avtalstolkning, sedvana eller handelsbruk.<sup>232</sup> Även andra effekter beroende på vilket synsätt som väljs går inte att utesluta.

Saken tycks inte ha diskuterats i borgenslitteraturen.<sup>233</sup> Ur det praktiska perspektivet löses kanske den här sortens borgensfrågor genom avtalstolkning eller tillämpning av dispositiva rättsregler som bygger på praktiska hänsyn, vilket innebär att gränsdragningen fortfarande är viktig men saknar koppling till accessoritetsbegreppet.

Problematiken är intressant och väl värd att uppmärksamma, men kommer inte utredas närmare i denna artikel. Visserligen har det direkt betydelse för vad *accessoriteten* innebär och kan därför uppfattas som en nödvändig del att utreda. Eventuella konsekvenser tycks dock vara av huvudsakligen processuell betydelse och någon tydlig uppfattning framgår inte i doktrinen, varför en djupare undersökning inte lär erbjuda några insikter i accessoritetsfrågan.

<sup>231</sup> Detta lär gälla även om det uppfattas som ett *naturalia negotii* och används som en ”utfyllande” regel. Skillnaderna är i grunden högst oklara.

<sup>232</sup> Jfr t.ex. Westberg, Peter, *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s 448 och 1999 s 629*, JT 2000/01, s. 348–379 och Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, 246–256.

<sup>233</sup> Jfr dock Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 110–113 som diskuterar om accessoriteten är en deskriptiv generalisering eller en rättsnorm.

### 3.9 Slutsatser

För att sammanfatta så går det inte att dra några entydiga slutsatser angående accessoritetsbegreppets vara eller icke-vara i frågor om borgensmannens ansvar. Det går helt klart att – utan motsättningar – tolka den praxis som behandlats ovan som baserad på borgens accessoritet, men det är också fullt möjligt att analysera rättsläget med stöd av förutsättningsresonemang, rättspolitiska överväganden, praktiska synpunkter eller andra synsätt. Materialet står på så vis öppet för tolkning och det är, som alltid, upp till den enskilde att avgöra vilka resonemang som är övertygande.

Den historiska aspekten bör dock uppmärksammas. När det finns en så pass lång historik av förhållandevis enhällig praxis som i flera av de här behandlade typfallen, samt en stark koppling ända tillbaka till den romerska rätten och därmed en viss förenlighet med kontinentaleuropeiska rättsordningar, kan man tycka att det borde finnas någon övergripande förklaring.

Vid en tolkning av rättskällematerialet framstår det för min del som att accessoritetsbegreppet är den rimligaste förklaringen. Att vissa utfall i typsituationer har stått sig över hundra år i praxis och kan förklaras med ett begrepp som förknippats med borgensinstitutet i princip så länge det existerat, är knappast en slump. Ur ett historiskt perspektiv framstår det därför som att accessoriteten har haft – och har – ett stort inflytande på vår uppfattning av borgen samt bestämmande inflytande på i vilken utsträckning ansvaret kan göras gällande; att något som praktiska hänsyn ska ha lett till i princip likvärdig praxis i flera nyckelfrågor i över hundra år, måste avvisas. Att accessoriteten sällan nämns kan förstås som ett tecken på hur inrotat synsättet är.

Därför vill jag hävda att accessoritetsbegreppet – vid en historiskt trogen tolkning – framstår som förklaringen till hur HD har löst åtminstone sådana viktiga typfall angående borgensmannens ansvar som när huvudförbindelsen förklarats ogiltig, noverats eller preskriberats.

Detta avgör dock inte den normativa frågan om borgens accessori-  
tet *bör* användas som argument för en viss utgång i en borgensrättslig  
situation i doktrinen eller rättstillämpningen. Det beror som sagt på  
den enskildes val; en historiskt rimlig tolkning av praxis och doktrin  
kan vara en viktig parameter vid det valet, men *valet i sig* kräver alltid  
en motivering, och där lämnar rättsläget stora möjligheter till val  
som inte strider mot en i och för sig rimlig tolkning av rättskällorna.

## 4. SAMMANFATTNING OCH SYNPUNKTER

### 4.1 Är borgen accessorisk?

Att borgen är accessorisk ur ett ekonomiskt perspektiv har påpekats  
i flera olika sammanhang i denna artikel. Med detta kan inte förstås  
något mer än att ett borgensåtagande *alltid* anknyter till en tänkt hu-  
vudförbindelse (giltigt eller ej). Att så är fallet framstår som närmast  
självlkärt och kritiken mot accessoritetsbegreppet och borgensdefi-  
nitioner är klart riktad mot eventuella juridiska slutsatser som *kan*  
dras av detta ekonomiska förhållande.

Det har också framhållits, flertalet gånger, att detta förhållande  
inte har någon överväldigande betydelse. Det innebär endast att  
en *självständig* förpliktelse *aldrig är* ett borgensåtagande. Detta är  
en rent språklig terminologisk fråga och vad parterna, eller andra,  
kallar förpliktelsen saknar betydelse. Självlkärt utgör inte detta något  
hinder mot att anse att ett fenomen som inte är borgen, *juridiskt*  
ändå ska hanteras som en sådan, men att även benämna det som  
borgen vore att göra våld på språket – och det finns ett värde av en  
klar och koncis begrepps användning.

### 4.2 Har accessoriteten betydelse för lösningen av juridiska problem?

En mer kontroversiell fråga är vilken juridisk betydelse borgens ka-  
raktär som accessorisk förpliktelse har. Som diskuterats ovan, är det  
inte heller helt tydligt vad det skulle innebära om den karaktären  
tillmäts juridisk betydelse: Är accessoriteten en dispositiv rättsregel  
eller ett implicit avtalsvillkor (eller något annat)?

Vad gäller rättspraxis är den möjlig att förstå ur olika perspektiv. Det lämnar utrymme för rättstillämparen att basera beslut på olika bakomliggande teorier eller metodöverväganden utan att för den sakens skull bryta med praxis. Vid en genuin historisk tolkning framstår det dock som att accessoriteten har legat till grund för hur flera av de här behandlade typfallen angående förutsättningarna för borgensmannens ansvar lösts i praxis.

I detta arbete har det framförts två teoribildningar som har haft inflytande på uppfattningen av accessoritetsbegreppet och dess värde som juridiskt argument. Det tål dock att upprepas att dessa teoribildningar inte är särskilt enhetliga; det är inte mycket mer än en grov skiss baserat på min tolkning av litteraturen. Teorierna har kopplats till övergripande rättsteoretiska idéer, och även om det inte går att visa på någon enskild rättsteori som inspirationskälla bidrar de till att belysa hur man har sett på accessoritetsbegreppet.

Ur det praktiska perspektivet är inte accessoriteten särskilt önskvärd som juridiskt argument och äldre teoretiserande om begreppet kan avfärdas utan något egentligt bemötande. Saken framstår ibland närmast som en evolutionsprocess; fjällen föll från rättsvetenskapsmännens ögon någon gång efter förra sekelskiftet och de ser sedan dess *verkligheten som den faktiskt är*.<sup>234</sup>

Med fötterna rotade i det teoretiska synsättet är det däremot inget märkvärdigt med att avgöra juridiska problem genom att använda accessoriteten som argument. Begreppet måste tas på allvar och kan inte avfärdas; vill du inte använda det får du gott bevisa att borgen inte *är* accessorisk. Kanske kan verkligheten pocka på någon gång

<sup>234</sup> Jfr särskilt Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 3 u., s. 29 (Walin & Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 u., s. 24) samt Smith, *Garantirett II*, s. 413–415. En sådan uppfattning framträder även inom andra rättsområden; jfr t.ex. Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder: En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 9 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2021, s. 27 om att i stället för att ta utgångspunkt i en definition "[...] gå direkt på vad saken gäller" som kommenteras i Sandstedt, Johan *Godtrosförvävsreglerna, stöldfallet, försäkringsbolags vindikationsrätt och borgenärsskydd – och äganderätten*, Gorton, Lars, Heuman, Lars, Persson, Annina H & Sjöberg, Gustaf, (red.), *Festskrift till Göran Millqvist*, Jure, Stockholm, 2019, s. 532 och – på samma tema – Hästad, Torgny, *Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor*, JT 2002/03, s. 753 som kommenteras i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 387; jfr även Ramberg, Christina i SvJT 2004, s. 472 som kommenteras i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 386–387.

så att rättspolitiska synpunkter eller praktiska överväganden väger tyngre än begreppsvärlden, men den är åtminstone en självklar grund.

Det går säkert att bryta ned synsätten i mindre grupperingar – eller att, för den delen, tolka materialet så att andra perspektiv framträder – och jag är övertygad om att någon författare behandlats orättvist. Kanske har jag sammanfört författare med skarpa meningsskiljaktigheter eller pådyvlat någon uppfattningar som för denne vore främmande. Till mitt försvar är dock texterna många gånger så ofullständiga i de avseenden som behandlats här att egna tolkningar krävs. Rimligheten av dessa tolkningar får någon annan bedöma.

### 4.3 Vad ska man välja – en avvägning mellan tolkning och argumentation?

Resultatet ger alltså inga egentliga svar på hur man *bör* förhålla sig till accessoritetsbegreppet. Ska det användas vid lösningen av vissa frågor som rör borgensmannens ansvar eller är det bättre att undvika det? Detta är upp till varje enskild rättstillämpare. Med artikeln har jag uppmärksammat vissa bakomliggande synsätt som *kan* besvara frågan, förutsatt att man ansluter sig till något av perspektiven. En annan sak är att det finns otaliga andra sätt att angripa frågan. Vidare så har det lyfts fram i vilka situationer accessoriteten kan tänkas göra sig gällande och hur. Det är allt som allt fråga om en ganska grov skissering och min förhoppning är ingen annan än att den bidragit med kunskap om accessoritetsbegreppet och kan användas som stöd vid lösningen av teoretiska eller praktiska problem som anknyter till det begreppet.

Som avslutning kan det vara intressant att återanknyta till den större schismen mellan *tolkning* och *argumentation*. Min uppfattning är nämligen att konflikten mellan det praktiska och det teoretiska synsättet kan återföras på en sådan bakomliggande skillnad i synsätt. Vidare så kan det vara en intressant uppdelning för att analysera även andra teoretiska metodstrider.

Ett teoretiskt – kanske kan det även kallas formalistiskt – synsätt på juridiken verkar ta avstamp i en syn på juristen som uttolkare av främst texter (men såklart även andra omständigheter). Med det syn-



sättet är juristen huvudsakligen en uttydare av visst material; rätten är given *a priori*; det gäller bara att hitta och fastställa den.

Det praktiska – pragmatiska, funktionalistiska – perspektivet tar dock tydligt avstånd från tolkning till förmån för argumentation. Uppenbarligen förekommer det gott om tolkning även med en praktisk grundsyn; avståndstagandet är endast i förhållande till den teoretiska utgångspunkten att det är just tolkning som är huvuduppgiften. Förespråkarna tycks (implicit eller explicit) ta avstånd från synen på rätten och begreppen som existerande *a priori*; det finns inget att tolka. Som alternativ kommer argumentationen in i bilden. I stället för att tolka saker som inte finns används argument (ofta av friare karaktär) för vissa utgångar som juristen ser som önskvärda.

Inget synsätt utesluter dock tolkning eller argumentation fullständigt och gränserna är många gånger flytande. Med ett praktiskt synsätt ligger kanske argumentationen närmare till hands och kan motiveras teoretiskt med att tolkningen (åtminstone i just *den frågan*) är en skenbeteckning för vad som egentligen är fri argumentation. Tolkningen och begreppen kanske används så länge det leder till praktiskt lämpliga slutsatser.<sup>235</sup>

Detta lilla inspel i en stor fråga – som griper in i kärnan för vad juridik överhuvudtaget är eller bör vara – är på sin plats då det, åtminstone enligt mig, är ett övertygande sätt att förstå resultatet av utredningen. Skillnaden mellan tolkning och argumentation kan därför användas för att analysera och ta ställning till borgensrättsliga problem där accessoritetsbegreppet eventuellt har en roll att spela.

<sup>235</sup> Jfr Peczenik i SvJT 2005, s. 261 och 264–265 om *pro tanto*.