

**Inledning  
till den  
allmänna  
rättsläran**

**Tore Strömberg**

Studentlitteratur

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025

eISBN: 9789198892079

ISBN: 9144173113 (originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.292>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

# Juridikbok se

Denna digitala version av verket är nedladdad från [juridikbok.se](http://juridikbok.se).

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>



# **Inledning till den allmänna rättsläran**

**Tore Strömberg**

Studentlitteratur

Tidigare har denna bok utgivits i sju upplagor på andra förlag. Föreliggande åttonde upplaga skiljer sig från den senast föregående i stort sett endast därigenom att sidnumreringen är en annan.

Omslag: bj Grafisk form  
© Tore Strömberg 1980  
Printed in Sweden  
Studentlitteratur  
Lund 1981  
ISBN 91-44-17311-3

# Innehåll

Förord 5

## **Kap. I. Problemet om rättsreglernas natur 7**

- § 1. Frågeställningen 7
- § 2. Återblick på några äldre uppfattningar 9
- § 3. Några nyare åsikter 11
- § 4. Om rättsreglernas logiska natur 17

## **Kap. II. Om begreppet gällande rätt 27**

- § 5. Vad skiljer rättsregeln från andra praktiska satser? 27
- § 6. Återblick på några äldre uppfattningar 29
- § 7. Några nyare åsikter 31
- § 8. Ytterligare synpunkter 39
- § 9. De sedvanerättsliga reglernas karaktär 50

## **Kap. III. Rättssystemets närmare beskaffenhet 63**

- § 10. Rättsliga handlingsregler 63
- § 11. Handlingsreglernas adressater 72
- § 12. Kvalifikationsregler 80
- § 13. Kompetensregler 86
- § 14. Kvalifikationsakter och kompetensakter 92
- § 15. Individuella handlingsimperativer 97
- § 16. Sammanfattning och kommentar 101
- § 17. Regler om rättigheter 110
- § 18. Reglerna om avtal 115

## **Kap. IV. Rättstillämpningens logik 124**

- § 19. Begreppet rättstillämpning 124
- § 20. Deduktion och induktion 130
- § 21. Om juridiska slutledningar 138
- § 22. Några ord om domsmotiveringar 146

**Efterskrift 153**

**Korta biografiska notiser 158**

**Noter 165**

**Litteratur 181**





# Förord

Quot homines, tot sententiae, lyder ett gammalt ordspråk. Det finns lika många meningar som det finns människor. Den kärna av sanning som ordspråket innehåller äger tillämpning inte minst på rättsteoriens område. Kanske finns där rentav fler åsikter än det finns människor. Den som arbetar allvarligt med rättsteoretiska problem undgår nämligen inte att emellanåt ändra mening. Den som har blivit medveten härom är inte längre så självsäker.

De omarbetningar som min framställning har undergått under årens lopp har troligen inte kunnat göras så grundligt att alla spår av övergivna betraktelsesätt har avlägsnats. Hur eventuella inkonsekvenser i innehållet bör rättas till torde emellertid i huvudsak framgå av efterskriften på s 153 ff, där min syn på "rättsreglernas natur" förtydligas.

I den nu föreliggande upplagan bör den vetenskapligt intresserade läsaren uppmärksamma en skenbart obetydlig ändring på s 107 rad 17, där ordet "rättighetstermerna" (obs. pluralisformen!) har satts i stället för ordet "rättighetsbegreppet", som stod i föregående upplagor. Anledningen till ändringen är, att jag har börjat tvivla på att termen rättighet eller rättighetsidéen har alla de funktioner som har tillskrivits den under den nordiska rättighetsdiskussion som inleddes i mitten av 1940-talet. I sådana termer som äganderätt, panträtt, nyttjanderätt och fordringsrätt betingas ju termernas egenskap att kunna användas som substitut för bestämda grupper av rättsfakta eller rättsföljder ävensom deras upplysande och sammanknyttande funktioner (i resp samfärdseln och rättssystemet) av termernas första sammansättningsled (ägande-, pantosv), genom vilket rättigheten specificeras. Därför ifrågasätter jag, om termerna rätt och plikt (rättighet och skyldighet) eller motsvarande idéer verkligen i och för sig har de nämnda funktionerna. Mot ett sådant antagande talar enligt min mening förekomsten av många juridiska termer, i vilka orden rätt och plikt eller deras synonymer inte ingår men vilka har samma slags funktioner som de nyssnämnda rättighetstermerna, se min framställning s 82 f och 102 f. Existensen av sådana termer har för övrigt gång efter annan påpekats i rättighetsdiskussionen.

Förlaget Studentlitteratur i Lund har med denna upplaga övertagit den föga vinstgivande utgivningen av min bok. Till förlagets chef och till dess personal framför jag ett varmt tack för villigheten att åta sig denna sak och för ett mycket gott arbete.

Lund i december 1980

Tore Strömberg



# Problemet om rättsreglernas natur

## § 1. Frågeställningen

Vad är en rättsregel? Så kan frågan om rättsreglernas natur formuleras i största korthet. I debatten om detta ämne möter man också en annan formulering: ”Vad är gällande rätt?” Termen gällande rätt betecknar ju bl a det som man även kallar den objektiva rätten, dvs hela systemet av rättsregler i ett givet samhälle. Att analysera begreppet gällande rätt är därför i grund och botten samma sak som att utröna rättsreglernas natur. Frågeformuleringen ”Vad är gällande rätt?” är emellertid försåtlig. Den kan nämligen tolkas på olika sätt och kan följaktligen missuppfattas. Vilket är subjektet i satsen? Är det pronomen ”vad” eller är det uttrycket ”gällande rätt”?

Låt oss säga, att satsens subjekt är ”vad”! Meningen är då ungefär: ”Hur ser de regler ut som är gällande rätt?” Denna fråga kan vara ställd enbart med tanke på en viss situation och kan då vara föranledd av en önskan att lära känna *innehållet* i vissa gällande rättsregler. Situationen kan vara den, att X är avliden. ”Hur skall arvet fördelas? Hur stor blir arvsskatten?” Så är frågan naturligtvis icke att uppfatta i en rättsteoretisk framställning, där det icke är gällande rätt i en viss situation utan gällande rätt i allmänhet som är på tal. Det som jag efterlyser med frågan är då en *definition*, som sätter mig i stånd att i myllret av allehanda slags regler för mänskligt handlande finna rättsreglerna, den gällande rätten, och konstatera, att de är rättsregler och icke något annat. För rättsvetenskapsmannen är definitionen eller snarare det definierade begreppet ett slags instrument, som han medvetet eller omedvetet begagnar sig av, när han forskar efter innehållet i någon del av rättssystemet i ett visst land.

Antag nu i stället, att det är ”gällande rätt” som är subjekt i frågesatsen! Dennas innebörd blir då: ”Här är den gällande rätten. Vad kan den vara för något?” Alltså utgår jag i detta fall från att jag redan kan skilja på rättsregler och andra regler. Jag känner de bestämmingar som särskiljer begreppet gällande rätt från andra begrepp. Men jag är icke nöjd med detta. Jag vill gå vidare och lära mig mera eller rentav allt om *rättsreglernas beskaffenhet*.

I en redogörelse för problemet om rättsreglernas natur måste tydligen två frågor ställas och om möjligt också besvaras. Den ena frågan gäller skillnaden mellan rättsregler och andra regler. Den andra frågan gäller rättsreglernas beskaffenhet överhuvudtaget. Ordningsföljden mellan frågorna är icke likgiltig. Begreppet gällande rätt bör naturligtvis fastställas först, innan man ger sig in på den egentliga undersökningen av vad den gällande rättens regler är. *Definitionen* bör komma före *deskriptionen*. Innan man griper sig an med en beskrivning, bör man ju ha klart för sig, vad det är som skall beskrivas. Det är lätt att förbise detta, eftersom man vid utförandet av en viss vetenskaplig uppgift ofta befinner sig i det fördelaktiga läget att man kan utgå från ett redan fixerat och välkänt begrepp. Så är ju vanligtvis fallet, när ett undersökningsobjekt tillhör den fysiska verkligheten, t ex består av en djurart eller ett mineral. När man skall utforska förhållanden av helt eller delvis psykisk natur, är det ofta vida svårare att exakt ange föremålet för undersökningen. En vanlig orsak härtill är, att förekommande termer har en oklar eller vacklande betydelse. Det kan då bli nödvändigt att bestämma undersökningsobjektet med en konstruktiv definition av eget fabrikat, d vs en definition som icke utvisar förefintliga gränser kring ett redan givet begrepp utan som drager upp nya gränser för ett begrepp, vilket först därigenom kommer till och får sitt innehåll preciserat. Eventuellt finnes redan två eller flera tillräckligt skarpa definitioner att tillgå, av vilka man väljer en för eget bruk, så att det blir denna, som får avgöra undersökningsobjektets art och omfång.

En undersökning av rättsreglernas natur bör enligt det sagda börja med ett fastställande av begreppet rättsregel eller, om man så vill, *begreppet gällande rätt*, alltså med en definition. Emellertid kommer denna grundläggande del av framställningen icke förrän i nästa kapitel, som handlar om begreppet gällande rätt och som avser att avgränsa undersökningsföremålet. När rättsreglernas beskaffenhet skärskådas ur vissa synvinklar redan i fortsättningen av detta första kapitel, kan detta sätt att gå tillväga följaktligen synas ologiskt. Avsteget från den proklamerade riktiga ordningsföljden förklaras av att diskussionen om rättsreglernas natur delvis rör sig på ett område, vars omfattning icke är beroende av den mera exakta avgränsningen mellan rättsregler och andra regler. Man kan inom detta område redogöra för förekommande åsikter utan att först gå in på en precisering av begreppet gällande rätt. Det finns to m ett positivt skäl att göra så, nämligen att man är bättre rustad för den sistnämnda uppgiften, när man har bakom sig en deskriptiv analys av *typiska* rättsregler och har bildat sig en uppfattning om deras karakteristika, vare sig dessa är specifika för rättsreglerna eller finnes även hos andra regler. En granskning av rättsreglernas natur i detalj, med beaktande av rättsreglerna i alla deras varianter, måste däremot av naturliga skäl anstå till dess att begreppet gällande rätt har blivit klart avgränsat. En närmare karakteristik av rättsreglerna kommer därför först i

det tredje kapitlet. Därmed tecknas bakgrunden till det fjärde kapitlet, som behandlar rättstillämpningens logik.

När modern rättsteori sysslar med "rättsregler", är det vanligtvis fråga om regler, tillhörande vad man kallar *den positiva rätten*. I nutida rättsvetenskap tager man ju i allmänhet avstånd från den naturrättsliga tanken, att "rättsregler" i "juridisk" mening skulle kunna vara givna oberoende av lagstiftning och rättspraxis.<sup>1</sup> Till denna moderna uppfattning om vilka regler som är rättsregler ansluter sig naturligtvis detta arbete. Däri ligger, vilket förstås av sig självt, ett avståndstagande från äldre, mer eller mindre naturrättsligt präglade uppfattningar om "rättsreglernas" natur. När nu en kort erinran lämnas om dessa äldre uppfattningar, är det bl a därför, att utlöpare från dem finnes även i vår tids rättsfilosofi.

## § 2. Återblick på några äldre uppfattningar

Åtskilliga motsättningar på den allmänna rättslärens område kan återföras på konkurrerande idealistiska och realistiska tendenser i rättsvetenskapen. Grunden till dessa motsättningar lades under 1800-talet i och med att naturvetenskapliga tänkesätt alltmera bredde ut sig och vann insteg även i de humanistiska vetenskaperna. Samtidigt frodades ju den *idealistiska filosofien*, företrädd i synnerhet av en rad kända tyska namn: *Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Schopenhauer*. Det blev denna art av filosofi, mindre i Kants och mera i Schellings<sup>1</sup> eller Hegels tappning, som kom att sätta sin stämpel på de förhärskande, romantiskt färgade rättsfilosofiska åskådningarna under 1800-talet, sammanfattade under beteckningen *den historiska skolan* (eller den romantiska skolan). Dessa åskådningar ställes ofta i ett slags motsats till *naturrättskolan*, mot vilken de på det rättspolitiska planet gjorde front genom att motarbeta den senares sangviniska krav på en fullständig och definitiv kodifiering av den gällande rätten. I rättsfilosofiskt avseende betydde emellertid naturrättslärens detronisering och den historiska skolans framträdande icke något jordskred utan blott införandet av en viss relativism i den tankevärld som förut hade hyst naturrättslärens aprioristiska och spekulativa konstruktioner.<sup>2</sup> Även anhängarna av den historiska skolans relativa syn på "rätten" tänkte sig, att den positiva rätten var underordnad någonting ovanför stående, en ideal "rätt", av vilken den var en ofullkomlig inkarnation. Den positiva rätten menades vara giltig endast i den mån som den överensstämde med denna högre "rätt", vars innehåll utgjordes av *den allmänna rättsövertygelsen*. En kraftigare omsvängning blev det, när den kontinentala juridiken under seklets senare hälft gjorde upp räkningen med den historiska skolan

och hävdade den positiva rättens självständiga giltighet. När kraven på respekt för den positiva rätten icke längre motiverades med en hänvisning till ett allmänt rättsmedvetande, måste något annat skäl för dess giltighet förebringas. Skälet blev, att den positiva rätten är ett uttryck för *statsviljan*. Rättsreglerna uppfattades såsom statens befallningar, såsom framsprungna ur statens vilja och därmed förpliktande för undersåtarna. Detta var *den ideologiska rättspositivismen*, vars föreställning om rättsreglernas natur omtalas under flera namn, viljeteorien eller *statsviljeteorien*, normteorien, den äldre imperativteorien.<sup>3</sup> Härledningen av lagarnas bindande kraft ur viljan hos ett överindividuellt subjekt, staten, stod i god samklang med den utbredda nationalistiska föreställningen om statens höghet och absoluta sedliga godhet, en föreställning som intager en viktig plats i Hegels filosofi. Trots förskjutningen i uppfattningen om grunden till lagarnas giltighet släpade den historiska rättspositivismen på mycket av naturrättskolorns och den historiska skolans ideologiska barlast, såsom senare tiders forskning har påvisat.<sup>4</sup> De tre åskådningssätten kan därför sägas bilda en idéhistorisk kontinuitet, *en idealistiskt betonad utvecklingslinje*.

*Den andra utvecklingslinjen, den realistiska*, hade sitt upphov i den naturvetenskapliga islossning som började omkring 1800 efter några sekler av tämligen långsamt framåtskridande. En lång rad revolutionerande upptäckter och uppfinningar visade erfarenhetens – iakttagelsens och experimentets – överlägsenhet över den rena spekulativen och fick därigenom återverkningar även inom filosofien. Under intryck av det nya naturvetenskapliga tänkandet föddes den filosofiska åskådning som kallas positivismen. För denna rikning, som hade sina rötter i *David Hume's* kunskapsteori och som räknar *Auguste Comte* såsom sin grundläggare, var erfarenheten den enda kunskapskällan. Den metafysiska spekulativen avvisades med ett "ignoramus". De positivistiska tankegångarna tillämpades även inom rättsfilosofien och gav där upphov till den syn på de rättsliga fenomenen som kallas *den sociologiska rättspositivismen*. Denna form av positivism ville icke i "rättsordningen" se något normativt utan endast en social verklighet, tillgänglig för empirisk undersökning med exakta metoder. Antagandet av en existerande personlighet, ett andligt väsen, bakom beteckningen staten förkastades såsom verklighetsfrämmande. Vad man kan iakttaga är enligt den sociologiska rättspositivismen icke statens befallningar utan likformigheter i människors sätt att handla och vara. Slutsatsen är, *att någon egentlig existens icke tillkommer rättsreglerna på annat sätt än såsom regelbundenheter i mänskligt handlande*. Rättsreglerna är analoga med naturlagarna, menar dessa positivisterna, de finnes liksom naturlagarna i själva skeendet, de är identiska med den upprepade faktiska förbindelsen mellan en viss situation och ett visst handlings sätt. Rättsreglerna är således handlingsvanor. Stundom släpper man dock denna föreställning om rättsreglerna såsom immanenta i det mänskliga handlandet och säger i stället, att rättsreglerna är *uttryck* för regelmässigheter i mänskligt handlande.

Därmed vill man tydligen utsäga, att rättsregler finnes endast i samma mån som regelmässigheter i mänskligt handlande förekommer. Det förefaller dock oklart, hur detta slag av positivism tänker sig förhållandet mellan rättsreglerna och det mänskliga beteendet. Rättsreglerna betraktas i varje fall såsom oupplösligt förbundna med ett faktiskt handlande, vare sig såsom regelbundenheter hos handlandet eller såsom beskrivningar av dessa regelbundenheter.

### § 3. Några nyare åsikter

Vid en analytisk redogörelse för problemet om rättsreglernas natur i nyare svensk rättsfilosofi är det svårt eller omöjligt att iakttaga en sträng kronologi och att giva en riktig bild av influenserna mellan olika forskares teorier samt att rätt utmärka graden av deras originalitet. I denna översiktliga framställning kommer själva problemet i förgrunden, och någon historieskrivning blir det icke fråga om. Med denna målsättning synes det vara lämpligt att bland nyare teorier om rättsreglernas natur först nämna den som filosofen *Ingemar Hedenius* har utvecklat i en av sina tidigare skrifter.<sup>1</sup> Finnes det något verklighetsunderlag till allt talet om "gällande rätt"? frågar Hedenius och besvarar själv frågan med ja. Hans bevisföring leder honom till denna slutsats: "Sålunda är den enskilda rättsregelns giltighet detsamma som existensen av en faktisk regelbundenhet hos ett visst mänskligt handlande. Och därvid är det alltid fråga om ett handlande, som utföres av den sk överheten".<sup>2</sup> Till denna karakteristik av rättsreglerna gör Hedenius ett viktigt tillägg, som skall omtalas i det följande.

För att rätt förstå Hedenius' teori om "rättsreglernas" giltighet måste man uppmärksamma hans speciella terminologi. Hedenius gör en åtskillnad mellan lagreglerna såsom språkliga satser och de "rättsregler" som svarar mot lagreglerna. Han menar icke alls, att en lagregels existens eller giltighet är detsamma som en faktisk regelbundenhet hos ett handlande av den sk överheten. Lagregler och sedvanerättsliga regler i betydelsen språkliga satser betecknar Hedenius icke såsom "rättsregler" utan såsom "bestämmelser".<sup>3</sup> Härigenom får ju hans uttalanden om "rättsreglernas" giltighet ett annat innehåll än de i och för sig synes ha. Mot en "bestämmelse" svarar vanligtvis en "rättsregel", och denna "rättsregel" är enligt Hedenius detsamma som den regelbundenhet i överhetens handlande vilken uppkommer genom att överheten handlar i enlighet med "bestämmelsen". Problemet om "rättsreglernas" giltighet brukar dock uppfattas som ett problem just om giltigheten hos de satser som Hedenius kallar "bestämmelser", och han kan naturligtvis icke blunda för detta centrala problem. För Hedenius är en "bestämmelse" giltig i samma mån som den motsva-

ras av en "rättsregel". En svårighet ligger emellertid i att en "bestämmelse" enligt vanligt språkbruk kan "gälla" även om den icke tillämpas. Skulle den situation som en lagbestämmelse refererar till icke inträffa i verkligheten och skulle bestämmelsen därför icke bli tillämpad<sup>4</sup>, måste man från Hedenius' utgångspunkter fråga sig, om bestämmelsen kan sägas gälla i realistisk mening. Någon mot bestämmelsen svarande regelbundenhet i överhetens handlande föreligger ju icke. Hedenius tager upp denna invändning och blir icke svarslös. "Rättsliga bestämmelser gälla ofta långa tider utan att tillämpas, just på den grund att det icke förekommer några fall, på vilka de kunna tillämpas."<sup>5</sup> Det kan enligt Hedenius vara fullt realistiskt att påstå, att en "rättsregel" gäller kontinuerligt även under dessa omständigheter. Påståendet blir nämligen realistiskt, när man med påståendet menar, att myndigheterna *kommer att* handla på visst sätt, *om* vissa fakta är för handen. En "rättsregel", dvs en faktisk regelbundenhet i myndigheternas handlande, kan nämligen finnas såsom hypotetisk, ja, detta är ett vanligt förhållande. Så säger Hedenius, och därmed gör han det förut berörda tillägget till sin karakteristik av "rättsreglerna" såsom regelbundenheter i överhetens handlande. Det originella och, får man väl säga, anmärkningsvärda i Hedenius' teori är, att han även för det fall att "bestämmelsen" icke tillämpas tillskriver "rättsregeln" icke bara existens utan kontinuerlig existens. Därför att "rättsregeln" är hypotetisk är den icke mindre faktisk än eljest, menar han. "Rättsreglerna" inrangeras av Hedenius under en kategori av fakta, som man "på filosofiskt fackspråk" kallar hypotetiska fakta.<sup>6</sup>

Med "rättsregler" menar Hedenius icke språkliga uttryck för faktiska regelbundenheter i överhetens handlande, utan han menar regelbundenheterna själva. Han föreställer sig "rättsreglerna" såsom immanenta i myndigheternas handlingssätt. Följaktligen finner han icke något motsatsförhållande mellan "rättsregeln" och naturlagen utan i stället en nära frändskap. "Vid tanken på naturens lagbundenhet tycker man stundom, på ett oklart sätt, att naturlagarna äro *orsaker* till skeendets regelmässighet. Man rör sig, mycket vagt, med den förmodan, att skeendet i och för sig skulle kunna vara obestämt och att det erhåller likformighet genom att naturlagarna liksom *tinga* det därtill. Man är, snart sagt, beredd att betrakta eventuellt förekommande underverk som lyckade uppror mot naturlagarnas *herravälde*. Felet är, att man i så fall tänker sig naturlagarna som ett slags normer eller 'bestämmelser' för naturen. I själva verket är lagen eller regeln endast en beståndsdel i skeendets faktiska beskaffenhet. Då det är fråga om sådana blott ungefärliga regelbundenheter, som icke äro naturlagar, t ex likformigheter hos skeendet i samhällslivet, är det också lätt att tänka sig, att det just är en regel som liksom *gör* likformigheten, fastän 'regeln' i verkligheten endast är ett annat namn på själva likformigheten, som naturligtvis icke kan göra sig själv."<sup>7</sup>

Hedenius' teori om rättsreglernas natur ingick i en rättsfilosofisk polemik mot



uttalanden av *Vilhelm Lundstedt* och *Karl Olivecrona*. Från dessa kom kraftiga genmälen,<sup>8</sup> vari särskilt den senare ingående kritiserade Hedenius' nu beskrivna uppfattning om rättsreglernas natur. Den kommentar till Hedenius' framställning av problemet som nu följer ansluter sig delvis till Olivecronas kritik.

Hedenius använder ordet rättsregel i en betydelse, som avviker från den vanliga. Det är ju brukligt att säga, att rättsregler tillämpas, men man kan då inte med rättsregler mena regelbundenheter, ty dessa kan, såsom Olivecrona påpekar, icke tillämpas utan endast förefinnas.<sup>9</sup> Nu är naturligtvis terminologien i princip en lämplighetsfråga, mot vilken invändningar icke kan riktas ur strängt vetenskaplig synpunkt. Men även praktiska synpunkter bör anläggas på en vetenskaplig terminologi. Är det icke ett vådligt företag att vilja radikalt förändra betydelsen hos en så fast inarbetad term som ordet rättsregel? *Caesar non supra grammaticos!* Är icke Hedenius' terminologi ägnad att draga uppmärksamheten från den viktiga frågan, vad en rättsregel – i ordets gängse betydelse – närmare besett är? Förvisso glömmes Hedenius icke bort rättsreglerna i vanlig mening, vilka han ju omtalar under namnet bestämmelser. Han underkastar dem även en analys och förklarar sig därvid tillämpa *Axel Hägerströms* "värdenihilism", dock försedd med "en viktig modifikation".<sup>10</sup> Hedenius karakteriserar "bestämmelserna" såsom *äkta rättssatser*, vilka icke utsäger någonting om något utan enbart är påtryckningssatser. I motsats till de äkta rättssatserna ställer han *oäkta rättssatser*, varmed han menar utsagor om de äkta rättssatsernas existens och innehåll.<sup>11</sup> Men med Hedenius' uppfattning av giltighetsproblemet blir den praktiska konsekvensen, att han icke tränger djupare in i problemet om de äkta rättssatsernas beskaffenhet och utmärkande kännetecken.

Kärnan i Hedenius' teori är, att ord såsom "rättsregel" och "gällande rätt" icke behöver användas i metafysisk bemärkelse utan kan beteckna realiteter och i själva verket också fyller funktionen att vara symboler för faktiska förhållanden.<sup>12</sup>

Mot Hedenius' påstående, att värdenihilismen måste förses med "en viktig modifikation" för att bli rimlig, invände Olivecrona, att modifikationen var obehövlig, eftersom företrädarna för värdenihilismen inte alls hade förnekat möjligheten av att fälla sanna eller osanna påståenden om innehållet i rättsregler od.<sup>13</sup>

Ett positivt resultat av Hedenius' kritik av värdenihilismen är emellertid, att skillnaden mellan äkta och oäkta rättssatser har blivit mera uppmärksammas än förut, vilket har varit ägnat att bidra till en klarare syn på frågan om rättsreglernas natur. De av Hedenius skapade termerna har därvid varit av stort värde.

Oäkta rättssatser är vanliga och spelar en stor roll i handel och vandel. Det kan därför vara motiverat att göra en exkurs för att närmare belysa skillnaderna mellan äkta och oäkta rättssatser samt mellan olika slag av de senare. Äkta och oäkta rättssatser kan ofta lätt förväxlas med varandra. En starkt bidragande orsak till detta är, att de i många fall kan ha exakt samma lydelse. Satsen "Närmaste arvingar på grund av skyldskap äro arvlåtarens arvingar" kan ju tolkas antingen som ett uttryck för en rättsregel eller som ett uttalande om innehållet i denna rättsregel. Själva rättsregeln är den sats som jämte övriga delar av ärvdabalken antogs som lag av KM:t och riksdagen 1958. Dess funktion är att (i förening med många andra regler) bestämma, hur man i vissa fall skall förfara med en persons kvarlåtenskap. Dess funktion är inte att upplysa om hur någonting förhåller sig. På grundval av rättsregeln kan man emellertid uttala ett påstående om hur det i ett visst avseende förhåller sig med den svenska arvsordningen. Man kan ju påstå, att närmaste arvingar till en avliden person enligt svensk rätt är hans avkomlingar. Ett sådant påstående är någonting annat än rättsregeln. Det är en oäkta rättssats. Eftersom lagbudet (= den äkta rättssatsen) har predikatsverbet i indikativ, kan den oäkta rättssatsen i detta fall egendomligt nog uttryckas med alldeles samma ord som den äkta: "Närmaste arvingar på grund av skyldskap äro arvlåtarens avkomlingar." Det förhåller sig ju så i svensk rätt! Ej sällan är dock en äkta rättssats så formulerad att en förväxling med den motsvarande oäkta rättssatsen är så gott som utesluten. "För underårigt barn i äktenskap vare föräldrarna förmyndare", hette det förut i föräldrabalken 11:1. Konjunktivformen "vare" gjorde det här omöjligt att tolka satsen som ett påstående.

En svårutredd fråga är, vilka slags sakförhållanden som egentligen beskrives i oäkta rättssatser. Något generellt svar kan inte givas, ty oäkta rättssatser kan vara av flera olika slag. En oäkta rättssats av enklaste slag är ett påstående om ordalydelsen i ett lagbud eller om vad ett lagbud i någon enstaka del utsäger rent formellt, t ex att straffsatsen i Brottsbalken 12:1 upptager både böter och fängelse. Av mera svårbedömd innebörd är påståendet, att köp av fast egendom enligt Jordabalken 4:1 kräver skriftlig form för sin giltighet. Det senare påståendet säger, att ett köp av en fastighet överför äganderätten till fastigheten från säljare till köpare endast om det göres skriftligen. Satsen påstår något om ett hypotetiskt rättsligt skeende. Om man undersöker "verklighetsunderlaget" för en sådan sats, kommer man in på den svåra frågan, vad det innebär, att en viss rättsregel gäller, att en viss regel är gällande rätt. Såsom framgår av nästa kapitel, finnes i rättsteorien olika meningar i denna fråga.

Hittills har ordats endast om sådana oäkta rättssatser som handlar om innehållet i rättsregler. Till de äkta rättssatserna hör emellertid inte endast bestämmelser i lagar och författningar och överhuvudtaget rättsregler utan också många andra slags satser av juridiskt innehåll. När en domstol dömer, sker det

genom att den uttalar eller skriver en eller flera äkta rättssatser: "Tingsrätten dömer till äktenskapsskillnad mellan makarna X." Förekomsten av en sådan äkta rättssats kan läggas till grund för hävdandet av en oäkta rättssats på samma sätt som förekomsten av ett lagbud: "Tingsrätten dömde i går till äktenskapsskillnad mellan makarna X." I denna oäkta rättssats påstås inte bara, att ett visst slags uttalande har gjorts i en viss situation av en viss persongrupp, utan också, att uttalandet har medfört en viss förändring av ett rättsläge. Att giva en fullständig beskrivning av den rättsliga förändringen är ganska omständligt. Förändringen är ju betingad av att domen får "laga kraft". Ett annat exempel på en oäkta rättssats, som är skenbart enkel men vars innebörd är svår att utveckla på ett uttömmande sätt, är satsen "Karlsson är gift". Med denna sats menas inte bara, att Karlsson en gång som brudgum har deltagit i en vigselceremoni och att han genom denna ceremoni har blivit förenad i äktenskap med den deltagande bruden. Satsen uttrycker också, att Karlssons äktenskap alltjämt består och att det alltså inte har tillkommit något förhållande, som har orsakat dess upplösning. Det skulle kräva ett stort utrymme att redogöra dels för allt som kännetecknar vigselceremonin och dels för de omständigheter som medför upplösning av ett äktenskap. Satsen får tydligen mening endast genom att sättas i samband med en eller flera rättsordningar. En person kan ju vara gift i ett land och samtidigt ogift i ett annat land. På liknande sätt utsäger satsen "A äger tomten nr 7" inte bara, att A har förvärvat tomten genom köp, gåva, arv eller på annat sätt, utan också, att han inte därefter har avhänt sig tomten eller eljest upphört att vara ägare till den. Exempelen ger vid handen, att många oäkta rättssatser påstår existensen av ett rättsligt förhållande. Andra exempel är, att någon är omyndig, att någon är i konkurs, att någon är svensk medborgare, att någon är skyldig en annan en viss summa pengar. Sådana satser fyller viktiga uppgifter både i det juridiska språket och i vardagsspråket. Om dessa satsers logiska natur går åsikterna isär i rättsteorien. Enighet råder naturligtvis om att de är något annat än de äkta rättssatserna.

Satser, som framstår som påståenden om rättsliga förändringar eller tillstånd, är inte alltid entydiga och kan därför stundom missförstås eller rentav missbrukas. Om jag säger "Köparen hävde köpet strax efter leveransen", kan jag mena antingen blott och bart, att köparen med eller utan juridisk grund meddelade en hävningsförklaring till säljaren, eller, att köparen meddelade en hävningsförklaring med köpeavtalets upphävande som följd. Grunden för att påstå, att ett visst rättsligt förhållande föreligger, är stundom svag eller obefintlig, och därför förekommer det ofta, att satser, som ser ut som oäkta rättssatser, knappast förtjänar att betecknas som sådana utan snarare är påtryckningssatser, som inte betecknar någonting och vilkas verkliga grund är en känsla. Satsen "A är skyldig att ersätta B för dennes skada" kan sålunda efter omständigheterna vara avsedd som ett uttryck för vad som anses vara en oomtvistlig följd av

innehållet i en skadeståndsregel eller ett uttryck för den känslomässigt bestämda attityden att A *bör* ersätta B för dennes skada. Skadeståndsregler brukar inte ha några skarpa gränser, och fall förekommer stundom, där ingenting kan sägas säkert om en persons skadeståndsskyldighet på grund av en viss händelse. Ett anspråk på skadestånd plägar i sådana fall motiveras på samma sätt som eljest, nämligen med ett påstående, att en skadeståndsskyldighet föreligger. När en domstol grundar ett domslut på ett "konstaterande" av att svaranden är skadeståndsskyldig, kan denna sats på samma sätt ibland vara ett uttryck för domstolens bestämda uppfattning, att svaranden enligt gällande rätt är skadeståndsskyldig, och ibland ett – noga taget missvisande – uttryck för domstolens mening, att lämplighetskäl talar för att en lucka i den gällande rätten fylls med en ny regel, som innebär skadeståndsskyldighet för svaranden (jfr § 22 nedan om sätten att skriva domsmotiveringar, särskilt om "naturrättsmetoden"). Endast i det förra fallet är satsen om svarandens skadeståndsskyldighet en oäkta rättssats. I det senare fallet uttrycker den ett rättspolitiskt krav.

— — —

Bakgrunden till de skildrade sociologiska teorierna om rättsreglernas natur är insikten om det ohållbara i den ideologiska rättspositivismens uppfattning av rättsreglerna såsom statens befallningar, statsviljeteorien. Strävandena efter en riktigare förklaring av rättsreglernas natur har emellertid även tagit sig uttryck i andra teorier, vilka tillvaratager vissa element i statsviljeteorien och icke försöker reducera rättsreglerna till rena sociala fakta. Sinsemellan är dessa teorier mycket olikartade. Ytterligheterna bland dem torde representeras av *Hans Kelsens* "rena rättslära" och *Karl Olivecronas* imperativteori (den nya imperativteorien), av vilka den förra utmärkes av en idealistisk och den senare av en realistisk tendens. Kelsen finner ingen plats för rättsreglerna i den naturliga verklighetens värld utan förlägger dem helt till börats värld, till *en transcendent verklighet*. Olivecrona ser tvärtom i rättsreglerna fenomen tillhörande rummets och tidens värld.<sup>14</sup>

*Kelsens* rena rättslära<sup>15</sup> har sitt huvudsakliga intresse såsom ett försök att giva ett slags lösning på rättens giltighetsproblem. Kelsen grundar rättsreglernas giltighet på ett obevisbart postulat (se nedan s 35). Rättsreglerna är för Kelsen normer, vilka äger existens i börats värld. Det blir anledning att ånyo ägna uppmärksamhet åt den rena rättsläran i nästa kapitel vid behandlingen av begreppet gällande rätt (s 34 ff).

Till skillnad från Kelsen anser *Olivecrona* rättsreglerna i viss mening äga existens i den naturliga verkligheten.<sup>16</sup> Med denna utgångspunkt blir det en självklar uppgift för Olivecrona att grundligt undersöka, vari rättsreglerna består. Den teori om rättsreglernas natur som han har utvecklat är också mycket

åskådlig och detaljrik. Huvudtanken i densamma är, att *rättsreglerna* är ett slags föreställningar. Man har alltså ingen föreställning om en rättsregel, utan rättsregeln är själva föreställningen. Eftersom föreställningar existerar, så har rättsreglerna existens. Rättsreglerna är en psykisk verklighet. Därav följer, att ett påstående om deras existens icke kan verifieras genom jämförelse mellan föreställningen och en yttre verklighet. Rättsreglerna är *idéer om handlingssätt i tänkta situationer*. Stundom betecknar Olivecrona rättsreglerna såsom uttryck för sådana idéer, vilket tydligen beror på att han enligt en allmän språkvana begagnar samma term omväxlande om satser såsom teckenkombinationer och om satser såsom tankeinhåll.<sup>17</sup> Nu kan det naturligtvis sägas om många slags satser, att de uttrycker idéer om handlingssätt, och denna karakteristik av rättsreglerna är alltså icke tillräcklig. När Olivecrona skall närmare bestämma rättsreglernas beskaffenhet, skiljer han dem först och främst från utsagor om sakförhållanden. Rättsreglernas uppgift är icke att meddela kunskap. Deras funktion är rent praktisk, de har uppställts i akt och mening att de skall påverka människors beteende. Därför hänför Olivecrona dem till *imperativer i vidsträckt mening*. Trots denna terminologiska överensstämmelse med statsviljeteorien tager han i likhet med Hägerström och Lundstedt mycket bestämt avstånd från denna. Han förnekar, att rättsreglerna är befallningar, vare sig av staten eller av några mänskliga individer. De emanerar icke från något befällande subjekt, framhåller han. Enligt statsviljeteorien skulle ju rättsreglerna vara statens befallningar, men något personligt väsen med namnet staten existerar icke, säger Olivecrona, och befallningar kan därför icke komma från staten. Ej heller kan rättsreglerna sägas utgöra befallningar av några fysiska personer. Med en utförlig argumentering förnekar Olivecrona, att lagreglerna är befallningar av någon eller några av de personer som står bakom deras tillkomst. Han påpekar också statsviljeteoriens uppenbara otillräcklighet, när det gäller att förklara de sedvanerättsliga reglernas allmänt erkända karaktär av rättsregler. Eftersom rättsreglerna enligt Olivecrona är imperativiska men likväl icke är några befallningar, betecknar Olivecrona dem som *”fristående imperativer.”*<sup>18</sup> Med rättsreglerna associeras ett ”skall”, och detta ”skall” fungerar suggestivt utan att någon befallningssituation är för handen.

#### § 4. Om rättsreglernas logiska natur

I de vetenskapliga resonemangen om rättsreglernas natur upptages ett stort utrymme av frågan om vad det betyder, att en rättsregel gäller. Man försöker bestämma begreppet gällande rätt. I nästa kapitel lämnas en redogörelse för några olika lösningar av denna uppgift.

För att spørsmålet om begreppet gällande rätt skall kunna behandlas med framgång, bör man naturligtvis ha en riktig uppfattning om arten av de företeelser som spørsmålet hänför sig till. Dessa företeelser är de regler som vi kallar rättsregler, och följaktligen bör det vara av betydelse att känna rättsreglernas allmänna egenskaper. Finns det några gemensamma drag hos rättsreglerna utom det att de betraktas som gällande, alltså några gemensamma drag beträffande innehåll och språklig form? Rättsreglerna framträder såsom språkliga satser, såsom utsagor, och frågan kan därför ställas som en fråga om *hur rättsreglerna skall klassificeras såsom språkliga fenomen*. Är de något alldeles för sig och i så fall vad? Kan de inordnas i någon större grupp av språkliga satser, och vad är i så fall särskilt utmärkande för denna grupp av satser?

Låt oss först se på några olika typer av språkliga satser, vilka synes vara av intresse för besvarandet av dessa frågor! I modern logik brukar man göra en grundläggande åtskillnad mellan teoretiska satser å ena sidan och icke-teoretiska eller ateoretiska satser å andra sidan. Den senare gruppen kallas ofta för praktiska satser, men rent språkligt pekar denna term närmast på satser med syfte att påverka mänskligt handlande, varför det kan ifrågasättas, om den är lämplig som beteckning för hela gruppen av ateoretiska satser. I denna grupp ingår nämligen även satser, som endast är spontana känslouttryck.

Med en *teoretisk sats* menas en sats, som har egenskapen att vara *antingen sann eller falsk*. Om jag befinner mig i ett rum med en taklampa och säger ”Taklampan lyser”, uttalar jag en teoretisk sats. Huruvida satsen är sann eller icke, kan man undersöka genom att iakttaga taklampan. Om denna verkligen lyser, kan man säga, att den uttalade satsen *avbildar* ett verkligt förhållande på ett riktigt sätt. Satsen säges då vara sann. Om lampan är släckt, ger satsen en oriktig bild av ett verkligt förhållande, nämligen av det förhållande att lampan icke lyser. Satsen är då osann eller, som det brukar heta bland logiker, falsk. Eftersom man i detta fall prövar satsens sanning eller falskhet genom iakttagelse, alltså med hjälp av erfarenhet, kan en sådan sats kallas en erfarenhetssats eller en *empirisk sats*. Satsen utgör ett *påstående om ett sakförhållande*, d v s om ett såsom verkligt framställt förhållande i det förflutna, det närvarande eller det tillkommande. En sats kan vara teoretisk, även om det är praktiskt omöjligt att undersöka, om det påstådda sakförhållandet också är verkligt. Det är tillräckligt (men också nödvändigt), att det är, har varit eller kommer att vara åtminstone i princip möjligt att avgöra, huruvida satsen riktigt eller oriktigt återger en viss del av verkligheten.

Förutom empiriska satser finns det ett annat slag av teoretiska satser, d v s satser, som man tillägger egenskapen att vara antingen sanna eller falska. Det finns nämligen satser, vilkas sanning eller osanning omedelbart *insees av vårt förstånd*, t ex satsen ”Två gånger två är fyra”. Att dylika satser kan sanningsprövas enbart genom eftertanke och utan hjälp av vår erfarenhet, beror på att

de endast handlar om förhållandet mellan olika begrepp eller mellan olika satser. Detta slags satser kallas *logiska satser*. En viktig grupp av logiska satser är matematikens satser.

De empiriska satserna och de logiska satserna är tydligen icke sanna eller falska i samma mening. Att en logisk sats är sann betyder endast, att den icke innehåller någon inre motsägelse. Man får alltså skilja mellan *empirisk sanning* och *logisk sanning*. I logiken kallas empiriska sater också för syntetiska ("sammansställande"), i motsats till logiska satser, som säges vara analytiska ("särskiljande", "upplösande").

De icke-teoretiska eller *ateoretiska satserna* är av flera slag. Det enklaste exemplet på en sådan sats är *befallningssatsen*, för vilken vårt språk tillhandahåller en särskild form av verbet, imperativformen. Satsen "Tänd taklampan!" utsäger icke något om ett sakförhållande. Det är nonsens att fråga, huruvida denna sats är sann eller falsk. Satsens betydelse sammanhänger med den funktion som satsen normalt är avsedd att ha. Medan den teoretiska satsens typiska funktion är att meddela kunskap, är befallningssatsens typiska funktion att framkalla ett mänskligt handlande eller annat beteende, i det nyssnämnda exemplet att tända en taklampa. Därför säger man ofta, att befallningssatsen är en *praktisk sats*, vilket betyder just en sats med uppgiften att påverka en person till ett handlande (jfr det grekiska ordet *praxis*, som betyder handlande). Uppenbarligen finns det ett innehåll i befallningssatsen, nämligen föreställningen om ett visst handlande, men detta handlande framställs icke såsom verkligt, såsom fallet är i en teoretisk sats. Satsen "Tänd taklampan!" betyder icke detsamma som den teoretiska satsen "Du kommer strax att tända taklampan". Den förra satsen avbildar icke något såsom verkligt framställt förflutet, pågående eller kommande skeende. Befallningssatsen är icke en avbild utan en *förebild*, ett *handlingsmönster*. Huruvida den befallda handlingen blir utförd, saknar betydelse för satsens karaktär. Vare sig handlingen blir av eller ej, saknar satsen egenskapen att vara antingen sann eller falsk. Satsen har intet "sanningsvärde".

Från befallningssatsens eget innehåll måste man skilja de slutsatser som möjligen kan dragas av att satsen uttalas. Av satsen "Tänd taklampan!" drager man väl oftast, om man tänker på saken, slutsatsen, att taklampan är släckt, ty annars vore ju befallningen onödig. Men satsen "Taklampan är släckt" är teoretisk och säger något helt annat än satsen "Tänd taklampan!". Naturligtvis inbjuder den sistnämnda satsen också till slutsatsen, att befallningsgivaren önskar, att taklampan skall tändas, att det är hans vilja, att så sker. Men satsen "Jag önskar (vill), att taklampan skall tändas" är inte heller liktydig med satsen "Tänd taklampan!", även om den ofta kan tänkas få samma praktiska effekt.<sup>1</sup>

Den skillnad mellan teoretiska och praktiska satser som nu har beskrivits är inte så klar som den kan förefalla. Det är nämligen i många fall inte möjligt att med bestämdhet klassificera "satser" efter deras "mening" utan att precisera

vad man menar dels med "sats" dels med "mening". När en "sats" betecknas som teoretisk eller som ateoretisk i denna framställning, avses med "sats" icke – såsom i språkläran – en regelbestämd ordsammanställning med vissa kännetecken. I stället avses det *tankeinhåll* som ordens upphovsman vill förmedla med orden. Sanning och falskhet eller frånvaro av bådadera är ju inte bestämningar hos själva orden, hos satsens språkliga form, utan hos det som orden utsäger eller snarare anses utsäga. Innan man kan bestämma den logiska karaktären hos en i ord uttryckt sats, måste man inte sällan tolka orden, och därvid söker man i regel efter vad upphovsmannen har velat uttrycka, efter hans intention. När det i denna bok talas om en teoretisk sats, förstås alltså därmed ett av ord buret tankeinhåll, som är antingen sant eller falskt. En sats i denna bemärkelse kan naturligtvis mycket ofta uttryckas med olika ord. Man kan t ex förvandla utsagans syntaktiska struktur och samtidigt ordens böjningsformer m m utan att förändra utsagens innehåll. "Hunden jagar haren" kan ändras till "Haren jagas av hunden". "Månen lyser" kan ändras till "Det är månsken". Man kan översätta en utsaga till ett annat språk. I dessa fall växlar formen, men satsen är densamma. I språkläran är det tvärtom den yttre formen som ger en sats dess identitet. Man skiljer ju där mellan huvudsats och bisats samt mellan olika slags huvudsatser och olika slags bisatser. Man upplöser en "sats" i "satsdelar", i subjekt, predikat m m. En sats i språklig mening är inte i och för sig teoretisk eller praktisk. Beträffande en bisats kan man överhuvudtaget inte med någon förnuftig mening ställa frågan, om den är teoretisk eller praktisk. Den uttrycker inte någon hel sats i logisk mening utan tjänstgör endast som en satsdel i huvudsatsen. Det förekommer visserligen att en utsaga inte rimligen kan tolkas på mer än ett sätt, t ex som uttryck för en praktisk sats, men inte sällan medger formuleringen av en utsaga såväl en teoretisk som en ateoretisk tolkning. Exempelvis kan man med orden "Stina diskar och Anders torkar" utsäga både ett påstående och en uppmaning. I föregående paragraf (s 12) påpekades, att en äkta rättssats och en motsvarande oäkta rättssats ibland kan uttryckas med alldeles samma ord.

Den ofta förekommande bristen på fasta relationer mellan orden i en utsaga och det som orden anses symbolisera är till besvär, när man skall göra en kategoriindelning av satser i betydelsen tankeinhåll. När författaren skall förklara för läsaren, hur han artbestämmer tankeinhållen, måste han ju beskriva dessa med ord. Hur skall detta gå till, om orden allt som oftast tillåter olika tolkningar? Tolkningen kan bli beroende av i vilket sammanhang orden uttalas eller skrives, av den konkreta situation i vilken de användes. Man kunde därför kanske tänka sig att bestämma begreppet mening hos en sats som satsens åsyftade funktion i det konkreta fallet. Om jag säger "Klockan är halv tolv" som en upplysning till den, som har ett konstant behov av att veta, hur långt dagen är framskriden, hävdar jag naturligtvis en teoretisk sats. Om min avsikt i



stället är att skynda på en person, som riskerar att komma för sent till tåget, skulle samma ord med den nämnda begreppsbestämningen beteckna en praktisk sats. Nackdelarna med ett sådant sätt att bestämma begreppet mening hos en sats är uppenbara. Det bleve tröttsamt och krångligt att i varje särskilt fall, där så erfordras, angiva de för satskaraktären relevanta förhållanden i vilka en konkret utsaga förekommer. Den vetenskapliga nyttan av en kategoriindelning på sådana grunder torde vara närmast obefintlig. Författaren föredrager därför att indela satser med hänsyn till den mening som är *typisk* och *normal* hos en utsaga med ett visst språkligt utseende. Med denna förutsättning uttrycker utsagan "Klockan är halv tolv" alltid en teoretisk sats. Om man håller förutsättningen i minnet, är det kanske försvarligt att säga, att utsagan "Klockan är halv tolv" är en teoretisk sats, ehuru man därvid inte uttrycker sig helt korrekt. I det föregående har författaren på samma sätt tillåtit sig att kalla utsagan "Taklampan är tänd" för en teoretisk sats. En konsekvens av författarens terminologi blir, att en teoretisk sats kan ha ett praktiskt syfte eller en praktisk funktion. Häri ligger inte något onaturligt, ty satsens syfte eller funktion i det enskilda fallet inverkar ju inte på dess egenskap att vara antingen sann eller falsk.

Vid den följande kategoriindelningen av satser gör författaren alltså en abstraktion, en generalisering, och bortser från möjliga växlingar i den konkreta situation i vilken en utsaga kan förekomma. Med satsens mening avses den mening eller intention som är typisk för den ordsammanställning med vilken satsen uttryckes.

Efter jämförelsen mellan en teoretisk sats såsom "Taklampan är tänd" och en ateoretisk sats såsom "Tänd taklampan!" kan skillnaden mellan teoretiska och ateoretiska satser, bortsett från de nyss gjorda förbehållen beträffande begreppen sats och mening, förefalla klar och lättfattlig. Icke desto mindre finnes flera slag av satser, vilkas hänförande till den ena eller den andra av dessa kategorier är omstritt. Ett slag av sådana satser är de egentliga *värdeomdömena*. Satsen "Tjajkovskijs Symphonie pathétique är underbar" är ett värdeomdöme. Detta slag av satser uppfattas av somliga såsom teoretiska satser, såsom antingen sanna eller falska. Vid denna tolkning av utsagan utgår man från att det oberoende av lyssnarens reaktioner är en egenskap hos symfonien att vara underbar. Man antager, att det kan vara en egenskap hos tex ett fysiskt föremål att vara vackert eller fult på samma sätt som att ha en viss form eller en viss färg. Denna åsikt om att olika slags värden (estetiska, etiska, religiösa, politiska m fl) är egenskaper hos ting, personer, handlingsätt eller skeenden m m kallas *värdeobjektivism*. En annan uppfattning om de egentliga värdeomdömena är, att de endast är spontana uttryck för den talandes känsloreaktioner inför ett objekt och att de icke påstår något om en egenskap hos objektet. Denna uppfattning förutsätter ett förnekande av värdenas objektiva realitet. Denna syn på värdena

har av sina vedersakare fått namnet *värdenihilism*. En konsekvens av värdenihilismen är, att de egentliga värdeomdömena inte kan verifieras eller falsifieras genom en undersökning av de objekt som de ser ut att referera till, dvs att de inte kan vara sanna eller falska och alltså är ateoretiska satser. Den ateoretiska uppfattningen av de egentliga värdeomdömena har i synnerhet hävdats av *Axel Hägerström* och den av honom grundade Uppsalaskolan inom den praktiska filosofien. (Från de egentliga värdeomdömena har man att skilja påståenden om vad människor tycker i värderingsfrågor. Sådana påståenden kan kallas värdeutsagor, men de är teoretiska satser och inga värdeomdömen i egentlig mening.) Värdeomdömena spelar en utomordentligt stor roll i juridiken, nämligen i den rättspolitiska argumenteringen dels i lagstiftningsfrågor och dels i rättstillämpningsfrågor. Däremot har de inte lika stort intresse i spörsmålet om rättsreglernas natur.

En annan omtvistad grupp av språkliga utsagor, vilkas tolkning tvärtom har den allra största betydelse för frågan om rättsreglernas natur, är de sk metafysiska satserna. Med en *metafysisk sats* menas en sats, vilken framträder som *ett påstående om något förhållande, som icke tillhör den för mänsklig erfarenhet åtkomliga verkligheten*. Hit hör tex uttalanden om hur det ser ut eller går till i paradiset eller i helvetet och överhuvudtaget en mängd satser, som ingår i religiösa läror. Det vore dock ett misstag att tro, att de metafysiska satserna endast tillhör den religiösa föreställningsvärlden. Dyliga satser är vanliga på många livsområden, i etiken, i estetiken, i politiken och inte minst i juridiken samt förmodligen också i de flesta vetenskaper.

Den metafysiska satsens logiska innebörd är som sagt omstridd. Klart synes emellertid vara, att satsens *intention* är teoretisk. Den som på allvar framställer ett påstående om hur det ser ut i paradiset vill övertyga andra om hur det verkligen ser ut i paradiset. Han vill dela med sig av sin kunskap. När Ludvig XIV påstod sig vara Guds ställföreträdare på jorden, kunde han mena, att Gud verkligen hade givit honom ett uppdrag att härskas på jorden, och då uttalade han en metafysisk sats. Om han icke trodde på Gud eller något gudomligt uppdrag, kunde han naturligtvis ändå uttala satsen i avsikt att befästa sin maktställning, men från sin egen synpunkt uttalade han då ingen metafysisk sats utan en påverkningssats, ett slags imperativ, även om han önskade, att andra skulle uppfatta satsen såsom uttryck för en sanning.

Av den som antager existensen av en för erfarenheten oåtkomlig, ”högre” verklighet, en ”transcendent” verklighet, kan en metafysisk sats mycket väl uppfattas såsom teoretisk, såsom sann eller falsk. Den som förnekar existensen av en transcendent verklighet kan om den metafysiska satsen säga, att den icke kan vara sann, eftersom det icke finns något sådant sakförhållande som satsen hävdar. I och för sig hindrar detta inte, att satsen kan betecknas som teoretisk, eftersom en teoretisk sats kan vara osann, vilket den ju ofta är. Enligt en

modernare uppfattning, som företrädes bl a av Uppsalaskolan, är den metafysiska satsen emellertid varken sann eller osann. Det finns nämligen ingen verklighet, som den kan jämföras med, säger man, och den undandraget sig alltså även rent principiellt en sanningsprövning. Enligt denna uppfattning blir den metafysiska satsen en egendomlig företeelse ur logisk synpunkt. *Den är till sin intention teoretisk men till sin verkliga beskaffenhet ateoretisk.*

Metafysiska satser kan ibland användas till att *påverka* människors sätt att handla. En sådan sats som att avtal är bindande är ägnad att förmå människor till att uppfylla ingångna avtal. Att ett avtal är bindande, dvs att det ger upphov till rättigheter och plikter mellan kontrahenterna, är icke något som kan konstateras genom erfarenheten. Rättigheter och plikter kan vi icke förnimma med våra sinnen eller genom inre varseblivning. Vi kan känna ett inre tvång att handla, men tvånget är inte detsamma som plikten utan tänkes ha sin orsak i denna. En metafysisk sats kan alltså ha en praktisk funktion. I praktiken blir det därigenom stundom svårt att hålla isär de metafysiska satserna från de praktiska.

I samband med värdeomdömen och metafysiska satser uppmärksammas lämpligen vissa slags satser med verbet böra (eller liknande uttryck, såsom "måste", "det är nödvändigt") som predikat, tex satsen "Kvinnor bör ha samma lön för sitt arbete som män". Sådana *böra-satser* torde ofta uppfattas som teoretiska: Det förhåller sig verkligen så, att kvinnor bör ha samma lön för sitt arbete som män. Men man frågar sig, hur det skall gå till att pröva dessa satser sanning. Vid närmare eftertanke måste det framstå som en rimligare tolkning, att satser av denna typ är imperativiska, i det att de uttrycker önskningar om eller krav på ett visst slags handlande, även om satserna icke såsom de egentliga befallningssatserna riktar sig till bestämda personer. Den teoretiska tolkningen av dessa böra-satser bottnar i en värdeobjektivistisk uppfattning. Ej sällan förväxlas dessa satser med värdeomdömen, vilket beror på att de grundar sig på värderingar och framgår som ett slags praktiska konsekvenser av dessa. Tolka de såsom teoretiska satser blir de exemplifierade satserna metafysiska, eftersom det även rent principiellt är omöjligt att pröva deras sanning med empirisk metod. Liksom värdeomdömena har de metafysiskt-imperativiska böra-satserna stor betydelse som påverkningsmedel inte minst i rättspolitisk argumentering. För frågan om rättsreglernas natur har de mindre betydelse, även om lagstadganden i sällsynta fall har formen av böra-satser. Lagbud med verbet böra söm predikat torde tolkas som enbart rekommendationer och icke som egentliga rättsregler.

En böra-sats behöver icke vara imperativisk. Sådana böra-satser som framställer ett visst handlande såsom det nödvändiga medlet för att nå ett visst resultat är icke imperativiska utan empiriska, alltså teoretiska. Satsen "Medicinen bör förvaras kallt" är teoretisk, ty den är liktydig med "Om medicinen

förvaras kallt, förblir den användbar under längre tid än eljest.”

Ännu en grupp av satser, vilka har placerats än i de teoretiska och än i de ateoretiska satsernas fack, är de s k *performativerna*, vilka är satser, som enligt sitt innehåll framkallar en viss effekt i och med att de uttalas. Ett typiskt performativ är satsen ”Jag lovar att komma i morgon”. Man lovar genom att säga, att man lovar, och löftet konstitueras alltså genom att satsen uttalas till en eller flera mottagare (adressater). Denna typ av satser har en utomordentligt viktig funktion i det juridiska språket. Den kommer att behandlas närmare i kap III, där den meningen framställles, att performativerna är imperativer i vidsträckt mening och alltså ateoretiska. De rättsliga utsagor som utgöres av performativer är emellertid icke rättsregler utan individuella rättssatser, nämligen rättshandlingar, domar och beslut. Det bör dock observeras, att det bland rättsreglerna finns ett slags generella motsvarigheter till de juridiska performativerna, rättsregler som kan betecknas som ”performatoriska”. Dessa regler kommer likaledes att analyseras i kap III, där de återfinnes under benämningarna kvalifikationsregler och kompetensregler.

Rådande osäkerhet eller oenighet om språkliga utsagors logiska natur kan i någon mån ha grammatiska orsaker. Predikatsverbets modus är nämligen icke alltid ett tillförlitligt uttryck för satsers logiska natur. Exempelvis kan en imperativisk betydelse uttryckas även med konjunktiv, ja, rentav med indikativ. Modus indikativ är alltså icke i och för sig något bevis för att en sats är teoretisk. I den gamla arvsregeln ”Gånge hatt till och huva ifrån” är ”gånge” en konjunktiv med imperativisk betydelse. Om jag säger ”Den som röstar ja räcker upp en hand”, uttrycker jag en uppmaning med predikats verbet i indikativ. I metafysiska satser står predikats verbet i indikativ, likaså i performativer, och ändå anser de flesta logiker numera, att dessa slags satser är ateoretiska. Ofta ger icke heller de modala hjälpverben någon säker ledning för bedömandet av en utsagas logiska karaktär. Det lösa sambandet mellan satsers grammatiska form och deras logiska karaktär manar till eftertanke och försiktighet icke minst vid analyser av det rättsliga språkets innebörd.<sup>2</sup>

Med den nu lämnade översikten över några viktiga typer av språkliga satser skall vi återupptaga frågan om till vilken typ av utsagor som rättsreglerna är att hänföra. Underligt nog har denna fråga ännu i modern tid på många håll rönt endast ringa intresse eller icke ens uppmärksamhets. Ofta har man stannat vid att klassificera rättsreglerna som ”normer” eller ”Sollensätze” ed, eller har man betecknat dem som imperativer utan att ha haft imperativernas verkliga natur klar för sig. Ett vanligt misstag har varit att identifiera en utsaga om innehållet i en rättsregel med rättsregeln själv. Genom detta misstag har rättsatser av två olika slag kommit att sammanföras och sammanblandas under samma benämning. Man har tex icke skilt mellan den sats som ålägger en gäldenär att betala dröjsmålsränta och den sats som påstår, att gäldenären

enligt gällande rätt är skyldig att betala dröjsmålsränta. Denna konfusion kan leda till att rättsreglerna felaktigt uppfattas såsom teoretiska satsen. Den förra satsen om gäldenären är själva rättsregeln, och den är enligt Ingemar Hedenius' terminologi en äkta rättssats, medan den senare satsen är en utsaga om rättsregelns förekomst och enligt Hedenius en oäkta rättssats.<sup>3</sup> Den senare satsen är i och för sig icke något större problem från logisk synpunkt. Den är teoretisk, låt vara att det är mycket svårt att närmare beskriva det sakförhållande som satsen symboliserar och stundom även svårt att avgöra, om den är sann eller osann. Visserligen kan även den oäkta rättssatsen användas i påverknings-syfte, men detta är icke något ovanligt hos teoretiska satsen.

Frågan gäller alltså, hur rättsreglerna, dvs de generella äkta rättssatserna, skall klassificeras logiskt sett. Tydligt är de icke empiriska satsen. Trafikreglerna upplyser oss icke om hur trafikanterna verkligen uppträder i trafiken. Detta är icke deras mening, och ingen förnuftig människa uppfattar dem på detta sätt. Trafikreglerna är skrivna i syftet att de skall utgöra *handlingsmönster* för trafikanterna, och om de fyller någon uppgift så är det just denna. En trafikregel är varken sann eller falsk, den är ateoretisk, en *praktisk sats*. Därmed är icke sagt, att den är en befallningssats, ty en sats kan vara en praktisk sats utan att uttrycka en befallning.

Det som nu har sagts om trafikregler gäller också om många andra rättsregler men icke om alla. Spörsmålet om rättsreglernas natur från innehållssynpunkt kompliceras nämligen av att många rättsregler, i detta ords vanliga mening, icke ger några handlingsmönster utan framstår såsom uttalanden om uppkomsten, existensen eller upphörandet av rättsliga förhållanden, såsom rättigheter, skyldigheter eller rättsliga egenskaper hos personer, saker eller relationer. En ingående undersökning av dessa rättsregler kan inte göras förrän i kap III, som handlar om rättssystemets närmare beskaffenhet.

Om man ser på rättssystemet såsom helhet, med bortscende från den enskilda lagregelns eller sedvaneregelns innehållsmässiga karaktär, måste detta system från realistiska synpunkter betraktas som ett system av satsen med funktionen att förmå människor att handla efter bestämda mönster i bestämda situationer. Det synes därför vara berättigat att generellt karakterisera rättssystemet som ett system av *praktiska satsen*.

Man får emellertid icke förbise, att rättsreglernas praktiska funktion till stor del är betingad av vissa historiska givna föreställningssätt, på vilka systemet är grundat och vilka hålles vid liv av systemet självt. Rättsreglerna påverkar samtidigt vårt sätt att tänka och vårt sätt att handla, och mellan dessa båda påverkningsmetoder finnes ett organiskt sammanhang. Många rättsregler uppträder i påståendesatsens form och är för ettoreflekterat betraktelsesätt *metafysiska satsen*, som väcker föreställningar om "rättsliga", dvs enbart tänkta eller "ideella" skeden eller tillstånd. Såsom nyss påpekades, innehåller dessa rättsregler icke

några handlingsmönster. Insatta i sitt sammanhang visar de sig emellertid vara beståndsdelar i praktiska satser av en mycket komplicerad beskaffenhet, och trots innehållet i dessa rättsregler kan man därför, om än med en viss reservation, klassificera hela systemet av rättsregler såsom *ett system av praktiska satser*.

Denna syn på rättsreglernas logiska natur förutsätter ett visst slag av rättsfilosofisk "realism".<sup>4</sup> Om man utgår från en annan åskådning och antager existensen av ett normsystem med en absolut giltighet, en gudomlig eller naturlig rätt, kan den av människor skapade rätten, den positiva rätten, tänkas vara ett mer eller mindre riktigt återgivande av innehållet i denna högre rätt. Det skulle i så fall ej vara helt uteslutet att uppfatta den positiva rättens regler såsom utsagor om innehållet i den högre, gudomliga eller naturliga rätten.<sup>5</sup> Rättsreglerna skulle alltså med denna förutsättning kunna tolkas såsom teoretiska satser, såsom satser med egenskapen att vara sanna eller osanna. Såvitt man inskränker sig till några allmänna etiska maximer, ställer sig författaren icke absolut avvisande till detta betraktelsesätt. Med de metoder som författaren för sin del vill erkänna såsom vetenskapliga kan dock existensen av en över den positiva rätten höjd gudomlig eller naturlig rätt varken bekräftas eller förnekas. Och det är författarens önskan att presentera en vetenskaplig framställning av problemet om rättsreglernas natur och icke några metafysiska spekulationer. De senare har sin plats i den religiösa litteraturen eller i skönlitteraturen.

# Om begreppet gällande rätt

## § 5. Vad skiljer rättsregeln från andra praktiska satsar?

När rättsreglerna i det föregående hänfördes till kategorien praktiska satsar, var detta en karakteristik av rättsreglerna i ett viktigt avseende men varken någon definition eller någon mera ingående beskrivning. En definition av begreppet rättsregel måste omtala, vad det är som skiljer rättsregeln från andra slag av praktiska satsar. Ingen påstår, att reglerna för schack eller kortspel är rättsregler, men vissa likheter mellan de förra och de senare kan icke bortförklaras, och det är icke utan skäl som dessa regler ibland får tjäna som material för belysning av viktiga sidor hos rättsreglerna.<sup>1</sup> Vad skiljer rättsreglerna från dessa spelregler? Vad skiljer dem från reglerna för danser och sällskapslekar? Vad skiljer dem från matrecept eller bruksanvisningar för allehanda nyttoföremål? Och vad skiljer rättsreglerna från moral- eller sederegler? Även de senare är praktiska satsar. Och icke nog med det. Rättsreglerna samt moral- och sedereglerna rör till avsevärd del samma livsförhållanden och sammanfaller icke sällan till innehållet, vartill kommer, att de alla uppfattas såsom förpliktande, vare sig man följer dem eller ej. Ändå är rättsreglerna någonting för sig; man utgår utan vidare ifrån att det måste finnas något kriterium, som gör rättsregeln till en rättsregel och därmed ställer den i särklass bland de olika slagen av mönster för mänskligt handlande. *Man tillskriver rättsreglerna en kvalitet, som saknas hos andra regler.* Denna kvalitet måste vara kärnpunkten i en riktig definition av rättsreglerna, kan man tycka. Det är ju den som saknas hos ”regeln” såsom enbart regel och som bör vara *kvintessensen i begreppet ”rätt” i juridisk mening.* Det är denna kvalitet som finnes hos den i kraft varande lagen men som fattas hos lagförslaget. Man säger, att lagen ”gäller” men icke lagförslaget, att den förra är gällande rätt men icke det senare. Det är icke förty otillräckligt att definiera rättsreglerna såsom de gällande eller giltiga reglerna. Denna bestämning hjälper oss icke att särskilja rättsreglerna från vissa andra regler, som också antages vara giltiga, såsom moralregler eller sederegler. Den närmare beskaffenheten av rättsreglernas giltighet måste bestämmas.<sup>2</sup> Uppgiften hör till den allmänna

rättslärans mest motsträviga. Den gällande rättens gåta är på väg att upphöjas till en evig fråga av samma förnäma dignitet och tröstlöshet som de klassiska problemen om orsaksbegreppet och om viljans frihet.

*Uppgiften att definiera begreppet gällande rätt* kan principiellt uppfattas på två sätt. Man måste nämligen skilja mellan två slag av definitioner. En definition kan vara *stipulativ*. Den kan ha till ändamål att för läsaren av ett vetenskapligt arbete tala om, att författaren använder en term i en viss, av honom själv bestämd betydelse. Definitionen kan då också kallas för en *terminologidefinition*. En sådan definition är ateoretisk. Den kan vara praktisk eller opraktisk, lämplig eller olämplig, men den kan icke vara riktig eller felaktig i betydelsen sann eller osann, överensstämmande med eller stridande mot verkliga förhållanden. Om en naturrättsfilosof för sin del förbehåller namnet lag åt sådana lagar i vanlig mening som är ägnade att främja rättvisan och det allmänna bästa, kan man klandra detta språkbruk såsom olämpligt men icke vederlägga det såsom felaktigt.

En definition kan i stället vara *lexikalisk*. Den syftar då till att ange det som utmärker ett förut givet begrepp, t ex *begreppet gällande rätt, sådant som detta är beskaffat i juristernas föreställningsvärld*. En lexikalisk definition är antingen sann eller falsk. Den är en teoretisk sats.<sup>3</sup> Den refererar till en psykisk verklighet, en språkkonvention. Huruvida den är sann, prövar man genom att jämföra den med det begrepp som är förut givet i människors medvetande. Stämmer definitionen med betydelsen hos det ord eller uttryck som betecknar det definierade begreppet? En nödvändig förutsättning för att man skall kunna göra en lexikalisk definition av ett begrepp är alltså, att begreppet redan förut är på något sätt bestämt. För att begreppet gällande rätt skall kunna diskuteras som en sanningfråga, måste det således finnas en viss uppfattning om vilka regler som är rättsregler. I diskussionen om vad gällande rätt är utgår man också ifrån att det finns en någorlunda bestämd allmän uppfattning härom. Är detta befogat? Frågan torde kunna besvaras med ja, dock icke utan en reservation.

Att en reservation måste göras, beror på att det finns en stor grupp av regler för mänsklig sammanlevnad, vilka traditionellt plägar betecknas som rättsregler men vilkas karaktär av rättsregler är av många förnekad eller betvivlad, nämligen folkrättens regler. Det kan dock i varje fall sägas, att ett folkrättsligt regelsystem på något sätt "existerar".<sup>4</sup> Detta regelsystem är föremål för en särskild juridisk disciplin, folkrätten, vilken betraktas som en gren av den offentliga rätten. Huruvida man vill beteckna folkrättens regler som rättsregler eller ej, är i princip en terminologisk fråga. Om man icke gör det, är skälet naturligtvis en eller flera olikheter mellan de folkrättsliga reglerna och de inomstatliga rättsreglerna. Om man tvärtom räknar även folkrättens regler till rättsreglerna, betyder detta självfallet icke, att man tillskriver de folkrättsliga och de inomstatliga reglerna helt och hållet samma kvalitet. Terminologien utesluter



icke en skillnad mellan de två grupperna av regler beträffande arten av deras "giltighet".

Hur man än ser på de folkrättsliga reglerna, erkännes det allmänt, att den inomstatliga rätten har nått en långt högre grad av utveckling eller, med andra ord, att folkrätten ännu i våra dagar står på ett rudimentärt utvecklingsstadium, jämförd med den inomstatliga rätten i civiliserade länder. Någon likvärdig motsvarighet till de lagstiftande organen och domstolarna i en stat finnes icke på det folkrättsliga området. Till de exekutiva organen i en statsorganisation finnes ingen motsvarighet alls på det folkrättsliga området. I den allmänna folkrätten är sanktionsreglerna synnerligen obestämda, och sanktionerna har karaktär av självhjälp, medan den inomstatliga rätten med få undantag förbjuder självhjälp såsom medel att beivra regelbrott. Staternas mellanhavanden regleras till största delen genom avtal och icke av allmänna folkrättsregler. Dessa iögonenfallande skillnader mellan folkrätt och nationell rätt är tillräckliga för att ådagalägga omöjligheten av att ställa de folkrättsliga reglerna på samma plan som de inomstatliga.<sup>5</sup> Om man bestämmer begreppet gällande rätt på grundvalen av en undersökning av de inomstatliga reglerna, skulle det uppenbarligen vara överilat att utan vidare anse resultatet tillämpligt även på de folkrättsliga reglerna. Det vore också förhastat att icke hålla isär de inomstatliga och de folkrättsliga reglerna från varandra vid undersökningen. En analys av de folkrättsliga reglernas natur får betraktas som en uppgift för sig, en uppgift som är sekundär i förhållande till analysen av den inomstatliga rätten i den mening att den senare bör komma först, eftersom folkrätten ideologiskt är ett rotskott på nationell rätt och en senare företeelse än denna. Därför är det helt i sin ordning, att den rättsfilosofiska diskussionen om begreppet gällande rätt huvudsakligen har kretsat omkring de inomstatliga reglerna. Det är också fullt försvarligt att *begränsa en analys av rättsreglerna till inomstatlig rätt*, nota bene om det klart säges ifrån, att resultatet hänför sig blott till dessa rättsregler. I varje fall lämnas folkrätten här tills vidare åsido, och eftersom det vore obekvämt att ständigt påpeka detta, kommer ordet rättsregel att i det följande användas allenast om de inomstatliga reglerna, såvitt icke folkrätten uttryckligen inbegripes.

## § 6. Återblick på några äldre uppfattningar

Problemet om begreppet gällande rätt är i sin nuvarande form jämgammalt med den ideologiska rättspositivismen. Enligt det naturrättsliga betraktelsesättet hade ju den positiva rättens bud såsom blott och bart dekret av överheten

ingen självständig giltighet. Lagarna antogs vara bindande endast i den mån som de överensstämde med den naturliga rätten. Naturrättslärarna härledde som bekant den positiva rättens giltighet ur aprioriska "rättsprinciper", såsom principen om alla individers lika rätt till frihet, principen att avtal skall hållas, principen om äganderättens okränkbarhet, principen om skyldighet att ersätta skada, som man har vållat. Den positiva rättens regler stämde i och för sig dåligt med dessa principer, framför allt i fråga om individernas lika rätt till frihet. Genom läran om samhällsfördraget försökte man emellertid grunda den positiva rättens giltighet på att dess innehåll i själva verket överensstämde med den naturliga rätten. De fria individerna i naturtillståndet antogs ha slutit ett avtal, samhällsfördraget (eller två avtal, samhällsfördraget och härskarfördraget), och härigenom ansågs de ha avstått frivilligt från sin frihet eller från en del av denna och ha underkastat sig en av dem utsedd härskare. Enligt den naturrättsliga principen att avtal skall hållas var de följaktligen förpliktade att rätta sig efter denne härskares bud, såvitt dessa höll sig inom ramen för den till honom överlåtna makten. Eftersom naturrättsläran icke tillerkände den positiva rätten någon självständig "rättslig" kvalitet, fanns icke för densamma det problem om begreppet gällande rätt som sysselsätter våra dagars rättsfilosofi. Problemet fanns ej heller för den historiska skolan, vars åskådning ju blott innebar en viss modifikation av den naturrättsliga.

För den *ideologiska rättspositivismen*, som i den faktiskt upprätthållna rättsordningen såg den enda verkligt "gällande" rätten, blev det nödvändigt att finna en ny grund för kravet på att lagarna skulle åtlydas. Grunden för lagarnas *bindande kraft* blev statsviljan. Genom statens höghet blev dess vilja förpliktande för medborgarna. Rättsreglernas särmärke blev sålunda, att de var *uttryck för statens vilja*. Statens existens som överindividuellt personligt väsen ifrågasattes icke utan förutsattes, och några egentliga svårigheter syntes rättens giltighetsproblem därför icke erbjuda.

När de första försöken till en realistisk syn på de rättsliga fenomenen tog gestalt i den *sociologiska rättspositivismen*, kom rättens giltighetsproblem i ett nytt läge. Statsviljans existens förnekades, och lagarna förklarades vara uttryck för de maktavande personernas vilja. Man sökte icke efter någon bindande kraft hos rättsreglerna utan efter sociala realiteter. *Giltighet* blev detsamma som *fakticitet*, och såsom "gällande" betraktades endast de regler som faktiskt tillämpades. Reglerna blev till sitt väsen icke uttryck för förnuftsprinciper eller statsvilja utan uttryck för faktiska regelbundenheter i mänskligt handlande, ja, av somliga identifierades de med dessa regelbundenheter (se ovan s 10–12).

Beskrivningen av rättsreglerna såsom uttryck för regelbundenheter i människors handlande, handlingsvanor, räckte emellertid icke såsom definition. Även moral- och sederegler kan ju sägas vara uttryck för handlingsvanor, icke minst sederegler. Om man ville ge en fullständig beskrivning eller en tillräcklig

definition av rättsreglerna, kunde man alltså inte stanna vid att beskriva dem som regelbundenheter i mänskligt handlande. Försök har också gjorts att finna det utmärkande hos "rättsreglerna" till skillnad från andra regelbundenheter i mänskligt handlande.

## § 7. Några nyare åsikter

Rättsreglernas giltighet identifieras av *Hedenius* med faktiska sociala förhållanden. Han säger sig å ena sidan anlägga ett realistiskt betraktelsesätt och förklarar å andra sidan, att det finns gällande rättsregler, rättigheter och rättsplikter.<sup>1</sup> Han synes tom mena, att rättsreglerna existerar i vanlig mening, såsom en yttre verklighet. Att han kan hysa denna åsikt och samtidigt förklara sig vara realist beror på hans sätt att bestämma begreppet "teoretisk mening".<sup>2</sup> Det omedelbara betydelseinnehåll som man förbinder med en utsaga behöver nämligen enligt *Hedenius* icke utgöra satsens "mening", utan denna kan vara något annat. "I verkligheten ligger saken så till, att det vi mena med en term är något annat och i regel betydligt mer komplicerat än det vi föreställa oss vid användningen av termen."<sup>3</sup> Det som vi menar med en sats kallar *Hedenius* satsens verklighetsunderlag,<sup>4</sup> vilket alltså kan vara något annat än det vi föreställer oss vara satsens mening. Det finns ett verklighetsunderlag till talet om gällande rätt, säger han. Påståendet, att en viss rättsregel gäller, syftar på ett faktum, och detta faktum är, att rättsregeln *tillämpas*.<sup>5</sup> Det är detta, som man menar med påståendet, även om man föreställer sig regelns giltighet såsom något annat än dess tillämpning. "En gällande rättsregel kan nämligen icke vara något annat än en handlingsregel, som faktiskt tillämpas, en vana, som följes, i stort sett, av vissa myndighetspersoner."<sup>6</sup> Såsom i det föregående (s 9 f ovan) har framhållits menar *Hedenius* emellertid, när allt kommer omkring, med "rättsregler" icke språkliga satser utan regelbundenheter i mänskligt handlande, varför den citerade meningen knappast ger något riktigt uttryck åt hans uppfattningssätt. I fortsättningen uttalar han sig tydligare: "Sålunda är den enskilda rättsregelns giltighet detsamma som existensen av en faktisk regelbundenhet hos ett visst mänskligt handlande. Och därvid är det alltid fråga om ett handlande, som utföres av den sk överheten."<sup>7</sup> Det som tillämpas är alltså – enligt den terminologi som *Hedenius* slutligen stannar för – icke "rättsregeln" utan "bestämmelsen" (se ovan s 9 f). "Rättsregeln" tillämpas icke, utan den finnes i myndigheternas handlande såsom en faktisk regelbundenhet. Emellertid kan man icke genom terminologiska uppfinningar bliva kvitt problemet om vad det innebär, att en lagregel – med *Hedenius'* terminologi en "bestämmelse" – gäller. Verklighetsunderlaget till de båda satserna "denna bestämmelse gäller" och "denna

rättsregel gäller” bör rimligtvis vara detsamma, vilket också Hedenius utgår ifrån. Detta förutsätter, att verbet gälla har olika betydelse i de båda satserna, nämligen betydelsen ”tillämpas” respektive betydelsen ”finnas”. Hedenius gör också mycket riktigt denna iakttagelse: ”Att en bestämmelse gäller betyder icke bara, att den finns till, utan därjämte att den tillämpas av myndigheterna, att den sålunda åtlydes eller vinner efterföljd. Men att en regel gäller betyder ingenting utöver att den är ett faktum, att den existerar som en regel hos myndigheternas faktiska beteende. De båda satserna ha i själva verket skilda predikat . . . Det gemensamma sakförhållande, som båda satserna betyda, är naturligtvis att det finns en viss rättsregel, som innebär tillämpningen av en viss bestämmelse.”<sup>8</sup>

För Hedenius kan det synbarligen icke vara någon specifik ”giltighet” som skiljer rättsreglerna från andra regler, såsom moral- eller sederegler. Även sistnämnda regler kan med samma fog sägas vara regelbundenheter i mänskligt handlande. För Hedenius är det icke heller regelbundenheternas art, som karakteriserar rättsreglerna. Det utmärkande för dem är enligt Hedenius i stället, att de finnes endast hos vissa personers handlande, nämligen myndigheternas, överhetens. Det är alltid fråga om ”ett handlande, som utföres av den sk överheten”, säger han. ”Eventuella regelbundenheter hos andra personers beteenden eller hos myndighetspersoners handlande utanför tjänsten kunna icke ha karaktär av rättsregler.”<sup>9</sup> Varför icke? Någon motivering till denna begränsning får man icke av Hedenius. Icke heller förklarar han, vad han förstår med överhet. Egenskapen av överhet synes han uppfatta såsom något empiriskt konstaterbart, och den vållar honom inga påtagliga filosofiska bekymmer. Analysen av begreppet gällande rätt slutar vid den punkt där de verkliga svårigheterna inställer sig (se nedan s 46).

Identifieringen av giltighet och faktisk tillämpning är ett drag, som återkommer i analyser av begreppet gällande rätt hos flera författare, vilka till skillnad från Hedenius begagnar termen rättsregel i överensstämmelse med vanligt språkbruk och i enlighet med den allmänna betydelsen av ordet regel, alltså betydelsen norm, generellt handlingsmönster. En av dessa författare är *Björn Ahlander*. Som följd av att han gör tillämpningen till ett nödvändigt element i rättsregeln måste han konstatera, att en lagregel icke behöver vara en rättsregel. Det förekommer ju lagregler, vilka aldrig tillämpas. ”En regel kan vara en lagbestämmelse, en lagregel, ett lagstadgande e d, utan att den tillämpas eller har tillämpats. Detta är en egenskap, som är irrelevant, då det gäller att bedöma, om en regel är en *lagregel* etc eller inte. När det är fråga om att avgöra, huruvida en viss regel är en *rättsregel* eller inte, är det däremot omöjligt att bortse från tillämpningen. Den är en egenskap, som måste föreligga hos alla rättsregler. Vad detta innebär skall vi tills vidare lämna därhän.”<sup>10</sup> I denna uppfattning av begreppet rättsregel tycker man sig skönja element från såväl

den sociologiska rättspositivismen som den nya imperativteorien (Olivecrona). Uppfattningen spelar en stor roll i den aktuella diskussionen om gällande rätt.<sup>11</sup>

När tillämpningen av en rättsregel säges vara en begreppsligen nödvändig egenskap hos rättsregeln, uttryckes detta ibland slagordsmässigt så, att *rättsregeln icke tillämpas, emedan den gäller, utan gäller, emedan den tillämpas*. Bakom denna antites ligger ett förnekande av att rättsreglerna kan äga giltighet i betydelsen bindande kraft men samtidigt också ett hävdande av att den metafysiska föreställningen om en bindande kraft hos rättsreglerna har en motsvarighet på verklighetens plan i det förhållande att reglerna tillämpas.

Bland dem som närmare har utvecklat en självständig teori av innebörd, att begreppet gällande rätt kan reduceras på sociala realiteter, märkes i synnerhet *Alf Ross*. I en utredning om begreppet "gældende (dansk) ret" ställer Ross framför sig och läsaren påståendet "P = (vxl s § 28) er gældende dansk ret".<sup>12</sup> Uppgiften är för Ross att tolka detta påstående som en meningsfull utsaga om verkligheten. Han bygger därvid på "den moderne empirisk orienterede videnskabslogik".<sup>13</sup> Ett påstående, som gör anspråk på att vara en utsaga om verkligheten, måste direkt eller indirekt implicera, att man under vissa betingelser genom att använda ett visst förfaringssätt skulle göra vissa omedelbara iakttagelser.<sup>14</sup> Om jag säger "detta föremål är krita", implicerar detta påstående – i sammanhang med en rad andra påståenden – bl a, att jag, om jag anbringar föremålet under ett mikroskop, gör bestämda iakttagelser, att jag, om jag håller syra över det, iakttagert vissa kemiska reaktioner, att jag, om jag stryker det mot en svart tavla, iakttagert uppkomsten av ett streck o s v. Alla dessa verifierbara implikationer utgör påståendets logiska mening eller realinnehåll<sup>15</sup> (jfr s 31 ovan ang Hedenius' uppfattning av begreppet "teoretisk mening"). När Ross granskar påståendet, att P är gällande rätt, kommer han med dessa utgångspunkter först till det ungefärliga resultatet att en regel är gällande rätt, när den "anvendes i domstolens praksis",<sup>16</sup> ett resultat som han sedan preciserar närmare. Sammanfattningsvis uttalar han därefter följande. Realinnehållet i påståendet, att växellagen § 28 är gällande dansk rätt, är en förutsägelse om att, ifall domstolarna får att avgöra en tvist, i vilken de i växellagen § 28 angivna förutsättningarna anses föreligga, och om icke under mellantiden förändringar har inträffat i de förhållanden som ligger till grund för påståendet, kommer det i växellagen § 28 innefattade direktivet till domaren att ingå som integrerande del i domskälen. Påståendet anses för sant, om det finns goda skäl att antaga, att förutsägelsen kommer att gå i uppfyllelse.<sup>17</sup>

Genom att karakterisera rättsreglerna, den gällande rätten, såsom regler vilka under vissa förutsättningar med stor sannolikhet kan antagas bliva tillämpade har man naturligtvis icke gjort någon fullständig avgränsning av begreppet rättsregel mot närliggande begrepp. Karakteristiken passar ju t ex också på reglerna för schackspel. I Ross' utläggning av begreppet gällande (dansk) rätt

ingår emellertid ett viktigt led, som av allt att döma skall giva rättsreglerna den erforderliga avgränsningen, nämligen (de danska) domstolarna. Med domstolar menar han givetvis icke bara domstolar i vanlig juridisk bemärkelse utan alla offentliga organ, som tillämpar nationell rätt. En konsekvens av att domstolarna ingår i Ross' rättsdefinition är, att han icke erkänner förekomsten av rättsregler med adress till privatpersoner (jfr Hedenius ovan s 32). Föreskrifter för de enskilda medborgarna är inga "egentliga rättsnormer" utan blott härledda och oegentliga rättsnormer, betingade av den enskildes intresse av att undgå vissa reaktioner från domarens sida.<sup>18</sup>

Ross är beredd på invändningen, att han rör sig i en logisk cirkel, när han söker grunden till rättens giltighet i domstolarnas avgöranden. Han är på det klara med att egenskapen av domare icke kan bestämmas utan hänvisning till den offentliga rättens regler om domstolarnas organisation och om utnämningen av domare. Det svar på invändningen som Ross har till hands är, att det inte är den enstaka rättsregeln som "verifieras", när den tillämpas av en domstol, utan hela rättssystemet på en gång genom att det tjänar som "tydningsschema" för den sociala verkligheten.<sup>19</sup> Domarens handlande är ett förverkligande såväl av de delar av rättssystemet vilka gör honom till domare som av de delar vilka anger, hur han skall handla såsom domare.<sup>20</sup>

Försöken att bestämma den gällande rätten såsom ett faktiskt genomfört eller tillämpat regelsystem har framgått ur en strävan att sätta in erfarenhetsfakta såsom en ersättning för den ideologiska rättspositivismens metafysiska giltighetsföreställningar. Modern rättsfilosofi har även prövat andra utvägar i sökandet efter det för rättsreglerna specifika.

Vid ett studium av rättens giltighetsproblem tilldrager sig *Hans Kelsens* skrena rättslära stort intresse genom sin originalitet och sin odiskutabla inre följdriktighet. Skillnaden mellan rättsligt och faktiskt, mellan rättsregler och andra regler, är för Kelsen icke något, som kan påvisas empiriskt. Men i stället för att göra "rättsordningen" till ett komplex av sociala realiteter ser han i rätten något, som är artskilt från den naturliga verkligheten, trots att den med en del av sitt väsen tyckes tillhöra naturens rayon, ha en helt igenom naturlig existens. "Analyserar man nämligen ett sakförhållande, som benämnes rätt, såsom ett parlamentsbeslut, en förvaltningsakt, ett domstolsbeslut, en rättshandling, ett brott, så kan man särskilja två element: det ena är en sinnligt förnimbar akt, som utspelas i tid och rum, ett yttre förlopp, oftast ett mänskligt förhållningssätt; det andra är en mening, vilken liksom innebor i eller häftar vid denna akt eller detta förlopp, en specifik betydelse. I en sal komma människor tillsammans, hålla tal, några resa sig från sina platser, andra förbli sittande; detta är det yttre förloppet. Dess mening: att en lag beslutes."<sup>21</sup> Om den "specifika betydelsen" hos förloppet säger Kelsen: "Denna 'betydelse' kan man inte utan vidare genom synen eller hörseln erfara ur akten i egenskap av yttre

faktum; på samma sätt som man vid ett yttre föremål förnimmer dess naturliga egenskaper och funktioner, såsom färg, hårdhet, tyngd. Visserligen kan akten, för så vitt den uttrycker sig i talade och skrivna ord, själv utsäga något om sin betydelse, angiva sin egen mening. Däri ligger till och med en särskild egenomslighhet hos det material, som är givet för den sociala och speciellt för den juridiska kunskapen.”<sup>22</sup>

När Kelsen skall bestämma det för rättsreglerna utmärkande, ställer han frågan: ”Vad är det som grundlägger enheten i en mångfald rättsnormer, varför hör en bestämd rättsnorm till en bestämd rättsordning?”<sup>23</sup> Och han svarar: ”En mångfald normer bildar en enhet, ett system, en ordning, när dess giltighet kan föras tillbaka på en enda norm som denna giltighets sista grund. Denna grundnorm konstituerar i egenskap av den yttersta källan enheten i mångfalden av alla de normer, som bilda en ordning. Och att en norm hör till en bestämd ordning, är bestämt blott därigenom att dess giltighet kan föras tillbaka på den grundnorm, som konstituerar denna ordning.”<sup>24</sup> Den enskilda rättsregelns giltighet, d v s dess karaktär av rättsregel, beror alltså av grundnormens giltighet.

Grundnormen är tydligen den yttersta och därmed äldsta kompetensnorm som icke kan härledas ur någon annan norm. En straffdom är en rättsakt, om den har fällts i överensstämmelse med strafflagen (i lagliga processuella former). ”Och frågar man efter strafflagens giltighetsgrund, så stöter man på statsförfattningen, efter vars bestämmelser strafflagen av det härtill kompetenta organet kommit till i ett förfaringssätt, som är föreskrivet i författningen. Men frågar man efter författningens giltighetsgrund, på vilken alla lagar och de rättsakter, som ha tillkommit på grund av lagarna, bero, så råkar man kanske på en ännu äldre och slutligen på en historiskt första författning, som utfärdats av en enskild usurpator eller av ett på något sätt sammansatt kollegium. Att det, som det historiskt första författningsgivande organet har yttrat som sin vilja, har att gälla som norm, det är den grundförutsättning, från vilken all kunskap om den rättsordning, som beror av denna författning, utgår.”<sup>25</sup>

Vari består då grundnormens giltighet? Har den överhuvudtaget någon giltighet? Dessa frågor besvaras icke direkt av Kelsen. ”Den rena rättsläran opererar med denna grundnorm som en hypotetisk grund. Under förutsättning att den gäller, gäller också den rättsordning, som beror av den.”<sup>26</sup> Grundnormen vilar i sin tur enligt Kelsen på effektivitetens princip. ”Det är denna princip, som bestämmer grundnormen för den enskilda statens rättsordning.”<sup>27</sup> När Kelsen sålunda skall gå bakom grundnormen, måste han göra ett språng från rättsligt till faktiskt, från giltighet till ren effektivitet. Detta betyder inte för Kelsen, att giltighet är detsamma som effektivitet. Den enskilda rättsregeln kan vara ineffektiv, men den anses för giltig, därför att den ingår i ett normsystem, vilket såsom helhet är i stort sett effektivt.

Hur begreppet gällande rätt är att uppfatta enligt Kelsens rena rättslära,

synes vara svårt att säga. Rättsreglerna bildar för Kelsen ett sammanhang (jfr Ross ovan s 34 och nedan s 46) på ett transcendent plan. Det förefaller icke, som om Kelsen hade varit intresserad av att få fram någon egentlig definition av den gällande rättens begrepp. Om denna förmodan är riktig, är detta dock icke något för Kelsen säreget.

Aven i *Karl Olivecronas* behandling av problemet om rättsreglernas natur står den analyserande och beskrivande uppgiften i förgrunden. Då och då berör han begreppet gällande rätt, varvid han dock övervägande är inriktad på att påvisa gängse missuppfattningar om vari rättens specifika giltighet består. Hans egen ståndpunkt kan i korthet sägas vara den, att *någon giltighet eller bindande kraft icke alls tillkommer rättsreglerna i någon som helst realistisk mening*.<sup>28</sup> Bland annat opponerar sig Olivecrona skarpt mot påståendet, att tillämpningen av rättsregeln hör till rättsregelns begrepp. Mot denna åsikt invänder han, att rättspraxis uppvisar en avsevärd "spridning" och att man därför icke kan säga, att det finns några fullt enhetliga rättsregler i meningen faktiskt tillämpade regler.<sup>29</sup>

I Olivecronas utredningar om rättsreglernas natur finner man antydningssvis hans uppfattning om vad som skiljer rättsreglerna från andra regler. Bl a ställer han frågan, vad som skiljer lagreglerna från den bakomliggande sista versionen av lagförslaget, vilken ju har exakt samma lydelse och innehåll som lagen själv. Förslaget innehåller ju samma handlingsmönster och samma rekvisit som den antagna lagen, men endast den senare säges vara gällande rätt. Förklaringen finner Olivecrona i lagstiftningsproceduren, där man har att söka "det avgörande imperativa momentet". Han fortsätter: "Helt allmänt, utan ingående på detaljer i olika länders författningar, kan sägas, att *proklamerandet av en text såsom lag i författningens form fungerar såsom ett imperativtecken*. Iakttagandet av de i författningen angivna formerna är under normala förhållanden i en nutida stat väsentligt. Här föreligger ett i eminent mening *konventionellt* imperativtecken. Den faktiska innebörden av att förslaget 'upphöjes till lag' är att det förses med detta imperativtecken."<sup>31</sup> Promulgationsakten utmynnar i att någon därtill behörig sätter sitt namn under ett original exemplar av författningsurkunden. Namnteckningen fungerar som imperativtecken endast om den meddelas i grundlagsenlig ordning.

I annat sammanhang säger Olivecrona, att lagregeln är "ett tänkt handlingsmönster, utrustat med en särskild sorts imperativtecken",<sup>32</sup> och på det nyss återgivna stället säger han, att detta imperativtecken är i eminent mening konventionellt. Han gör nämligen en distinktion mellan spontana och konventionella imperativtecken, varav de senare är sådana som på något sätt blivit reglerade eller standardiserade, såsom de militära kommandoorden, vilkas betydelse noggrant fastställts i exercisreglementet.<sup>33</sup>

Utmärkande för lagreglerna är alltså enligt Olivecrona deras speciella imperativtecken. Går man vidare till de sedvanerättsliga reglerna, vilka Olivecrona



på övligt sätt betecknar såsom verkliga rättsregler, finner man intet igenkänningstecken av liknande slag som hos lagreglerna.

”När det gäller sedvaneregler finnes ingen konventionell imperativform”, konstaterar Olivecrona, varpå han i korthet erinrar om hur dessa regler kommer till. ”Ett faktiskt iakttaget handlingssätt tages alltså till mönster och associeras med ett ’skall’. Så får man ett fristående imperativ utan någon just därpå riktad formell akt.”<sup>34</sup> Naturligtvis är det endast handlingssättet hos vissa personer som blir mönstergivande. Vilka är dessa personer? Olivecrona nämner högsta domstolen, som ju är det viktigaste exemplet.

För att kunna ge en riktig definition av begreppet rättsregel måste man kunna ange det gemensamma hos lagreglerna och de sedvanerättsliga reglerna, och detta gemensamma måste finnas även hos grundlagarna, om definitionen skall bli fullständig. Lagregelns speciella imperativtecken duger icke som kännetecken på rättsregeln, eftersom det saknas hos sedvaneregeln. Och var finnes egentligen imperativtecknet hos de sedvanerättsliga reglerna, av vilka icke ens någon auktoriserad eller eljest bestämd språklig version föreligger?

Det gemensamma för de tre grupperna av rättsregler är enligt Olivecrona deras (förvisso olikartade) sammanhang med statsorganisationen: ”Till rättsordningen hänföra vi endast sådana regler som höra ihop med statsorganisationen, dvs med en för ett visst område bildad, inom detsamma dominerande tvångsorganisation. Å ena sidan hör till rättsordningen reglerna om själva statsorganisationens beskaffenhet (regerings- och lagstiftningsmaktens sammansättning etc) samt om användande av den statliga tvångsmakten genom myndigheter såsom domstolar och polis, om ekonomisk och kulturell verksamhet av myndigheterna osv. Å andra sidan hör även dit de regler för enskildas beteende, mot vilka svara tvångregler av nyss angivet slag: mot regeln att man icke får stjåla svara regler om straff för stöld, mot regeln att man icke får skada annans egendom svara regler om skadeståndstvång osv (härom närmare i kap IV). – I denna sammankoppling med en tvångsorganisation av en viss beskaffenhet ha vi någonting för rättsordningen utmärkande.”<sup>35</sup>

Rättsreglerna kännetecknas alltså enligt Olivecrona av sitt sammanhang med ”en för ett visst område bildad, inom detsamma dominerande tvångsorganisation”. Vad som har det största intresset i de citerade raderna torde emellertid icke vara påpekandena av detta sammanhang utan de inledande orden: ”Till rättsordningen hänföra vi ...” I detta uttryckssätt synes ligga, att begreppet rättsregel eller begreppet gällande rätt är konventionellt. Begreppet är konventionellt just i de avseenden vari rättsreglerna skiljer sig från andra regler. *Man kan, med ett starkt förenklat och tillika ologiskt uttryckssätt säga, att en rättsregel är en regel, som anses vara en rättsregel.* Olivecrona påpekar beträffande lagreglerna, att deras speciella imperativtecken (lagarnas inlednings- och avslutningsfraser, regentens namnteckning, kontrasignationen) är i eminent mening konventio-

nell.<sup>36</sup> Detta kan väl inte betyda annat än att det yttersta kriteriet på lagregler-  
nas karaktär av lagregler är konventionen, dvs en allmänt förefintlig uppfatt-  
ning om att i skrift avfattade regler, vilka proklamerats i viss ordning, är lagreg-  
ler och därmed gällande rätt.<sup>37</sup> Förhållandet kan också uttryckas så, att det är  
en allmänt omfattad ideologi som bestämmer, vilka regler som är rättsreg-  
ler.<sup>38</sup> Är man övertygad härom, avstår man från försöken att skilja rättsreglerna  
från moralreglerna med hänvisning till de rättsliga sanktionerna,<sup>39</sup> det över-  
mäktiga tvånget bakom rättsreglerna osv. Olivecrona förnekar överhuvudta-  
get, att det finns någon djupare principiell skillnad mellan rättsregler och mor-  
alregler: "Någon fundamental skillnad i fråga om de imperativa satsernas egen  
natur är icke tillfinnandes – och man icke laborerar med olika slag av mystisk  
bindande kraft hos dem."<sup>40</sup>

Om man säger, att gällande rätt är ett konventionellt begrepp, har man  
angivit en sida av begreppet med hjälp av ett annat begrepp, nämligen begrep-  
pet konvention eller, tydligare uttryckt, begreppet social konvention. Vad som  
avses med en social konvention och hur en sådan uppstår är naturligtvis frågor  
av största intresse dels ur allmännare synpunkter och dels för förståendet av  
begreppet gällande rätt. I detta sammanhang kan dessa frågor beröras endast i  
korthet. Låneorden konvention och konventionell har flera betydelser. Bl a be-  
tyder ju konvention överenskommelse, men termen har också en mera vid-  
sträckt betydelse, och det är naturligtvis den senare betydelsen som avses i  
tesen, att gällande rätt är ett konventionellt begrepp. Konventionellt är ett  
föreställningssätt eller ett beteende, som "accepteras" av ett flertal inom en  
grupp, vare sig den enskilde gruppledanden gillar föreställningssättet eller  
beteendet eller han endast "accepterar" det praktiskt genom att likgiltigt eller  
motvilligt anpassa sitt handlande efter den utåt manifesterade inställningen hos  
de andra. Ingenting hindrar för övrigt, att en konvention upprätthålles av  
ömsesidiga missuppfattningar ("kejsarens nya kläder").

De konventionella begreppens logiska egenart förbises ofta, och den är onekli-  
gen svår att beskriva. Lättast torde den förklaras med exempel. Som konventio-  
nellt kan man beteckna ett begrepp, när definitionen av begreppet icke kan  
verifieras på annat sätt än genom att den jämföres med *människors uppfattning* om  
vad begreppet har för innehåll. Om jag definierar begreppet vecka, vilket ju kan  
sägas ske, när jag förklarar för ett litet barn, att en period om sju dagar i följd  
kallas för en vecka, är definitionens riktighet beroende av att det är allmänt  
bruk att beteckna just sju dagar i följd – icke sex eller åtta – som en vecka.  
Påståendet, att en vecka är sju dagar, är riktigt just och endast därför att så är  
förhållandet enligt vår allmänt antagna, urgamla tideräkningskonvention. I  
naturen finnes icke några sjudagarsperioder, som motsvarar begreppet vecka.<sup>41</sup>  
De sjudagarsperioder som kan konstateras med våra sinnen genom studium av  
det växlande namnet på den innevarande dagen samt av arbetsvanor och guds-

tjänstbruk mm är endast en följd av att människor inrättar sitt beteende i enlighet med tideräkningskonventionen. Begreppet år har däremot ett reellt underlag i det förhållandet att jorden efter ett år återtager den ställning i vårt stjärnsystem som den hade vid årets ingång. En definition av begreppet år såsom drygt 365 dygn kan verifieras genom studium av jordens position i början och i slutet av denna period. Ett ännu bättre exempel på ett icke konventionellt begrepp är det kemiska begreppet vatten. När en kemist till äventyrs definierar vatten som en kemisk förening, varav en molekyl innehåller två atomer väte och en atom syre, är definitionens sanning beroende av att det *existerar* en kemisk förening med denna sammansättning och med namnet vatten. Man verifierar inte definitionen genom att fråga ut ett antal personer om vad de menar med vatten. Man gör det genom elektrolytiska experiment eller genom förbränning av vätgas under tillförsel av rent syre. Skall man däremot verifiera en definition av begreppet vecka eller begreppet gällande rätt, har man intet annat att hålla sig till än människors uppfattning om vad som förstås med dessa ord.

Många definitioner av juridiska begrepp återger icke yttre realiteter utan innehållet i mer eller mindre allmänt godtagna rättsvetenskapliga konventioner. *Många juridiska begrepp är mao av konventionell natur.* Detta gäller tex om begreppet straff i kontinental jurisprudence.<sup>42</sup> Vissa definitioner eller karakteristiker av företeelsen "gällande rätt" återger innehållet i den konvention som säger, vilka regler som skall betraktas som rättsregler. Dylika definitioner brukar vara riktiga såtillvida som de mer eller mindre uttömmande anger de typer av regler vilka åsyftas med termen gällande rätt.<sup>43</sup> Däremot säger de ingenting om innebörden av att reglerna är gällande rätt.

## § 8. Ytterligare synpunkter

Diskussionen av den gällande rättens begrepp kan i skandinavisk rättsteori sägas ha lett till en precisering av *två motstående uppfattningar* såsom de viktigaste och mest uppmärksammade. Enligt den ena uppfattningen består gällande rätt av *regler, som är faktiskt tillämpade*. Enligt den andra uppfattningen kan rättsreglernas karaktär av gällande icke verifieras i vanlig mening utan måste man stanna vid att *grunda begreppet gällande rätt på en förefintlig ideologi*. Vilkendera ståndpunkten är den riktiga? Författaren till detta arbete framlägger i det följande skälen för sin åsikt, att den senare ståndpunkten är den riktiga.

Om jag säger, att åtskilliga bestämmelser i 1734 års lag alltjämt är gällande rätt, underförstår jag, att det rör sig om gällande svensk rätt. När en finländsk jurist uttalar samma sats, underförstår han, att det rör sig om gällande finsk

rätt. Rättsreglerna är ju nationella, de sammanhänger med människornas sammanslutningar till de samhällen som kallas stater. *Begreppet gällande rätt innesluter sålunda begreppet nationell*. En rättsregel är icke rätt och slätt en rättsregel, den är en svensk rättsregel, en dansk eller norsk eller en rättsregel, ingående i något annat lands rättssystem.

Vad vill det säga, att exempelvis bestämmelserna i nya giftermålsbalken är svensk rätt? Nationaliteten brukar vi uppfatta såsom en egenskap och en egenhet först och främst hos mänskliga individer. En persons nationalitet i formell eller juridisk mening kallas som bekant medborgarskap. Författaren till dessa rader innehar ett pass, där det står skrivet, att hans medborgarskap är svenskt, vilket också kan uttryckas så, att han är svensk medborgare, svensk undersåte eller kort och gott svensk.

Att en person är svensk medborgare är som bekant icke detsamma som att han bor i Sverige, ej heller detsamma som att han är född i Sverige eller att han har svenska språket till modersmål och har svensk skolbildning e.d. Man kan ju vara svensk medborgare utan att något enda av dessa förhållanden föreligger, och omvänt kan man sakna svenskt medborgarskap, även om alla dessa förhållanden föreligger. Ett nyfött barn till två utomlands bosatta makar kan vara svensk medborgare, för att nämna ett exempel. Detta följer av de svenska reglerna om medborgarskap. Den första av dessa regler säger – jämte annat – att svenskt medborgarskap förvärfvas vid födelsen av barn i äktenskap, vars fader är svensk medborgare, och av barn utom äktenskap, vars moder är svensk medborgare. Det vanligaste sättet att bli svensk medborgare är att födas av gift kvinna, vars make är svensk medborgare. Det medborgarskap som man förvärfvar, när man födes såsom barn av svensk fader eller moder, är naturligtvis ingenting som man får av fadern eller modern. Lagstiftningen om medborgarskap kan icke heller giva det nyfödda barnet någon verklig egenskap. Alla sina verkliga egenskaper har barnet lagstiftningen förutan. Medborgarskapet kan icke vara något annat än en fiktiv egenskap,<sup>1</sup> en egenskap av liknande art som egenskapen att heta Lindström i efternamn. Namnet Lindström har emellertid i och för sig icke någon språklig betydelse. Det säger icke mera om sin bärare än att denne heter Lindström. Ordet svensk säger något mer eller snarare antages göra det.

Ett svenskt medborgarskap föreställer man sig som något slags tillhörighet till den svenska folkgruppen, icke vilken tillhörighet som helst utan en tillhörighet av specifikt slag.<sup>2</sup> Men om det svenska medborgarskapet definieras som ett slags tillhörighet till den svenska folkgruppen, återkommer nationalitetsbegreppet i de definierande termerna, och såtillvida blir definitionen en cirkel, d.v.s. intetsägande. Något annat kunde man inte vänta sig, eftersom folkgruppen är svensk just genom att bestå av individer av svensk nationalitet. Vore ingen av de svenska medborgarna svensk, skulle ju icke heller folkgruppen vara svensk.

Föreställningen om en viss nationalitet har i själva verket intet åskådligt innehåll utan måste knytas till något slags symbol (ett geografiskt namn, ett personnamn, en flagga, ett vapen). Vad som i verkligheten finnes hos medlemmarna av samma nation är känslan av att alla är medelst ett eller flera ideella band förenade med en gemensam symbol och därigenom även med varandra.<sup>3</sup>

Det är lätt att förstå, att rättsvetenskapen, närmast statsrätten och folkrätten, icke har velat godtaga en så att säga fritt svävande symbol såsom enda anknytningsfaktum för nationaliteten utan har sökt efter ett substantiellt sådant faktum. Man har menat sig finna detta faktum i territoriet. Varje nation har ju sitt territorium, som brukar vara noga bestämt genom utstakning på jordytan eller genom hänvisning till så naturliga gränser. *Territoriet är statens maktområde*, heter det.<sup>4</sup> Territoriet är det som individualiserar staten och alltså skiljer den från andra stater. Har man icke här något uteslutande faktiskt, ja, rentav jordiskt, en viss del av jordytans substans, till vilken nationaliteten direkt eller indirekt kan anknytas? Slätter, skogar, sjöar, berg är väl om något rent fysiska objekt och därmed av otvivelaktigt faktisk natur?

Reflektionen kan förefalla riktig. Men vad är det som gör, att det ena territoriet är svenskt och det andra norskt, och vad är det som skiljer det ena territoriet från det andra om icke just nationaliteten? *Ligger icke nationalitetsbegreppet inneslutet även i begreppet territorium?* Frågan ställes på sin spets, när man skall bestämma, vad en territorialgräns är för något. En resenär brukar utan tvivel uppleva territorialgränserna såsom realiteter av mycket påtagligt slag. I regel färdas man icke efter behag över gränserna. Det händer också, att gränser spärras. Förhållandena på ömse sidor om en gräns företer så gott som alltid tydliga olikheter. Människorna betar sig olika, olika språk talas, myntsystem och priser är olika. Uppnåendet av en gräns kan betyda räddningen från en säker död. Så här skriver Blaise Pascal i sina "Pensées" (Paragraphe II, Sur la morale, X): "Varför dödar du mig? – Varför? Bor du inte på andra sidan av vattnet? Min vän, om du hade bott på denna sidan, hade jag varit en mördare, och det skulle ha varit orätt att döda dig på detta sätt; men eftersom du bor på den andra sidan, är jag en hjälte, och jag handlar rätt."

Likväl är det icke topografiska skillnader som bestämmer, var det ena territoriet slutar och var det andra tager vid. Icke heller är det gränsmärken. Bestämmande är människors själsliga attityder. Sträckningen av en landgräns beror icke på var stenrösen ligger eller skogsgatan löper, utan det förhåller sig tvärtom. Stenrösen har staplats och skogsgatan har huggits ut, där gränsen går. Och gränsen går, där vissa människor en gång har bestämt, att den skall gå, varpå andra människor har låtit sig övertygas om att gränsen går just där och även låtit detta på åtskilliga sätt bestämma deras beteende. En flyttning av en landgräns sker icke genom en flyttning av gränsmärkena utan genom en förändring av människors föreställning om var gränsen går.

En gräns är alltid en gräns för något. Det som territorialgränsen är gräns för är jordytans egenskap att höra samman med en viss nation. Denna egenskap är lika fiktiv som en persons medborgarskap.<sup>5</sup> Det svenska territoriet får sin föreställda egenskap av svenskt genom sin samhörighet med den svenska nationen, och det förhåller sig icke på det motsatta sättet. Det går följaktligen icke att definiera nationalitetsbegreppet genom att hänvisa till nationalitetens anknytning till ett avgränsat område av jordytan. Avgränsningen grundar sig nämligen på föreställningen, att olika delar av jordytan tillhör olika nationer. Därmed sammanhänger den folkrättsliga tesen, att en stats identitet icke beröres av territoriella förändringar.<sup>6</sup> Om nationen säges vara den folkgrupp som förfogar över ett bestämt territorium, kan territoriet med samma rätt sägas vara det jordområde över vilket en viss nation förfogar.<sup>7</sup> Kunde man bibringa alla danskar och alla svenskar föreställningen, att Bornholm är svenskt, föreläge också de faktiska förhållanden som motiverar påståendet att Bornholm är svenskt. Denna förändring av respektive folks uppfattning om Bornholms nationalitet var just vad som bl a avsågs med fredsslutet i Roskilde 1658. Syftet uppnåddes dock ej, och två år senare bestämdes genom freden i Köpenhamn, att Bornholm skulle vara danskt, och sedan dess har enighet rått om att Bornholm också är danskt.

Avsikten med dessa föga märkliga reflektioner över nationalitetsbegreppet är icke att påvisa något förut okänt hos detta begrepp. Det är naturligtvis icke någon ny upptäckt, att människosläktets uppdelning i nationer och jordytans uppdelning i territorier är resultatant av psykiska massföreteelser, att de är innehåll i allmänt accepterade föreställningssätt. Men för en undersökning av begreppet gällande rätt kan det icke vara utan intresse, att *nationalitet är ett konventionellt begrepp*. Såsom i det föregående har framhållits, ingår nämligen ett nationalitetsbegrepp i begreppet gällande rätt (detta torde gälla även om folkrätten, ehuru på ett annat sätt). Exempelvis är den konkurslag som är "given Stockholms slott d 13 maj 1921" gällande rätt endast i den meningen att den är gällande *svensk* rätt. Redan häri ligger, att det finns *ett avgörande konventionellt moment i begreppet gällande rätt*, nämligen anknytningen till en viss nation. Ännu ett sådant moment har förut framhävts, nämligen "giltigheten", egenskapen att vara "gällande" (se ovan s 37 f).

Den definitiva bestämningen av begreppet gällande rätt når man dock icke fram till genom att blott och bart lägga nationaliteten till begreppets övriga bestämningar. Den närmare beskaffenheten av bestämningen svensk hos rättsreglerna måste preciseras. Åtskilliga regler för mänskligt handlande är typiskt svenska utan att vara rättsregler, såsom reglerna för skålande vid middagar eller reglerna att man tackar för maten och tackar för senast. Rättsreglerna är emellertid svenska på ett alldeles bestämt sätt. *Till rättsregler räknar man endast regler, vilka på visst sätt hänger samman med statsorganisationen* (se ovan s 37). Detta

gör, att om man vill ha klarhet om rättsreglernas för dem utmärkande plats i de sociala relationerna måste man först göra reda för sig, *vad statsorganisationen är*.

En organisation brukar man tala om, när flera människor samverkar för ett gemensamt resultat enligt regler eller riktlinjer, som är bestämda på förhand. Strängt taget behöves ingen samverkan utan endast en samfällad beredskap till samverkan, för att en organisation skall sägas vara för handen. Begreppet organisation har alltså såsom reellt substrat bestämda handlingsdispositioner (psykiska beredskapsinställningar) hos ett flertal personer, dispositioner av sådan art att det utlösta handlandet får karaktär av samarbete. Detta är också verklighetsunderlaget till talet om en statsorganisation.

Vad man menar med termen organisation är dock knappast den ömsesidigt betingade handlingsberedskapen hos flera personer. Vanligtvis *tänker man sig organisationen som något enhellt*, som "inbegreppet" av verksamheten, de verk samma personerna och de medel som personerna arbetar med för det gemensamma ändamålet. Det är dessa faktorer tillsammans, som man har i tankarna, när man gör gällande, att exempelvis staten eller ett aktiebolag i verkligheten är en organisation och att termen juridisk person icke betecknar någon realitet. Att säga staten eller aktiebolaget vara en organisation gör likväl icke saken mycket bättre. Tag bort de individer som "tillhör" organisationen, och organisationen skall försvinna! Att organisationen icke är någon över eller mellan individerna stående realitet hindrar icke, att ordet organisation är mycket användbart och fyller en uppgift såsom språkligt hjälpmedel för att i korthet uttrycka en mängd komplexa psykiska företeelser, vilkas art har blivit på ett mycket ungefärligt sätt antydd i det föregående.

Anledningen till att en organisation uppstår kan vara sammanfallande önskemål hos flera personer. Om två äkta makar mellan sig fördelar de dagliga sysslorna i hemmet, föreligger en organisation, visserligen av mycket enkelt slag. Grunden är frivillighet, framsprungen ur en känslomässig identifiering. På detta sätt kan naturligtvis icke statsorganisationen förklaras, utom möjligen till sin upprinnelse i en grå forntid. I en sentida statsorganisation samverkar ett mycket stort antal individer, mellan vilka en naturlig solidaritet finnes i mycket ringa utsträckning och i varje fall i så ringa utsträckning att den icke kan bära upp organisationen. *Det sammanhållande elementet är i stället sociala konventioner av innebörd, att vissa personer besitter en "höghet" och en därmed sammanhängande "kompetens" eller "makt" samt att olika personer har olika grader och arter av dessa attribut. Härigenom kommer det att råda ett tänkt förhållande av över-, under- och sidoordning mellan dessa personer.* Högheten och kompetensen är irreduktibla begrepp och alltså odefinierbara, vilket förklaras av deras ideologiska natur. Föreställningarna om över- och underordning har ett emotionellt underlag, känslor av överlägsenhet respektive underlägsenhet, men de får ett slags objektivisering och förstärkning genom att de har karaktären av social konvention, är allmänt accepterade.

En statsorganisation av modern demokratisk typ är ett så invecklat maskineri att den är föga lämpad som exempel vid en förklaring av statsorganisationernas fundamentala principer. Ett mera användbart exempel är den absoluta monarkin. Den viktigaste psykologiska grundvalen för statsorganisationen i denna samhällsform är den konventionella föreställningen, att *en* person inom nationsgemenskapen har ett högre värde än alla andra. Föreställningen fixeras genom att man ger denna person en särskild titel, t.ex. kejsare.<sup>8</sup> Eftersom kejsarens höghet icke är någon verklig egenskap, kan den icke tänkas åskådligt, utan man tvingas att tillgripa en analogi från rumsföreställningarna för att kunna beskriva det som icke kan beskrivas på annat sätt: kejsarens position i toppen på statsorganisationen. Egenskapen av kejsare kan icke konstateras empiriskt.<sup>9</sup> Vad man kan konstatera empiriskt är endast, att en person inom en grupp av individer påstås vara kejsare av dessa individer eller åtminstone flertalet av dem.<sup>10</sup> Kejsaren antages vara utrustad med något slags kraft, som brukar kallas makt. Även denna kraft är överklig. Såsom följd av den utbredda föreställningen om kejsarens makt får denne exceptionella handlingsmöjligheter (i realistisk mening), som andra individer saknar och som i sin tur förstärker föreställningen om hans makt, varigenom kejsarens handlingsmöjligheter blir än större osv intill en gräns, som sättes av ett antal irrationella faktorer, såsom undersåtarnas förmåga att uthärda förtryck, deras idéer om rättvisa, andra personers maktbegär m.m. Kejsaren kan alltså i vid omfattning dirigera medborgarnas liv i de av honom önskade riktningarna. Sålunda får han även en verklig makt. Endast ett primitivt samhälle med ett fåtal medlemmar kan emellertid fungera med den rudimentära statsorganisation som blott uppvisar en enda makthavare. I större samhällsbildningar finnes under statsöverhuvudet ett stort antal funktionärer, underordnade statsöverhuvudet men överordnade den enskilde medborgaren och sinsemellan över- och under- eller sidoordnade. Grovt talat kan man – alltjämt endast med hjälp av en rumsanalogi – beskriva statsorganisationen i en monarki som en pyramid med monarken i toppen och de enkla undersåtarna i basen samt funktionärer av olika grader i mellanskikten. Mutatis mutandis kan man beskriva statsorganisationen i andra samhällstyper på liknande sätt. Funktionärerna, statsöverhuvud inbegripet, samverkar efter omständigheterna avsiktligt eller oavsiktligt till nationens fortsatta existens, dess uppsving eller dess fördärv. Denna effektiva samverkan är möjlig tack vare de djupt inristade idéerna om över- och underordning samt om den överordnades makt att inom vissa gränser bestämma över den underordnade.

Statsorganisationens väsentliga förutsättning är *den historiskt givna höghets- och maktideologien*. I ett mera utvecklat samhälle får denna ideologi sitt förnämsta uttryck i den skrivna statsförfattningen, konstitutionen. Denna är ett system av kvalifikations-, kompetens- och förhållningsregler,<sup>11</sup> vilka betraktas med respekt och upplevs såsom giltiga först och främst av de personer som utgör reglernas



subjekt: monarken, ministrarna, parlamentets ledamöter m fl. Dessa personers attityder verkar suggestivt på andra medborgare, som därigenom bibringas samma inställning. I samma riktning verkar hos åtskilliga medborgare insikten om att författningen och dess noggranna iakttagande är nödvändiga för att trygga människornas existens. Den första förutsättningen för ett folks försörjning är, att lugn och ordning råder i landet.

Författningen ger regler om och för de högsta statsorganen. Dessa regler, grundlagarna, hänföres traditionellt till rättsreglerna. Den stora massan av rättsregler har i sin tur framgått ur de högsta statsorganens verksamhet, dels genom lagstiftning och dels genom dömande verksamhet (praxis). På dessa sätt har lagreglerna respektive de sedvanerättsliga reglerna utbildats. Var och en av de tre huvudgrupperna av rättsregler – grundlagarna, alla de andra lagarna och de sedvanerättsliga reglerna – står i sammanhang med statsorganisationen på sitt eget vis. Det går icke att finna något gemensamt distinkt kännetecken hos dem i deras förhållande till statsorganisationen. Det enda *gemensamma* kriterium som skiljer dem från andra slag av regler, såsom moralreglerna, är att de *anses såsom rättsregler eller, annorlunda uttryckt, anses äga en specifik giltighet*. Den allmänna inställningen till rättsreglerna återverkar på den enskilde individen, som icke kan undgå att låta sin syn på dessa regler färgas av omgivningens syn.

Vad som nu har sagts har endast rört sig om huvuddragen i en färdig, stabil organisation. Meningen har varit att giva en allmän uppfattning om vad en statsorganisation är och hur den fortlever, icke att förklara, hur den uppstår och växer fram ur ett oordnat "naturtillstånd". Det senare är en lämplig uppgift för den som har lust och möjlighet att fritt och odelat ägna ett långt liv åt historisk och psykologisk forskning. Det har förvisso sitt intresse att uppmärksamma de historiska vittnesbörden om nationernas tillblivelse även när man spekulerar över vad det är som bär upp den fullt utbildade statsorganisationen. Den politiska historien inbjuder dock lätt till antagandet, att statsorganisationen har sina djupaste rötter i reella styrkeförhållanden, i det nakna våldet. Samhällskicket i många länder går ju tillbaka på revolutioner eller krig, och det besannar sig ännu i våra dagar, att statsorganisationer kan brytas ned och byggas upp med vapenmakt. Men den vapenmakt som kan åstadkomma detta är icke av samma slag som den enskilda människans fysiska och psykiska styrka. Det som gör en armé till en maktfaktor är icke enbart arméns personella och tekniska resurser utan framför allt det förhållandet att armén är en organisation.<sup>12</sup> Armén hålles ihop och fungerar tack vare medlemmarnas idéer om bestämda subordinationsförhållanden. Utan en verksam ideologi skulle den falla sönder. Det som gör att så och så många tusen individer bildar en armé är deras gemensamma lydadsinställning till ett system av kvalifikations-, kompetens- och handlingsregler, vilka anses "gälla" för armén, och vad är detta system annat än en del av landets rättsordning? Varje statsorganisation förutsätter en

rättsideologi. ”Al politisk magt er retlig kompetence”, säger Ross.<sup>13</sup> Häre ligger väl någon överdrift men också ett stort mått av sanning.

Eftersom statsorganisationen hålles samman av rättsregler, kan man icke definiera rättsreglerna såsom de regler vilka har sitt upphov i statsorganisationen. Enligt den åskådning som har utvecklats i denna framställning är det överhuvudtaget *icke möjligt att återföra det ”rättsliga” momentet i rättsreglerna på något reellt*. Något verklighetsunderlag till det ”rättsliga” finnes ej. Det är därför som den *logiska cirkeln* eller *den oändliga regressen* ofelbart dyker upp i alla försök att definiera ”rätten”, ”rättsordningen” eller ”rättsreglerna” på samma sätt som man definierar företeelser i naturen. Det är därför som Kelsen grundar rättsreglernas ”giltighet” på ett obevisbart postulat. Det är därför som Ross har att kämpa med stora svårigheter, när han försöker bestämma begreppet gällande rätt på sådant sätt att begreppet självt icke återkommer i något definiens. Ross säger rent ut, att den individuella rättsregelns egenskap av rättsregel icke kan ”verifieras” direkt utan endast indirekt via rättsregelns sammanhang med hela rättssystemet: ”Der er intet Arkimedespunkt for verifikationen, ingen del af retten der verificeres forud for nogen anden del.”<sup>14</sup> Däremot menar Ross, att rättssystemet såsom helhet kan definieras med begrepp, som refererar till rena fakta (se ovan s 33 f). Den ovan lämnade framställningen av rättsbegreppets konventionella natur avser emellertid att visa, att det icke heller för rättssystemet såsom helhet finnes någon Arkimedespunkt att hänga upp det på.

För den mänskliga tanken finnes i varje land med en ”rättsordning” ett antal regler, vilka – likaså för tanken – hänger samman med varandra. Den gällande svenska rätten är ett sådant regelkomplex. Dessa regler bildar, såsom Ross uttrycker det, ett ”*meningssammanhang*”. Reglerna hänger ihop genom att de – i vår föreställning – alla är åtminstone indirekt knutna till samma centrala upphängningspunkt, nämligen till *begreppet svenska staten*. Men detta begrepp är en fantasiprodukt och följaktligen ingen Arkimedespunkt. Det sammanhängande systemet av regler följes i vissa delar mycket troget; i andra delar är det sämre ställt med kongruensen mellan reglernas innehåll och människornas beteende. Hur som helst, så är regelsystemet under normala förhållanden utan allvarlig konkurrens. I det stora hela kan det sägas vara relativt väl ”genomfört”. Människorna har vant sig vid att betrakta detta regelsystem såsom det som bör gälla framför andra i förhållandena mellan dem. Man ”tror” på systemet. Omvänt är denna inställning en viktig orsak till att reglerna i stort sett följes. Det sk faktiska rättstillstånd som har vuxit fram efter hand under tidernas lopp är icke den enda grunden för systemet av rättsregler, och detta system är icke heller den enda grunden för det faktiska rättstillståndet. Båda betingar varandra och är frukter av en växelverkan. Att det i ett visst land dominerande sammanhängande regelsystemet anses ensamt äga egenskapen av gällande rätt i detta land, är ett förhållande av i princip samma art som att bokstaven A anses beteckna a-

ljudet. Uppfattningen är konventionell. I sin kommunikation med medmänniskorna kan man med framgång begagna bokstaven A såsom beteckning för aljudet, men detta beror ju enbart på att även medmänniskorna hyser samma uppfattning som man själv om vad bokstaven A betecknar. På samma sätt bestämmas rättsreglernas egenskap av rättsregler icke av deras effektivitet utan av konvention. Det regelsystem, som enligt konventionen är gällande rätt, brukar emellertid vara just det system som är det faktiskt dominerande.<sup>16</sup> Undantagsvis kan det, låt vara blott delvis, förhålla sig annorlunda. Om en ockupationsmakt har påtvingat ett underkuvat land rekvisitionslagar eller inhumana strafflagar, kan dessa lagar naturligtvis vara faktiskt genomförda utan att landets egna ämbetsmän och övriga befolkning häri ser något som helst skäl att betrakta dem såsom "gällande". Tvärtom kan befolkningen mycket väl såsom "gällande" anse de landets egna lagar som har "upphävts" av ockupationsmakten och som icke vidare tillämpas ens av landets egna myndigheter av fruktan för repressalier. Företrädarna för ockupationsmakten brukar naturligtvis ha motsatt uppfattning i båda delarna. Motsättningen är i grunden icke teoretisk utan praktisk. Den ena folkgruppen vill hålla fast vid sina "rättsliga" konventioner, den andra gruppen vill bryta åtminstone vissa av desamma.

Antag, att en ny lag har utfärdats under 1959 och att den – enligt juridiskt språkbruk – har trätt i kraft den 1 januari 1960! Lagen gäller, säger man. Dess handlingsregler är rättsregler. Lagen var gällande rätt redan vid årets början på nyårsnatten, innan någon ännu hade låtit sitt beteende påverkas av den. Så tänker man sig, att det är.<sup>17</sup> Alltsedan ingången av år 1960 ingår lagen i "systemet". Lagtextens satser har, bildligt talat, infogats i det rättsliga meningssammanhanget i detta ögonblick. Man betraktar icke lagen såsom gällande därför, att den är faktiskt verksam. Visserligen består rättssystemet av regler, som i lyckligaste fall följes tämligen väl åtminstone av de offentliga funktionärerna, men den enskilda rättsregelns föreställda giltighet är icke något fullständigt parallellfenomen till dess effektivitet, ja, icke ens ett ungefärligt sådant. De som på sin tid hävdade, att 1947 års förordning om kvarlåtenskapsskatt var ogiltig,<sup>18</sup> påstod icke, att inga domstolar eller myndigheter rättade sig efter förordningen. Om så hade varit, hade de icke haft någon anledning att yrka på att förordningen skulle åsidosättas såsom ogiltig. Påståendet om förordningens ogiltighet grundades i stället på antagandet, att den icke ingick i det gällande rättssystemet, att den icke var infogad i det rättsliga meningssammanhanget, emedan den icke hade tillkommit på det i grundlagen föreskrivna sättet.

*Rättsreglerna blir effektiva genom att de betraktas såsom gällande.* Detta kan visserligen icke sägas om varje enskild rättsregel, men giltighetsföreställningen är dock den yttersta betingelsen för rättsregelns effektivitet. Det är sant, att medborgaren många gånger handlar i överensstämmelse med en rättsregel av tvång, nämligen av rädsla för straff eller någon annan sanktion. Tvånget är emellertid

ett resultat av att andra, framför allt offentliga funktionärer, betraktar regeln jämte tillhörande sanktionsregler såsom gällande.

Det intryck av giltighet som rättsreglerna gör är resultatet av en sk *emotionell projektion*. Med en sådan menas, att en känsla "projicieras" eller "överflyttas" på det föremål som väcker känslan hos oss. När ett musikstycke väcker behagliga sensationer hos oss, framkallar dessa sensationer föreställningen om en egenskap hos musiken, nämligen egenskapen att vara vacker musik. Den verkliga grunden till talet om rättsreglernas giltighet, deras bindande kraft, är vår "inställning" till reglerna. Man erfar inför rättsreglerna en känsla av bundenhet. Denna känsla är icke detsamma som en känsla av faktiskt tvång att följa reglerna.<sup>19</sup> Även lagöverträdaren uppfattar ju to m de av honom öppet nonchalerade reglerna såsom gällande. Detta sammanhänger med att känslan av bundenhet understödes av andra människors inställning. Känslan blir därigenom så att säga objektiviserad. Den uppleves mera som en egenskap hos rättsreglerna än som ett subjektivt stämningläge.<sup>20</sup> Känslan väckes, förstärkes och vidmakthålles genom ett slags "återkoppling" ("feed-back") i det väldiga ledningsnät som de psykiska kommunikationsmedlen i ett samhälle kan liknas vid. Exempelvis hyser A den högst normala åsikten att hemförsäljningslagens regler är rättsregler. Subjektivt grundar han troligen sin åsikt på att lagen är vederbörligen beslutad av Kungl Maj:t och riksdagen samt promulgerad i grundlagsenlig ordning.<sup>21</sup> Enligt den ovan utvecklade uppfattningen om rättsbegreppets konventionella natur har dock denna A:s åsikt icke sin *yttersta* grund i annat än att B, C, D och E m fl personer hyser samma åsikt. Och om var och en av alla dessa personer gäller detsamma som om A. Fenomenet torde icke kunna förklaras på annat sätt än såsom en följd av ömsesidiga – och mångsidiga – suggestioner. Vad som kan påvisas empiriskt är icke mycket mer än att ett stort antal personer menar, att reglerna i hemförsäljningslagen och hela det regelsystem av vilket de utgör en del är rättsregler. Konsekvensen av detta måste bli, att *ingen människa vore av den åsikten att lagreglerna i fråga är rättsregler skulle varje grund saknas för att påstå dem vara rättsregler.*<sup>22</sup> Det är ju människors inställning (social konvention) som bestämmer, vilka regler som är rättsregler. Även om alla människor hyste åsikten, att jorden är platt, skulle den vara rund, men om alla människor bleve överens om att hemförsäljningslagen är "obsolet" skulle den vara det och alltså inte längre "gälla". Ja, för detta resultat behöves det inte enighet hos alla utan endast hos en tillräckligt inflytelserik grupp, för vilkens åsikt de flesta andra människor skulle böja sig. Rättsregelns egenskap att vara gällande är icke någon egenskap som rättsregeln har, och den är icke heller någon omskrivning för något annat reellt förhållande hos själva regeln. Den är en egenskap, som människorna tänker sig att den har. Och ett påstående om existensen av en enbart föreställd egenskap kan naturligtvis icke verifieras.

Egenskapens existens kan icke fastställas utan endast existensen av *föreställningen* om egenskapen.

Frågan om vari rättsreglernas giltighet består har ett visst sammanhang med frågan om *rättsreglernas existens*. Vad angår den senare frågan har ovan (s 17 ff) i anslutning till Olivecrona hävdats, att de mönster för mänskligt handlande som rättsreglerna utgör endast är föreställningar, idéer, alltså innehåll i människors medvetande. Här ligger givetvis ett förnekande av att rättsreglerna äger existens utanför människors medvetande, såsom förhållandet är med företeelserna i naturen. Det är då följdriktigt att fränkänna även rättsreglernas giltighet existens utanför det mänskliga medvetandet. Eftersom det nyss sades, att giltigheten är en enbart föreställd egenskap hos rättsreglerna, är det vidare naturligt att ställa frågan, om giltigheten hos ett handlingsmönster är en föreställning på samma sätt som handlingsmönstret självt. Med giltigheten förhåller det sig dock annorlunda än med handlingsmönstret. Det senare utgöres av en egentlig föreställning med en sådans åskådlighet. Betrakta exempelvis denna regel i vägtrafikungörelsen: "Cyklande ... skall hålla båda fötterna på pedalerna ... och åtminstone en hand på styret." Det är ingen konst att framkalla bilden av en cyklande person i sitt medvetande. När man däremot tänker på rättsreglernas giltighet, finnes i medvetandet såsom betydelse hos ordet giltighet endast tanken, att detta ord betyder *något*, men om detta något har man ingen föreställning, utan ordet är blott associerat med en känsla av viss beskaffenhet. Medan den psykologiska orsaken till föreställningen om en cyklande person är den faktiska förekomsten av cyklande personer, är den psykologiska orsaken till giltighetsföreställningen allenast en känsla av bundenhet, som väckes vid tanken på rättsreglerna.<sup>23</sup>

Med större skäl kunde man anmärka, att "rättsregler" icke alltid i sin helhet utgöres av egentliga, åskådliga föreställningar. I många "rättsregler" ingår nämligen begrepp av ideologisk natur, t ex sådana begrepp som rättighet, avtal, bolag, äktenskap. Dylika regler skulle alltså delvis sakna existens, eftersom de däri ingående ideologiska begreppen lika litet som begreppet giltighet är förbundna med några föreställningar i egentlig mening. Kan man föreställa sig en rättighet på det sätt som man föreställer sig en tulpan, en trumpetsignal, smaken av socker, doften av nylagat kaffe eller sinneskvaliteter såsom varmt, kallt, hårt, mjukt? Anmärkningen förefaller befogad. I vilken omfattning *innehållet* i rättsreglerna utgöres av föreställningar om fakta eller är av annan natur, är emellertid ett spörsmål, som hör till ett följande kapitel om rättssystemets närmare beskaffenhet.

Om man förnekar, att *giltigheten* hos rättsreglerna är något verkligt, men samtidigt håller fast vid att giltigheten hör till rättsregelns begrepp, har man emellertid anledning att fråga sig, om rättsreglerna kan sägas vara verkliga företeelser, såsom Olivecrona har gjort gällande (se ovan s 17). Låt oss antaga, att

vi konstruerar ett begrepp dels av några bestämmingar *med* motsvarighet i verkligheten och dels av en eller flera bestämmingar *utan* motsvarighet i verkligheten! Vi tänker oss en kopparlampa, som har ett antal naturliga egenskaper men dessutom egenskapen att vara säte för en djinn, som kommer fram, om man gnider lampan på ett särskilt sätt. Lampan betecknar vi som Aladdins lampa. Är begreppet Aladdins lampa empiriskt eller metafysiskt? Tydligt innehåller det både empiriska och metafysiska beståndsdelar. Skall man då säga, att företeelsen såsom helhet – Aladdins lampa – är verklig eller metafysisk? Eftersom det, såvitt vi vet, är omöjligt att finna någon kopparlampa, som helt motsvarar begreppet Aladdins lampa och som alltså även innehåller en djinn, kan man säga, att detta slags lampor, såvitt vi vet, icke tillhör verklighetens värld och att de följaktligen är metafysiska företeelser. Men om någon visar mig en kopparlampa och påstår, att den är Aladdins lampa, kan jag naturligtvis konstatera själva kopparlampans existens och realitet, trots att jag inte kan locka fram djinnen, hur mycket jag än gnider lampan. Om någon i stället pekar på en regel och påstår, att den är en rättsregel, kan jag på samma sätt varsebliva regelns innehåll – tex en bild av en trafiksituation och en bild av ett beteende av en trafikant – men giltigheten hos regeln kan jag lika litet förnimma som jag kan upptäcka djinnen i Aladdins lampa. Om jag stirrar på regelns åskådliga innehåll, så att jag blir blind för allt annat, uppfattar jag regeln som en psykisk realitet, men om jag försöker att fästa blicken på regelns giltighet, ser jag ingenting och uppfattar därför hela regeln som en metafysisk företeelse. Rättsregeln i sin fulla bemärkelse, alltså inte bara regeln utan rättsregeln, måste följdriktigt anses vara något, som ligger utanför den rumstidliga verkligheten, och den måste alltså vara av metafysisk karaktär på samma sätt som Aladdins kopparlampa med sin ande.

## § 9. De sedvanerättsliga reglernas karaktär

I det föregående har flerstädes talats om de sedvanerättsliga reglerna såsom en särskild grupp av rättsregler vid sidan av grundlagarna och de andra lagreglerna. Med sedvanerättsliga regler har då förstått regler, som bildas genom att en dom eller ett beslut av en domstol eller ett annat offentligt organ tages till förebild vid avgörandet av en rättslig fråga av enahanda slag som den genom domen eller beslutet en gång avgjorda. Den analys av de sedvanerättsliga reglernas karaktär som nu följer gäller just regler av detta slag. Detta bör sägas ifrån, eftersom termen sedvanerätt ibland användes i en annan betydelse, nämligen som beteckning för regler, vilka har utbildats genom sedvänjor hos en

befolkningsgrupp, t ex inom handeln, och vilka har nått en viss grad av stadga och därför betraktas såsom "bindande" för domstolar och myndigheter. I vad mån sådana regler verkligen kan sägas förekomma i det svenska rättssystemet, är ett spørsmål, som här förbigås.<sup>1</sup>

Ordet sedvanerätt är naturligtvis inte idealiskt som beteckning för den rätt som skapas genom domstolars och myndigheters praxis. Orden sedvana och sed leder ju tanken till en regelbildning, som inte är medvetet styrd utan sker oavsiktligt på grund av vanemässighet och gemensamhet i uppfattning hos en grupp av människor. Detta har föranlett Karl Olivecrona att införa namnet domarrätt på de regler som bygger på sk rättspraxis (jfr engelskans judge-made law såsom motsats till statutes). Man bör dock observera, att termen domarrätt måste vara avsedd att täcka mera än rättsbildningen vid domstolar i detta ords tekniska mening. Rimligtvis måste man till domarrätt hänföra även åtskilliga regler, som bildas genom praxis vid administrativa organ (jfr användningen av orden domstol och domare hos Alf Ross mfl som samlingsbeteckning på alla rättstillämpande offentliga organ).

Såsom framgår av det föregående, innebär användningen av termen sedvanerätt i denna framställning, att sedvanerättens "källa" (i *formell* mening) är domstolarnas och andra myndigheters praxis, icke seder och bruk bland medborgare eller medborgargrupper.<sup>2</sup> På grund av instanssystemet i rättsskipning och förvaltning är sedvanerättens förnämsta ursprung de högsta instansernas avgöranden, i vårt land särskilt högsta domstolens och regeringsrättens. Ett avgörande av en förut oklar rättsfråga kallas som bekant ett *prejudikat*. Termen uttrycker, hur avgörandet ter sig för den som vid en senare tidpunkt ställes inför samma rättsfråga och då vänder blicken tillbaka till det tidigare avgörandet. Detsamma kan sägas om den motsvarande engelska termen precedent. När man i svenskan talar om prejudikat, menar man dock i regel endast avgöranden i högsta instans, eftersom dessa har den ojämförligt största betydelsen. Om man åsyftar ett tidigare rättsfall i en lägre instans, torde det i svenskan vara bättre att använda beteckningen *precedensfall*.<sup>3</sup>

Sedvanerättens förekomst ännu i vår tid förklaras naturligtvis av lagstiftningens otillräcklighet. Domstolar och andra rättstillämpande myndigheter är ju tvungna att i stor utsträckning träffa avgöranden i mål och ärenden utan att ha stöd eller tillräckligt stöd i lagens regler. Därvid är det regel, att ledning sökes i prejudikat. Naturligtvis går det inte alltid att finna några vägledande prejudikat. Ett villkor för uppkomsten av prejudikat är ju just, att oklara rättsfrågor finnes, vilka ännu icke har blivit besvarade genom ett avgörande i den högsta instansen eller genom lagstiftning. Någon gång måste vara den första. I den mån som prejudikat finnes att tillgå, utnyttjas de emellertid i mycket stor omfattning som förebilder, när samma frågor kommer upp igen i praxis. Det är inte svårt att finna förklaringar till att så sker.

Det förorsakar alltid en kännbar psykisk kraftförbrukning att döma självständigt mellan två parter, vilkas önskemål strider mot varandra. Likaså är det krävande att självständigt fatta beslut i en sak, där den beslutande självmant ("ex officio") skall iakttaga vissa allmänna och vaga grundsatser men där inga klara regler är givna. Alltefter graden av domarens psykiska validitet kan han i sådana fall uppleva tvånget att taga ståndpunkt som ett lindrigt obehag, som en nästan olidlig plåga eller som någonting mellan dessa ytterligheter. Ingenting kan då vara mera närliggande för en domare i en underrätt än att stödja sig på en dom av den högsta instansen, om en sådan dom har meddelats. Eventuell kritik av hans dom kan bemötas med en hänvisning till den högsta instansens auktoritativa ställning, och genom att följa prejudikatet undgår han alltså en psykiskt pressande situation. Ofta kan han på detta sätt även bespara sig tid och besvär. Han spårar upp prejudikatet och undersöker det men utför icke på nytt hela det utredningsarbete som den högsta instansen på sin tid lät utföra i sammanhang med den prejudicerande domen. Ej heller gör han i deras helhet om de avvägningar som den högsta instansen har gjort, utan han nöjer sig med att pröva domskälens rimlighet. För en arbetstyngd ämbetsman är en *kraftbesparing* naturligtvis välkommen.

Ännu ett skäl att följa prejudikat är det naturligtvis, att ledamöterna av den högsta instansen representerar en mycket hög grad av kunnighet och erfarenhet, så att *prejudikaten kan antagas grunda sig på noggranna och kloka överväganden*.

Där den faktiska möjligheten finnes, att ett mål går vidare till högsta instans, har domaren ytterligare ett starkt motiv till att döma i enlighet med förefintliga prejudikat, nämligen att han därigenom *minskar risken för att hans dom blir ändrad*. Av naturliga skäl strävar ju alla underrättsdomare efter en låg ändringsfrekvens i sin dömande verksamhet.

En förutsättning för att denna strävan skall bli framgångsrik är emellertid, att *den högsta instansen* själv brukar följa sina tidigare avgöranden i den mån som regler kan byggas på dessa. Endast därigenom blir det ju möjligt att med någorlunda stor säkerhet beräkna den högsta instansens ställningstaganden på förhand. Hos den högsta instansen finnes också en benägenhet för att hålla fast vid en intagen ståndpunkt så att säga redan för konsekvensens egen skull,<sup>4</sup> och denna benägenhet har sin naturliga förklaring. En vacklande praxis gör ett dåligt intryck och väcker misstankar om att ovidkommande hänsyn har fått inverka i dömandet. Genom att döma lika i likartade fall *uppfyller man kravet på sk formell rättvisa*. Genom att döma på samma sätt i analoga fall *besparar man sig vidare tid och möda*. Den en gång gjorda prövningen av rättsfrågan behöver ej göras om. Man drager inte fram alla tänkbara skäl och motskäl på nytt och företager följaktligen inte heller någon ny uppskattning av dem eller någon ny avvägning av dem mot varandra. Likformigheten i den högsta instansens praxis grundar sig således på skäl, som har samma giltighet för lägre domstolar och



som delvis redan har nämnts bland faktorer, vilka utgör anledning för dessa att följa prejudikat.

Till de förutnämnda elementarpsykologiska förklaringarna av lägre instansers vana att rätta sig efter prejudikat kommer andra och finare förklaringar med större vetenskapligt marknadsvärde. Genom att prejudikat följes befrämjas jämnhet och enhetlighet i rättsskipningen, vilket betyder ökad beräknelighet i domstolarnas verksamhet och därmed ökad rättssäkerhet samt processekonomiska vinster i form av färre processer och färre överklaganden. Dessa förhållanden är naturligtvis skäl för att prejudikat bör följas men duger också som förklaringar till att prejudikat faktiskt följes, nämligen i den mån som domarkåren är besjälad av en önskan att bidra till största möjliga rättssäkerhet och processekonomi.

Med dessa konstateranden rörande domstolarnas handlingssätt i sådana fall där de icke tillämpar otvetydig lag har man icke förklarat, *vad en sedvanerättslig regel är*. Ett prejudikat är ju ingen regel. Icke heller är prejudikatet såsom sådant någon tillämpning av en förut given *rättsregel*. Om så vore, skulle de avgöranden som vi kallar prejudikat inte vara vad vi menar med detta ord. Därför är det en motsägelse i den engelska prejudikatläran (*stare decisis*-doktrinen), när den motiverar den bindande kraften hos prejudikaten med att de endast är uttryck för den förut gällande rätten (*Common Law*). Denna motivering är naturligtvis en fiktion. Påståendet att en sedvanerätt av visst innehåll existerar betyder, att *regler konstrueras* på grundvalen av prejudikat och att dessa regler sedan betraktas som gällande rätt. *Såsom mönster för nya avgöranden tjänar icke prejudikatet självt utan en regel, av vilken prejudikatet kunde ha varit en tillämpning*, nämligen om regeln hade varit erkänd såsom gällande, innan den prejudicerande domen meddelades.<sup>5</sup> Denna regel kan vara mer eller mindre bestämd och mer eller mindre svår att härleda ur prejudikatet. I och för sig kan det tänkas, att domstolen i sin domsmotivering själv uttalar den nya regel eller grundsats som den har bestämt sig för. Det är dock vanligt, att domstolar är obenägna för att göra så och i möjligaste mån vill undvika att binda sig för framtiden. I svensk rätt användes vanligen metoden, att domstolen i sina domskäl icke uttalar någon regel utan i stället anger de omständigheter som har haft betydelse för utgången. Ibland redovisas en rad omständigheter utan att det klart framgår, vilka av dem som har haft avgörande betydelse för utgången. Om två omständigheter anföres, kan det någon gång vara osäkert, om endast endera av dem hade varit tillräcklig för utgången eller om båda har ansetts nödvändiga.

Den tankeverksamhet genom vilken man ur ett eller flera prejudikat får fram en rättsregel eller ett moment i en rättsregel kallas *rättsfallstolkning*. Denna verksamhet är något mera än en tolkning av domen med sikte på det avgjorda fallet. Vid rättsfallstolkning använder man det enskilda avgörandet som material för att helt eller delvis skapa en ny regel. Handlingsmönstret i denna regel

göres av domslutet, och rekvisitet göres av domskälen, närmare bestämt av de fakta som enligt domskälen har varit bestämmande för domslutet (se nedan § 10 om rättsliga handlingsregler). I förhållande till dessa fakta utvidgas regelns rekvisit mer eller mindre, vilket kan uttryckas så, att betydelsen av det enskilda avgörandet *generaliseras*. Den nya regelns rekvisit göres mera allmänt och abstrakt än nämnda fakta, så att regeln blir tillämplig även på nya fall, som endast i vissa väsentliga avseenden är likadana som det förut avgjorda. I domskälen sorterar man alltså bort omständigheter, som är av tillfällig natur och som kan antagas ha varit utan betydelse för sakens utgång, irrelevanta, och vid konstruktionen av den nya regeln beaktas endast omständigheter, som förmodas ha varit relevanta. Vilka omständigheter som har varit relevanta och hur dessa skall beskrivas, m a o hur långt generaliseringen av det enskilda avgörandet lämpligen kan drivas, är ofta vanskligt att säga, och ofta blir den funna regeln vag eller på annat sätt ofullständig. Även handlingsmönstret i regeln får naturligtvis en generell karaktär, jämfört med domslutet i prejudikatet (jfr nedan s 126 f). Har man väl ansett sig kunna slå fast, vilka skäl – positiva eller negativa – som har varit avgörande för domslutet i det rättsfall som tolkas, betraktar man domen som ett uttryck för regeln, att när samma skäl är givna skall en dom av enahanda innehåll meddelas. För att denna regel skall kunna sägas vara en rättsregel fordras naturligtvis, att domstolar eller myndigheter anser sig böra följa regeln. Så behöver inte alltid vara fallet. När en regel, som är resultat av rättsfallstolkning, anses böra följas, kan den sägas vara en *sedvanereg*el.

Förhållandet är nu det, att sedvaneregeln tillämpas allmänt av domstolarna, troligen icke med samma precision och osvikhelighet som klara lagregler men dock så, att dess funktion såsom dominerande handlingsmönster klart framträder. I det föregående har omtalats en rad faktorer, vilka tillsammans utgör en antaglig eller fullt möjlig förklaring till att så sker. Sedvaneregeln får därigenom *en reell betydelse*, som icke står lagregelns långt efter. Vad kan då vara naturligare än att den även antages ha *en normativ betydelse*, jämförlig med lagregelns, och att den därför betraktas såsom gällande rätt, såsom en art av rättsregel? Man låter begreppet rättsregel omfatta även sedvaneregeln.

Genom att giva sedvaneregeln namn och värdighet av rättsregel har man naturligtvis inte påstått, att den är att till fullo jämställa med lagregeln. Sedvaneregeln har icke någon fastslagen språklig form: den finnes icke uttryckt i någon auktoritativ text. Dess innehåll kan vara oklart eller svävande. Sedvaneregeln har alltså genomsnittligt icke samma bestämdhet till sitt innehåll som lagregeln. Denna skillnad är dock relativ, ty icke heller lagreglerna äger i allmänhet full bestämdhet. Viktigare är skillnaden ur tidssynpunkt mellan sedvaneregeln och lagregeln. Den senare säges träda i kraft vid en bestämd tidpunkt och upphöra att gälla likaledes vid en bestämd tidpunkt, allt i enlighet med förklaringar, givna i lagens form av de lagstiftande organen. Sedvaneregeln

uppkomst och upphörande kan icke hänföras till exakta tidpunkter. Någon motsvarighet till lagarnas övergångsbestämmelser finnes icke på sedvanerättens område. I realiteten förekommer retroaktiv tillämpning av nya sedvaneregler i betydande omfattning.<sup>6</sup> Bortsett från att en sedvaneregler kan upphävas genom att en ny lagregel träder i dess ställe<sup>7</sup> finnes ingen myndighet, som enligt rättsystemet är kompetent att bestämma sedvaneregelns innehåll, tidpunkten för dess "ikraftträdande" och tidpunkten för dess "upphävande". Dessa sistnämnda skillnader är väsentliga och har på ett avgörande sätt inverkat på de legislativa och rättsteoretiska frågorna om sedvanereglernas giltighet eller – vilket i grunden är detsamma – de välkända frågorna om prejudikatens bindande kraft.

Principiellt kan man naturligtvis tänka sig en lagregel av innehåll, att de sedvaneregler som kan uppställas på grundvalen av prejudikat skall lända till efferrättelse.<sup>8</sup> Därmed skulle det bli en "tjänsteplikt" för domare och andra tjänstemän att rätta sig efter prejudikat. Före 1976, medan tjänstefel ännu var generellt straffbelagda, skulle detta ha inneburit, att brottsbalkens dåvarande bestämmelser om generella ämbetsbrott – tjänstemissbruk och tjänstefel – skulle ha blivit tillämpliga på ett åsidosättande av prejudikat, bestämmelsen om tjänstemissbruk i vissa kvalificerade fall och bestämmelsen om tjänstefel i alla övriga fall. From 1976 skulle ett åsidosättande av prejudikat under samma förutsättning i och för sig kunna bli en tjänsteförseelse, belagd med disciplinpåföljd i statstjänstemannalagen.

Ett lagbud om skyldighet att följa prejudikat finnes icke i svensk rätt. Lika litet finnes hos oss något lagbud av motsatt innehåll, men man kan peka på några lagbud, vilka med större eller mindre fog kan antagas ha förutsatt, att sedvanereglerna icke står i paritet med lagreglerna ur giltighetssynpunkt. Dessa lagrum är § 47 i 1809 års regeringsform, rättegångsbalken 4:11 samt den upphävda gamla rättegångsbalken 1:7, 1:11 och 24:3.<sup>9</sup> Att märka är också, att plenum i högsta domstolen icke föreskrives obligatoriskt utan endast fakultativt i rättegångsbalken 3:5, när fråga uppkommer om att avvika från en förut antagen rättsgrundsats eller lagtolkning. Detta förhållande är näppeligen förenligt med tanken, att sedvanereglerna skulle vara likvärdiga med lagreglerna.<sup>10</sup>

Det kan vidare tänkas, att sedvanereglerna även utan någon lagstiftningsakt vinner erkännande såsom likvärdiga med lagreglerna. Så kan sägas ha skett i England genom den allmänt omfattade stare decisis-doktrinen, numera med en viss begränsning, som strax skall nämnas. En motsvarande opinionsbildning inom svenskt rättsväsen skulle före 1976 ha fått sitt tydligaste uttryck i en dom av högsta domstolen, varigenom straff för ämbetsbrott ådömdes en domare, som hade dömt i strid mot någon sedvaneregler. Till det konventionella systemet av rättsregler skulle härigenom ha fogats en regel av innebörd, att prejudikat skall lända till ovillkorlig efferrättelse såsom mönster för likadana fall. Sedvanereglernas jämställdhet med lag skulle ha grundats på en sedvaneregler. Detta

låter paradoxalt, men på grund av den konventionella naturen hos begreppet gällande rätt hade det icke alls varit någon orimlighet. Det har tom även på sakkunnigt håll ifrågasatts, om icke denna ideologiska utveckling i begränsad omfattning vore ett fullbordat faktum i svensk rätt. Till denna fråga skall vi strax återkomma.

Efter avkriminaliseringen av tjänstefelen (utom vårdslös myndighetsutövning och oaktsamt brott mot tystnadsplikt) fr om 1976 kan ett åsidosättande av ett prejudikat av en domare eller tjänsteman i och för sig tänkas vara en tjänsteförseelse, belagd med disciplinpåföljd enligt stats tjänstemannalagen. Huruvida så är fallet, kan ej komma under högsta domstolens bedömande, eftersom disciplinpåföljd ej kan åläggas av allmän domstol. I sista hand blir det arbetsdomstolen, som får taga ställning därtill. Vidare synes det vara oklart, huruvida det nya brottet myndighetsmissbruk i brottsbalken 20:1 kan begås genom åsidosättande av ett prejudikat, när övriga brottsrekvisit är uppfyllda. Åtminstone synes brottsbeskrivningen och paragrafens förarbeten inte giva något stöd för antagandet, att en ändring av förut rådande uppfattning om betydelsen av prejudikat har varit avsedd med ändringarna i brottsbalken 20 kap.

Det kan icke förnekas, att flera starka motiv finnes för att jämställa sedvaneregler med lagregler. Dessa motiv har anförts i det föregående, och de ger även en tillräcklig om också icke fullständig förklaring till prejudikatens faktiska betydelse för likformigheten i domstolars och myndigheters verksamhet. De försvarar också helt inställningen, att prejudikat *i allmänhet bör följas*. Men det är en icke obetydlig skillnad mellan denna inställning och den radikala ståndpunkten att prejudikat *alltid skall följas*. Fullt jämställda med lagreglerna skulle sedvaneregler bli, om deras iakttagande gjordes till en tjänsteplikt, belagd med sanktion. Förekomsten av en sanktionsregel är dock inte någon nödvändig förutsättning för att domstolar och myndigheter skall anses ovillkorligt skyldiga att följa prejudikat. I England finnes inga regler om straff för en domare, som dömer orätt, men icke desto mindre är prejudikat bindande enligt den engelska prejudikatläran (sedan 1966 med inskränkningen, att the House of Lords icke anser sig bundet av tidigare avgöranden).<sup>11</sup> En sedvaneregul om att prejudikat ovillkorligen skall följas behöver praktiskt icke innebära mera än att en domare, som icke alltid följer prejudikat, icke anses vara en fullgod domare. Regeln är då att jämföra med åtskilliga grundlagsregler, för vilkas upprätthållande rättssystemet icke föreskriver någon sanktion mot den som bryter mot reglerna. Vill man däremot stanna vid att hävda en grundsats av innehåll, att prejudikat ”i regel” skall följas, och således lämna en möjlighet öppen för domaren att avvika från mindre efterföljansvärda prejudikat, kan man icke utan våda förena denna grundsats med en sanktionsregel. När skall det vara tillåtet att desavouera högsta instansens mening, och när skall det vara förbjudet och medföra tjänsteansvar? Hur skall gränsen mellan tillåtet och otillåtet kunna dragas, så att

domaren i det enskilda fallet vet säkert, om han riskerar ansvar eller ej genom att hävda en annan mening i högsta domstolen i en rättsfråga? Hur skall domaren ens någon enda gång våga att frångå en prejudicerande dom, om det är omöjligt att giva honom en garanti för att han icke riskerar påföljd för åsidosättande av tjänsteplikt?

Valet synes alltså stå mellan en ovillkorlig skyldighet att följa prejudikat, eventuellt förenad med påföljd vid överträdelse, och en mjukare regel med karaktär av en rekommendation att ej utan starka skäl frångå prejudikat. Mot det förra alternativet kan dock vägande skäl anföras. Först och främst vore det oförnuftigt att ålägga den högsta instansen att alltid vidhålla sina tidigare intagna ståndpunkter. Detta vore ju att vilja *hejda sedvanereglernas fortsatta utveckling och deras anpassning efter nya förhållanden*, bla efter nya tendenser inom lagstiftningen. Det stora lagkomplexet är ju föremål för ständiga omvandlingar genom nya lagstiftningsakter, och det vore hämmande för rättsutvecklingen, om sedvanereglerna icke skulle kunna ändras på en eller annan punkt utan att man satte igång det stora och tröga lagstiftningsmaskineriet. Den högsta instansen skulle i motsatt fall animeras till att skriva *torftiga domsmotiveringar* för att binda sig så litet som möjligt för framtiden. Härtill kommer, att en domstols anseende icke skadas utan tvärtom gagnas av att den frångår en tidigare ståndpunkt, som numera ter sig dåligt grundad. Vad härefter angår *de lägre instansernas* förhållande till prejudikaten finnes ytterligare argument mot ett krav på full observans av dessa. Ett viktigt argument är *sedvanereglernas ofta obestämda eller osäkra innehåll*. Sedvanereglerna framgår ofta icke omedelbart ur prejudikaten utan så att säga pressas fram genom ”tolkning” av dessa, och detta förfarande kan aldrig bringas till sådan fulländning att alla domstolar kommer till samma resultat beträffande innehåll i alla eller tillnärmelsevis alla sedvaneregler. Prejudikattolkningen utövas för övrigt till mycket stor del av doktrinen, vars resultat domstolarna tacksamt ehuru givetvis icke okritiskt tillgodogör sig. Ytterligare ett skäl mot att kräva obetingad lydnad för prejudikat är, att man icke under rådande förhållanden kan fastställa *den tidpunkt från vilken den prejudicerande verkan av en dom av högsta instans skall anses inträda*. Det måste dock erkännas, att denna svårighet skulle kunna undanröjas genom något schematisk regel.

Ehuru sedvanereglerna i vårt land – liksom annorstädes – enligt konventionellt betraktelsesätt åtnjuter rangen av rättsregler, har vissa meningsskiljaktigheter yppat sig om deras betydelse, visserligen icke i faktiskt hänseende utan i ”juridiskt”. Frågan om prejudikatens betydelse i det senare hänseendet säges vanligen gälla, huruvida prejudikat enligt ett visst lands rättsordning är ”bindande” eller har ”bindande verkan”, eller huruvida landets domare är ”förpliktade” att följa prejudikat.<sup>12</sup>

Bakom dessa språkligt enkla formuleringar döljer sig en ganska svår genomtränglig problematik. Formuleringarna är även såtillvida missvisande som det

icke rör sig om den bindande verkan hos prejudikaten utan om *den bindande verkan hos de sedvaneregler som brukar konstrueras på grundval av prejudikaten*.<sup>13</sup> Uttrycket "att följa prejudikat" – vilket har använts flera gånger i det föregående – är tydligen en vårdslös sammandragning, som vädjar till läsarens välvilliga överseende. Från här företrädda rättsfilosofiska utgångspunkter är frågan om prejudikatens bindande kraft, fattad efter orden, visserligen raskt besvarad. Om man förnekar realiteten i den ofta antagna bindande kraften hos rättsregler överhuvudtaget, så ligger ju däri ett förnekande av att sedvanereglerna eller – enligt den brukliga formuleringen – prejudikaten alls kan ha något slags bindande kraft annat än i människors inbillning.<sup>14</sup> Att prejudikat möjligen anses ha bindande kraft är ju något annat än att de *verkligen* har bindande kraft. Om romarna trodde regnet komma från Jupiter, var detta icke detsamma som att regnet verkligen kom från honom.

Emellertid kan frågan, huruvida prejudikat äger bindande kraft enligt svensk rätt, omtolkas, så att den blir meningsfull. Låt oss säga, att en svensk domare befinner sig i det läget att han måste döma i ett brottmål och att han därvid måste välja mellan att rätta sig efter ett otvetydigt prejudikat, som han ogillar, och att döma på ett från prejudikatet avvikande sätt.<sup>15</sup> För honom aktualiseras då i viss mening spørsmålet, huruvida prejudikatet är bindande. "Är jag tvungen att rätta mig efter prejudikatet?" är en för honom själv närliggande formulering av spørsmålet. Vad han exakt menar, framgår dock icke klart av denna formulering. Frågan kan referera till en härskande uppfattning om en domares plikter, en *domaretik*. Skadar han sin egen självkänsla såsom domare och löper han kanske dessutom faran att råka ut för sina kollegers och andra juristers samfälliga ogillande, om han icke tager prejudikatet ad notam? Det kan också vara något annat, som föresvävar honom: Sviker han sin tjänsteplikt, om han dömer i strid mot prejudikatet, så att han kan drabbas av disciplinpåföljd eller – i värsta fall – straff och skadestånd?

De äldre bestämmelserna i brottsbalken om generella ämbetsbrott, tjänstemissbruk och tjänstefel, gav inte något svar på denna fråga. Bestämmelserna var blankettstraffbud, vilka hänvisade till den stora massan av regler om tjänsteplikter för olika slag av befattningshavare. Många av dessa regler är oskrivna, åtskilliga är diffusa, och även i övrigt är det i många stycken tills vidare en obesvarad fråga, hur en viss befattningshavare skall förhålla sig. Också den nya bestämmelsen om disciplinansvar för tjänsteförseelse i statstjänstemannalagen 18 § är en blankettbestämmelse. Förseelsen består i att tjänsteman uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter vad som åligger honom i hans tjänst. Såsom redan har påpekats i det föregående, finnes överhuvudtaget inte något svenskt lagbud, som ger något klart besked om domares och tjänstemäns skyldighet att följa prejudikat.

Betyder detta månne, att frågan om prejudikatens bindande kraft – eller

rättare frågan om sedvanereglernas likställighet med lagregler – icke alls kan besvaras i svensk rätt ”de lege lata” utan tills vidare endast ”de lege ferenda”? Svaret härpå behöver inte vara ja. Såsom redan har sagts, kunde sedvanereglerna ha gjorts likvärdiga med lagregler genom att högsta domstolen hade bedömt ett åsidosättande av ett prejudikat som ämbetsbrott. Omvänt kunde naturligtvis högsta domstolen genom en frikännande dom ha slagit fast, att det icke var ämbetsbrott att desavouera ett prejudikat och att sedvanereglerna alltså icke såsom lagreglerna är att betrakta såsom i princip bindande. Emellertid har högsta domstolen veterligen icke på någotdera sättet deklarerat någon ståndpunkt i frågan om prejudikatens bindande kraft. Däremot har spörsmålet debatterats ingående på 1940-talet av ett flertal jurister i auktoriativ ställning, och de därvid uttalade meningarna utgör en solid grund för antagandet, att högsta domstolen skulle ha ogillat ett åtal mot en domare för vägran att följa ett prejudikat.<sup>16</sup> Förmodligen skulle den frikännande domen ha motiverats med att prejudikat ”icke är bindande” eller ”icke kan anses bindande” i svensk rätt. Detta skulle åtminstone stämma med vanligt bruk vid motivering av domar, som icke framträder såsom mekanisk lagtillämpning (se s 151 f om ”naturrättsmetoden” och ”börametoden” vid avfattande av domsmotiveringar). Det är tänkbart, att en eller flera ledamöter av högsta domstolen skulle åberopa sig på ”en i svensk rätt allmänt omfattad mening”.

Något annat verifierbart svar på frågan om prejudikatens bindande kraft i svensk rätt får man icke än att vissa personer i funktionärsställning med säkerhet eller åtminstone stor sannolikhet är av den åsikten, att prejudikat visserligen i allmänhet bör följas men dock icke måste följas samt att det icke i och för sig är stridande mot en domares eller tjänstemans tjänsteplikt att avvika från ett prejudikat. Bland dessa personer befinner sig åtskilliga, vilkas åsikter i juridiska frågor man tillmäter auktoriativ betydelse. *Själva åsikten, att prejudikat icke måste följas, kan icke provas till sin sanningshalt.* Åsikten är icke någon teori om sakförhållanden. Den är en själslig attityd och alltså varken riktig eller oriktig. ”En indstilling har ingen sandhedsvaerdi, den är faktum”, säger Alf Ross.<sup>17</sup>

Sammanfattningsvis kan det sägas, att det i tongivande svenska juristkretsar finns vissa *konventioner* rörande prejudikatens betydelse såsom förebilder för domare och andra rättstillämpande funktionärer i deras verksamhet. En följd av funktionärernas lydadsinställning är, att de ansluter sig till dessa konventioner. En av konventionerna är, att det *icke är tjänsteförseelse att avvika från ett prejudikat.* En annan konvention går ut på att man *icke är absolut förpliktad att följa prejudikat.* Och en tredje konvention säger, att domaren *i allmänhet bör rätta sig efter prejudikat* och alltså icke bör avvika från ett sådant utan starka skäl.

Såvida man uppfattar frågan om prejudikatens bindande kraft såsom meningsfull och såsom möjlig att besvara med verifierbara påståenden, kommer den ganska nära den mera lättfattliga frågan, vilken grad av respekt som den

svenska juristkåren och i synnerhet dess mest inflytelserika medlemmar hyser för prejudikat. Ett ungefärligen riktigt svar på den senare frågan är, att domarkåren känner mycket stor respekt för överinstansernas domar och beslut men icke fullt så stor respekt för dem som för skriven lag. Tydliga symptom på denna inställning är å ena sidan, att prejudikat i verkligheten följes mycket noga i den mån som klara sedvaneregler kan byggas på dem, och å andra sidan, att det icke anses utgöra tjänsteförseelse att döma mot prejudikat. Inställningen är, bortsett från ömsesidiga påverkningar mellan individerna, värderingsmässig, men värderingarna bäres upp av en delvis teoretisk argumentering, vilken i sina huvuddrag har redovisats i det föregående.

När problemet om prejudikatens bindande kraft dryftas, glider man lätt in på ett likartat problem, som har uppstått i modern tid, nämligen i vad mån som *uttalanden i lagmotiv* är bindande för domstolar och myndigheter, alltså i vad mån som de är att jämställa med lagen själv. Sin största betydelse har denna fråga beträffande sådana uttalanden som innehåller konkreta anvisningar till domstolar och myndigheter om hur lagen bör tillämpas. Domstolarnas och myndigheternas inställning till sådana uttalanden, såvitt dessa hänför sig till den antagna lagen, är mycket lik deras inställning till sedvanereglerna.<sup>18</sup> Lagmotivens betydelse behandlas emellertid naturligtast i sammanhang med lagtolkningsprinciperna. Här erinras blott om att uttalanden i lagmotiv till skillnad från sedvanereglerna icke klassificeras såsom rättsregler, ehuru de naturligtvis kan giva upphov till sedvaneregler av samma innehåll som deras eget. Ändå måste det sägas, att lagmotiv med avseende å sitt reella inflytande på rättspraxis icke skiljer sig mera från sedvaneregler än dessa skiljer sig från lagreglerna.

Eftersom en föreställning om kategorisk giltighet icke knytes till sedvanereglerna, kan det synas svårt att på sakliga grunder försvara, att sedvanereglerna betecknas såsom verkliga rättsregler, såsom gällande rätt. Deras egenskap av rättsregler i samma mening som lagreglerna kan dock icke förnekas på logiska grunder, eftersom begreppet rättsregel i fråga om sitt förra sammansättningsled (rätts-) är konventionellt. Mot ett konventionellt begrepp kan man icke argumentera vetenskapligt utan blott protestera. Såsom sedvanereglerna allmänt uppfattas med avseende å giltighet, står de dock ett trappsteg under lagreglerna, ehuru det bör ihågkommas, att icke heller lagreglerna betraktas som ovillkorligen giltiga. Talrika exempel finnes på att innehållet i en lagregel icke motsvarar "gällande rätt". Särskilt straffrätten bjuder på sådana exempel, trots att den har namn om sig att representera den skrivna rätten de préférence. Flera betydelsefulla grundsatser om sk straffrihetsgrunder har ju karaktär av sedvanerätt och utgör undantag från den skrivna lagens tillämplighet. Vidare förekommer det som bekant, att en föråldrad lagregel helt slås ut av en sedvaneregel, så att lagregeln blir, som det heter, obsolet. De fall där en domare saklöst kan – eller rättare skall – avvika från innehållet i den skrivna lagen är dock



förhållandevis fåtaliga, och såsom huvudregel begår domaren tjänsteförseelse, under vissa omständigheter myndighetsmissbruk, om han meddelar en dom eller ett beslut i strid mot lagens ord.<sup>19</sup> Sådillvida måste en skillnad i "giltighetsgrad" mellan lag och sedvaneregler konstateras. Icke förty säges sedvaneregeln vara en rättsregel. Rättspraxis betraktas också såsom en rättskälla vid sidan av lagstiftningsproceduren och såsom en rättskälla i samma formella mening som den senare.<sup>20</sup>

Hur sedvanereglerna har kommit att betraktas som gällande rätt är naturligtvis ett spörsmål av betydande idéhistoriskt och psykologiskt intresse. Spörsmålet är alltför omfattande för att kunna utredas här. I det psykologiska orsakskomplexet kring sedvanereglernas antagna giltighet ingår omständigheten, att domstolarna i överensstämmelse med en gammal, naturrättsligt betingad tradition är benägna för att presentera sina domar och beslut såsom tillämpningar av redan förut gällande "rätt", låt vara att de förutsatta reglerna ofta icke är direkt redovisade. Avgörandena får därigenom en mera auktoritativ och "övertygande" prägel än de eljest skulle få, och den retroaktivitet i sedvanereglernas användning som icke sällan förekommer blir svårare att upptäcka.

Spörsmålet om prejudikatens bindande kraft angår naturligtvis närmast domare och andra tjänstemän, i vilkas arbetsuppgifter rättstillämpning ingår. De regler som prejudikaten menas uttrycka måste ju vara regler för de slags åtgärder som prejudikaten själva utgör, alltså domar samt judiciella och administrativa beslut. Naturligtvis får domstolars och förvaltningsmyndigheters tillämpning av sedvaneregler mycket ofta konsekvenser för enskilda personer, särskilt enskilda parter i en process eller sökanden i ett ärende. Prejudikaten har alltså ofta även en sida, som är vänd mot allmänheten. Exempelvis framgår kanske av några prejudikat en regel om under vilka omständigheter som domstolarna i ett visst typfall skall döma ut skadestånd och hur detta skall beräknas. På samma prejudikat kan man då grunda en motsvarande regel om skadeståndsskyldighet för den enskilde, ja, man får i sista hand fram en regel, som ålägger den enskilde att i en viss situation undvika vissa skadebringande handlingar. Genom ett brottmålsprejudikat kan det bliva klart, att ett visst sätt att handskas med annans egendom skall bestraffas såsom egenmäktigt förfarande, och ur prejudikatet utläses alltså en sanktionsregel, som skall tillämpas av domstolarna. Men samtidigt utläses en regel för enskilda, nämligen ett till dem riktat förbud mot att handskas med annans egendom på ifrågavarande sätt. Även de regler för enskilda som sålunda framgår medelbart ur prejudikaten brukar anses såsom sedvaneregler och rättsregler.<sup>21</sup>

Eftersom domstolarna och myndigheterna mycket troget följer de genom prejudikaten givna förebilderna i sin rättstillämpande verksamhet, blir skillnaden mellan lagregler och sedvaneregler föga märkbar för allmänheten. När den enskilde konfronteras med sedvanereglerna, får han samma intryck av både

faktisk effektivitet och normerande kraft hos dessa som han får vid tanken på lagreglerna. Att prejudikaten icke betraktas såsom bindande, intresserar honom naturligtvis föga vid det förhållande att han måste inrätta sitt handlande utifrån antagandet, att prejudikaten har i stort sett samma mönstergivande funktion som lagstiftningsakterna.

# Rättssystemets närmare beskaffenhet

## § 10. Rättsliga handlingsregler

Vid en undersökning av rättsreglernas innehåll är lagreglerna lättare att utforska än andra rättsregler, eftersom de har en bestämd språklig form. Man kan alltså lämpligen börja en undersökning av rättsreglernas allmänna egenskaper med att läsa i lagboken. Om man därvid skulle gå riktigt grundligt tillväga, skulle man gå igenom några tusen lagregler och sedan föra samman dem gruppvis, så att varje grupp skulle bestå av regler med vissa gemensamma egenskaper. Lagreglerna företer emellertid så många variationer att denna undersökningsmetod måste bli mycket oekonomisk. För att överhuvudtaget få ett grepp om reglernas vanligaste karakteristika tvingas man därför att gå en annan väg. Man får börja med att välja ut några olika typer av lagregler av förhållandevis enkel konstruktion och underkasta dem en analys. Om man därigenom får fram vissa grundtyper av lagregler, kan man sedan gå vidare och undersöka mera komplicerade regler.

Om man utgår från det tämligen självklara antagandet, att åtskilliga lagregler har till uppgift att antingen framkalla vissa slag av mänskligt handlande eller att undertrycka vissa andra slag av mänskligt handlande, är det naturligt att inleda undersökningen med att sortera ut några lagregler med denna funktion. Låt oss betrakta 1 § lagen 1938 om hittegods: "Var som något hittar skall utan oskäligt dröjsmål anmäla fyndet hos polismyndighet." Denna bestämmelse påbjuder ett handlande, nämligen att "anmäla fyndet hos polismyndighet". Regler av detta slag kan kallas *handlingsregler*.

Hos den som läser den citerade bestämmelsen eller som hör den uttalas väckes föreställningen om en person som hittar något och som sedan utan oskäligt dröjsmål anmäler fyndet hos polismyndighet. Den senare handlingen är den som påbjudes. I sin imperativiska del består bestämmelsen alltså av en handlingsbeskrivning. Men denna beskrivning är ingen beskrivning i vanlig

mening. Den berättar inte om någonting, som har skett eller som sker eller som kommer att ske. Den säger, att upphittaren *skall* anmäla fyndet. Regeln utsäger alltså icke något om något sakförhållande. Den är inte en teoretisk sats, den är varken sann eller osann. Den är en praktisk sats. Regelns imperativiska del kallar man därför inte gärna för en handlingsbeskrivning utan hellre för ett *handlingsmönster*.

Handlingsregeln innehåller alltså ett handlingsmönster. Detta leder tanken till en befallning, och man kan fråga sig, om inte den rättsliga handlingsregeln till sin natur är ett slags befallning. I den positivistiska litteraturen har ju rättsreglerna ofta definierats som statens befallningar till undersåtarna. Enligt den åskådning som företrädes i detta arbete kan rättsregeln dock inte vara en befallning, emedan den inte kan återföras på ett befallande subjekt (se s 17).

En rättslig handlingsregel kännetecknas vidare av en egenskap, som inte behöver finnas hos en befallning. Rättsregler anses ju vara gällande, och hos en rättslig handlingsregel innebär den antagna giltigheten, att regeln uppfattas som förpliktande. Den sk *rättsföljden* i en rättslig handlingsregel består i uppkomsten av en *rättslig plikt* att utföra det slags handling som regelns handlingsmönster återger. (Andra slag av rättsföljder är uppkomst och upphörande av *rättslig kvalitet* och *rättslig kompetens*, se nedan §§ 12 och 13.) Även en befallning uppfattas visserligen under vissa omständigheter som förpliktande, nämligen om befallningsgivaren handlar inom ramen för en rättslig kompetens, som rättsordningen har tilldelat honom, vilket förekommer särskilt vid krigsmakten (se nedan § 15), men det ligger inte i befallningens begrepp, att den är förpliktande, vare sig rättsligt eller moraliskt. Befallningar, uppmaningar och andra slags imperativer kan vara både juridiskt och moraliskt neutrala, och de kan tom strida mot rätten eller moralen. Med en rättslig handlingsregel förbindes däremot i det juridiska tänkandet föreställningen om en rättslig handlingsplikt som en effekt av regeln, när den blir tillämplig. En annan sak är det, att handlingsplikten liksom regelns giltighet icke är verklig utan tillhör juridikens idévärld.

Mellan en rättslig handlingsregel och en enkel befallning finnes andra skillnader, vilka har större intresse vid en undersökning av handlingsregelns struktur, d vs dess beståndsdelar och dess innehåll från formell synpunkt. Befallningen "Bärga focken!" har, om den är en verklig befallning och inte ett grammatikexempel, sin plats i en bestämd situation. Den uttalas av en person till en annan vid ett bestämt tillfälle och på en bestämd plats. Den är alltså personellt, temporalt och lokalt bestämd. Den rättsliga handlingsregeln saknar alla dessa egenskaper. I motsats till den enkla befallningen är handlingsregeln *generell*, och detta på flera sätt. Exemplet med bestämmelsen i lagen om hittegods visar, att en handlingsregel riktar sig till ett obestämt antal personer, vilka icke är namngivna eller eljest individuellt utpekade. Vilka personer som regeln riktar sig till, vilka som är regelns *adressater*, beror på framtida händelser. Teoretiskt kan det

tänkas, att regeln i hittegodslagen aldrig får någon adressat, nämligen om ingen någonsin hittar något. Regelns handlingsmönster passar till ett i princip obestämt och obegränsat antal tillfällen. Vad beträffar handlingsregelns existens i tiden, antages denna vara kontinuerlig och oberoende av om den i regeln förutsatta situationen inträffar. Hela lagen om hittegods antages "existera" jämnt och oavbrutet från tidpunkten för lagens ikraftträdande till tidpunkten för dess upphörande. Slutligen refererar handlingsregeln inte till någon enstaka bestämd plats. Den antages hänföra sig till hela det svenska territoriet, och dess handlingsmönster är inte bundet till någon bestämd plats inom detta territorium.

Den begreppsliga skillnaden mellan rättsliga handlingsregler och befallningar skall naturligtvis inte överdrivas. Man kan tänka sig befallningar av flera slag, och även befallningar kan vara generella i vissa avseenden.<sup>1</sup> Men vår uppgift är att bilda oss klara föreställningar om vad rättsreglerna är, och jämförelsen med den enkla befallningen gjordes för att de rättsliga handlingsreglernas egenskaper skulle framträda i en skarpare belysning.

I den vanliga betydelsen av ordet regel ligger, att en regel är generell. Vare sig rättsregler är handlingsregler eller ej, är de följaktligen, om man fattar ordet regel på det vanliga sättet, generella. Även moralens regler är generella. Budordet "Du skall icke stjäla" har formen av ett imperativ till envar.

Om man jämför den logiska strukturen hos de rättsliga handlingsreglerna och hos normerna i vår allmänna moralkodex, märker man, att de flesta rättsregler företer ett drag, som skiljer dem klart från de moraliska normerna. Handlingsmönstren i rättsreglerna är merendels försedda med sådana begränsningar att de aktualiseras blott i *speciella situationer*. Den citerade regeln i hittegodslagen påbjuder ett handlande, en anmälan, endast för det fall att en person "något hittar". Handlingsmönstret är alltså villkorat, och följaktligen kan begränsningen av dess tillämplighet uttryckas med *en konditionalsats*: Om någon hittar något, skall han anmäla fyndet.

Förekomsten av villkor i rättsreglerna har sin naturliga förklaring. Sådana rättsregler som kräver ett positivt handlande måste vara begränsade av villkor, om de skall kunna efterföljas utan att leda till orimliga konsekvenser. Att fordra ett ständigt handlande av ett bestämt slag av en eller flera människor skulle vara orimligt och säkerligen också onyttigt. En rättslig handlingsregel måste alltså av praktiska skäl hänföra sig till en speciell situation. Det är situationens beskaffenhet, som har ansetts påfordra det handlande som regeln föreskriver. *Rättsregler av typen påbud är följaktligen i princip alltid konditionala, hypotetiska.*

I rättsregler med karaktär av förbud är det föreskrivna beteendet en underlåtenhet. Vare sig det uttalas eller ej, är sådana rättsregler i realiteten begränsade till vissa situationer, åtminstone till sådana situationer där den förbjudna handlingen överhuvudtaget är möjlig att utföra, och ofta är deras referensfält ännu

mera kringskuret. Ibland saknar begränsningen praktisk betydelse, eftersom rättsregeln är obehövlig i de situationer där det förbjudna handlandet ligger utanför möjlighetens gränser.

En terminologisk anmärkning bör skjutas in här. Rättsregler, som direkt föreskriver ett mänskligt beteende, kan ha positivt eller negativt innehåll. De kan påbjuda eller förbjuda ett visst handlande. Självfallet bjuder det emot att kalla en rättsregel med karaktär av förbud för en handlingsregel. Syftet bakom regeln är ju att förmå till passivitet, icke till handling. För bekvämlighetens skull kan man naturligtvis inte desto mindre bestämma sig för att använda termen handlingsregel om både påbud och förbud. Visserligen föreligger ofta inte något behov av att markera, att ett uttalande rör både påbud och förbud, och då följer väl ingen olägenhet av att använda termen handlingsregel. Men när det undantagsvis föreligger ett sådant behov, synes termen *förhållningsregel* vara bättre, eftersom såväl handlande som underlåtenhet är ett sätt att "förhålla sig". Det hade följaktligen varit mera adekvat att som rubrik på denna avdelning sätta "Rättsliga förhållningsregler".

Vi har nyss funnit, att en regel, som föreskriver ett konkret sätt att förhålla sig och inte blott en viss inställning eller ett visst sinnelag, såsom fallet är med vissa moralbud, av naturliga skäl måste vara villkorad, hypotetisk. Därför kunde man kanske vänta sig att träffa på många konditionalsatser i den skrivna rätten, i lagarnas bestämmelser. Konditionalsatsens uppgift är ju just att uttrycka ett villkor. Det är också vanligt men likväl inte någon allmän regel, att rättsreglernas rekvisit är angivna i *konditionalsatser*. I många straffbud lämnas brottsbeskrivningen i en konditionalsats, så tex i brottsbalken 8:9: "Rubbar man olovligen annans besittning för att själv taga sig rätt, dömes . . ." Att sådana villkorsatser knappast är dominerande i lagtexterna, förklaras av att det finns många andra, ofta mycket enklare sätt att beskära handlingsmönstrets referensområde i en handlingsregel. Härtill kommer, att många begränsningar är så självklara att de kan *utelämnas* i lagtexten. En sällan använd form är *temporalsatsen*, som dock är generellt möjlig, eftersom dess betydelse kan vara blandat temporal och konditional. Jämför den gamla regeln i byggningsbalken 11 kap 4 §: "Då tjäle är ur jord, skola svin ringade vara." Ett vanligare sätt att förse en rättsregel med villkor är *inskränkande bestämmingar i den sats som innehåller handlingsmönstret*. I en trafikföreskrift kan stå, att "förare av fordon" skall handla på visst sätt. Detta uttryck är likvärdigt med "om någon för ett fordon", skall han handla på visst sätt. Den inskränkande bestämningen kan lika gärna uppträda som en *relativsats*: "Den som för ett fordon" skall handla på visst sätt. Sådana relativsatser med konditional funktion är ganska vanliga i lagtexter ("Den som olovligen tager vad annan tillhör", "Den som medelst vilseledande förmår någon till handling eller underlåtenhet -- --", "Den som åberopar falsk urkund"). Då villkoren i en rättsregel ofta är underförstådda eller uttryckta med satsdelar i

stället för en hel bisats, kan det hända, att man inte märker alla villkor i ett lagstadgande förrän efter en stunds noggrann eftertanke. Villkoren visar sig ofta vara flera än man tror. Som en övning i att upptäcka "dolda" villkor i en rättsregel kan man förslagsvis analysera Ärvdabalken 2:1 första stycket, som endast består av en huvudsats: "Närmaste arvingar på grund av skyldskap äro arvlåtarens avkomlingar (*bröstarvingar*).” Här finnes alltså ingen villkorssats, men meningen måste ju vara, att *om* en person har avlidit och *om* han efterlämnar avkomlingar och *om* kvarlåtenskap finnes efter honom, skall den tillfalla hans avkomlingar och icke några fjärmare anförvanter. (Stadgandet är icke någon handlingsregel utan en kvalifikationsregel, varom mera nedan.)

Villkoren (betingelserna, förutsättningarna) i en rättsregel omtalas ofta under beteckningen rekvisit, en term som har blivit särskilt inarbetad i straffrätten. *Handlingsregelns* två huvudbeståndsdelar kan man alltså kalla *rekvisit* och *handlingsmönster*. Rekvisitet är en språklig bild av omständigheter, en mänsklig situation. Beskaffenheten av denna situation växlar starkt mellan olika rättsregler. Handlingsmönstret är en språklig bild av ett mänskligt handlande eller, om man vill inbegripa även "negativa handlingsmönster", en språklig bild av ett mänskligt beteende, ett förhållningssätt.

Både rekvisitet och handlingsmönstret i en handlingsregel är psykiska fenomen, allmänföreställningar. I verkligheten förekommer alltsomoftast sakförhållanden, som motsvarar dessa föreställningar. Det händer, att en person hittar en sak, och det händer, att han i sådant fall utan oskäligt dröjsmål anmäler fyndet för polismyndigheten. De sakförhållanden, som motsvarar rekvisitet i en rättsregel och som alltså tillsammantagna kommer handlingsmönstret att te sig som ett aktuellt imperativ, kallas *rättsfakta*. Man kan sålunda i korthet definiera ett rättsfaktum som *ett faktum, vilket ensamt eller i förening med andra fakta motsvarar rekvisitet i en rättsregel (och alltså gör rättsregeln tillämplig)*.

Med den nu gjorda beskrivningen av den rättsliga handlingsregeln kan det synas, som om handlingsregeln refererade till faktiska förhållanden i tvenne riktningar, i det att rekvisitet avbildar en situation, karakteriserad av vissa faktiska omständigheter, och handlingsmönstret ett handlande, alltså ett slags faktiskt skeende med en inre och en yttre sida, en psykisk process med fysiska verkningar. Detta låter sig emellertid inte sägas utan viktiga reservationer. *I rekvisiten förekommer mycket ofta juridiska termer*, som inte själva ger några direkta beskrivningar av rättsfakta och vilkas innebörd bestämmes i andra regler. Ett av de alternativa rekvisiten för svenskt medborgarskap hos ett barn är, att "fadern är svensk medborgare och gift med barnets moder". Huruvida fadern har dessa egenskaper, avgöres av regler om medborgarskap och äktenskap, ja, t o m existensen av "faderskapet" är grundad på rättsregler. Likaså förekommer ofta i rekvisiten normativa termer, som gör, att man inte kan se en kongruens mellan en faktisk situation och regelns rekvisit utan att anlägga ett värderande

betraktelsesätt på situationen. Om en kroppsskada är ”svår”, om en sjukdom är ”allvarlig” och om en visad hänsynslöshet eller råhet är ”synnerlig”, kan inte avgöras enbart genom iakttagande av fakta. Egna eller andras känslor måste dragas in för att möjliggöra en bedömning. Även handlingsmönstrets eller kanske snarare det påbjudna handlandets innebörd kan vara bestämd av andra rättsregler.<sup>2</sup> Det torde to m vara sällsynt, att det påbjudna handlandet är *ett handlande i naturlig mening*, vars innebörd är oberoende av rättssystemets innehåll. Som ett handlande av denna enkla typ torde man kunna betrakta möte eller omkörning på en väg. Att mötas till höger och att köra om till vänster är handlingar eller handlingssätt utan några normativt betingade egenskaper. Oftast är det dock icke handlingar av detta enkla, naturligt bestämda slag, som rättsreglerna föreskriver, utan det är *handlingar med symbolisk betydelse*. Betraktade såsom naturliga fenomen kan sådana handlingar vara betydelselösa, och det ur social synpunkt väsentliga är det som handlingarna anses symbolisera, alltså det som tänkes ske som en följd av handlingarnas utförande. Hos många handlingar är den sociala betydelsen bestämd av den positiva rättens regler. Olika typer av dylika handlingar kommer att beröras i det följande, och här skall endast givas en antydning om deras karaktär. Som exempel kan man välja betalning. De handlingsregler som påbjuder betalning av ett penningbelopp är ju mycket talrika. Man behöver bara nämna skadeståndsregler. En betalning mellan två män på en flotta i oceanen skulle vara en meningslöshet, om inte männen hoppades att bli räddade och återbördade till ett mänskligt samhälle, där betalningshandlingen har rättslig betydelse. Betalning är en symbolisk handling och detta i dubbel bemärkelse. Handlingen vid kontant betalning symboliserar ett överförande av äganderätten till vissa slags pappers- eller metallstycken, och dessa föremål symboliserar de kvantiteter av tänkta betalningsenheter som är angivna på föremålen med siffror eller bokstäver. För att en kontant betalning skall vara en betalning, måste rättsordningen alltså innehålla regler om överförande av äganderätt till lösa saker och regler om vilka slags saker som utgör betalningsmedel. Betalningen är en rättshandling. På liknande sätt förhåller det sig med det handlande som försiggår under ett kortspel. När en deltagare under spelets gång lägger ut ett kort på bordet, gör han i de spelandes ögon något mer, något som betingas av det utspelade kortets valör. Han sätter ett bestämt knippe av spelregler i funktion, reellt eller potentiellt. Att spela ut hjärter kung i ett spel är något mer än att lägga ett illustrerat kort på bordet, och vad det är beror på spelreglerna. Att betala 100 kronor är något mer än att räkka över ett stycke papper med påtryckta bokstäver och siffror, och vad det är beror på de regler som gör en betalning till en betalning.

Om man ser närmare på den stora kategorien av domsregler,<sup>3</sup> d v s regler för hur en domstol skall döma i ett mål eller besluta i ett ärende, visar det sig, att domaren utför ett symboliskt handlande, när han dömer eller beslutar. Om en



privatperson i yttre mening utför samma handling som domaren, blir det inte samma handlande i "juridisk" mening, emedan man inte lägger in samma symboliska innebörd i handlandet. Domaren måste uttala eller skriva vissa ord, men detta är inte kärnan i hans handlande, ty orden får sin särskilda "betydelse" i följd av en mängd rättsregler, en "betydelse" som samma ord saknar, när de uttalas eller skrives av en person vem som helst. När en domstol "dömer till äktenskapsskillnad mellan X och Y", dvs i ett visst sammanhang och i en viss ordning skriver frasen "rätten dömer till äktenskapsskillnad mellan X och Y", får frasen alltså sin "mening" av de rättsregler som till detta handlande knyter den (villkorliga) rättsliga effekten att äktenskapet mellan X och Y upplöses. Denna rättsliga effekt får sin sociala betydelse genom andra regler, i vilka äktenskapsskillnad ingår som rekvisit, bland dem regler om bodelning, för att endast nämna en grupp av sådana regler.

Att en dom på äktenskapsskillnad är ett symboliskt handlande, inses ganska lätt. Den är ju till sitt innehåll motsatsen till en vigsel, som också är ett symboliskt handlande. Det faller icke lika fort i ögonen, att en dom i form av ett handlingsimperativ till svaranden också får sin karaktär av rättsregler. Om domstolen ålägger svaranden att riva en byggnad, är det visserligen en åtgärd i verklighetens värld, som svaranden skall vidtaga. Men domstolens handlande, domen, är inte blott och bart en tillsägelse att riva huset. Tillsägelsen är rättsligt kvalificerad av regler, som gör den till en "dom", och såsom "dom" får den sin mening av andra rättsregler, däribland sådana som tillägger domen egenskapen att vara en exekutionstitel. Domen är "rättsfaktum" för exekutionsregler. När man äntligen kommer fram till exekutionshandlingen, skulle man kanske kunna tro, att denna är en naturlig handling, en rättsordningens sista utväg med karaktär av fysiskt tvång, och ingenting annat. Ack nej. Också den exekutiva åtgärden, tex uttagandet av en lös sak, är rättsligt kvalificerad och får sin betydelse av rättsregler. När utmätningssmannen tager saken från svaranden och flyttar den till kändanden, är detta inte bara en förflyttning av saken i rumsligt avseende. Enligt besittningsreglerna kommer saken i kändandens besittning, och på grund av exekutionsreglerna är det en lovlig besittningsrubbnig, varigenom kändanden får besittningsskydd mot svaranden, som sedan inte kan återtaga saken utan att begå olovligt tillgrepp. Att hindra förrättningen är också straffbart.

Konklusionen av dessa resonemang blir följande. Om man till rättsliga handlingsregler hänför inte bara sådant som enkla trafikregler utan också civilrättens handlingsregler och liknande rättsregler, bör man göra klart för sig, att handlingarna oftast är symboliska handlingar, som måste ses i belysning av andra regler för att bli riktigt tolkade. Mellan handlande i fysisk mening och rättsligt skeende pågår enligt juridisk betraktelsesätt ett ständigt växelspel. Detta beror på beskaffenheten av rättssystemet, på de invecklade sammanhangen

mellan systemets olika delar.

Beträffande arten av det handlande som påbjudes i rättsliga handlingsregler skulle mycket kunna tilläggas utöver det som har sagts om handlingar med symbolisk innebörd. Innebörden i en handlingsregel behöver inte vara, *att* en handling skall utföras. Den kan t ex också vara, att *om* en handling utföres, skall detta ske på ett *bestämt sätt*. Huvudregeln om omkörning i vägtrafikkungörelsen säger inte, att en omkörning under vissa omständigheter skall ske, utan den säger, att om en omkörning göres skall den göras på vänster sida om det andra fordonet. En regel av denna typ kan kallas för en *modal handlingsregel*. Också kombinationer är tänkbara, i det att en handlingsregel kan bestämma, dels att en handling skall utföras och dels att den skall utföras på ett särskilt sätt. En modal handlingsregel har formen av ett påbud men kan också tolkas som ett indirekt uttryck för ett förbud. Påbudet om att en omkörning skall göras på vänster sida om det andra fordonet betyder ju detsamma som ett förbud mot att köra om på den högra sidan.

Ännu några ord bör sägas om de rättsliga förhållningsreglernas språkliga form. Det påpekades nyss, att rekvisitet kan uttryckas på flera sätt, ej endast med en konditionalsats. Vad angår regelns imperativiska del, handlingsmönstret, borde verbets imperativform i och för sig kunna användas, men detta är oförenligt med språkbruket i lagtexterna. Visserligen skulle man kunna skriva t ex "Om du hittar något, anmäl genast fyndet hos polismyndighet!", men subjektet i lagregler är alltid tredje person, och då passar inte verbets imperativform, där det tänkta subjektet är andra person. I stället brukas ofta det modala hjälp verbet skola med imperativisk betydelse (ty sollen), som ej får förväxlas med det temporala hjälp verbet skola, som uttrycker futurum (ty werden). "Var som något hittar skall utan oskäligt dröjsmål anmäla fyndet hos polismyndighet." Ett uttryckssätt med gammal hävd i lagspråk är konjunktiv. "Bygger någon annan till men; rive det upp, då han varder därom tillsagd. Gör han det ej; böte tre daler, och gälde skadan åter, då däröver klagas å tinget" (BB 2:2). I modern lagtext förekommer ej sällan indikativ i imperativisk betydelse. "Barns födelse anmäles till pastorsämbetet — — —."

I fråga om förhållningsreglernas språkliga form bör observeras, att en lagregel kan se ut som en förhållningsregel utan att vara en egentlig sådan. Sålunda kan verbet skola förekomma i ett lagbud, utan att detta uttrycker en handlingsregel i betydelsen av ett kategoriskt påbud. Om en rättsregel säger, att överlåtelse av fast egendom *skall* göras skriftligen med vittnen, är det ingen handlingsregel i egentlig mening. Den ålägger inte någon att överlåta fast egendom. Vad den utsäger är, att en giltig överlåtelse av fast egendom icke uppstår, om icke förklaringen härom avfattas skriftligen och med vittnen. Regeln anger alltså ett par förutsättningar för uppkomsten av en rättslig effekt, en giltig överlåtelse av fast egendom. Den är en beståndsdel av en mera omfattande regel av ett spe-

ciellt slag, vilken kan kallas en kvalifikationsregel (se nedan § 12). Ett liknande exempel är bestämmelsen om formkravet vid arvskifte: "Över arvskifte skall upprättas handling, som underskrives av delägarna med vittnen" (ÄB 23:4). Dylika lagbud, vilka på ett indifferent sätt uppställer villkor för att ett visst rättsligt resultat skall uppnås, är snarare "bruksanvisningar" än handlingsregler. Hit hör även bestämmelser om "reklamationsplikt", t ex köplagen 52 §. Man är ju inte "skyldig" att reklamera i den meningen att lagen påbjuder reklamation.

Ytterligare bör uppmärksammas, att en rättslig handlingsregel kan vara uttryckt på ett indirekt sätt i en lagtext genom användning av någon term, som betecknar handlingspliktens motsida, rätten för någon, som har fördel av handlingen. I GB 9:2 stadgas: "Makar äge ock vinna boskillnad, när de äro ense därom." Detta stadgande innesluter en handlingsregel för vederbörande domstol: "Om makar gemensamt ansöker därom, *skall* rätten döma till boskillnad mellan dem." Stadgandet hör till en heterogen grupp av regler, vilka kan kallas regler om rättigheter eller rättighetsregler (se nedan § 17).

I förbudsregler undviks i regel verbet skola. Att någonting "inte skall" göras utesluter nämligen inte alltid, att man får göra det (motsatsen gäller om betydelsen av tyskans *soll nicht* och *muss nicht* samt engelskans *must not*). I stället användes ofta verbet må med negation, i lagar från de senaste åren verbet få med negation. Även andra uttryck förekommer, t ex "vare förbjudet" eller "är förbjudet". Utan negation förekommer verben må och få i sk tillåtande regler (permissiver), vilka i allmänhet kan uppfattas som undantag från förbudsregler och alltså som beståndsdelar av sådana (se nedan s 112). Tillåtande regler behandlas inte som någon självständig regeltyp i denna bok. Om både "må" och "få" gäller, att de är tvetydiga i lagtexter, eftersom de omväxlande med tillåtelse betecknar rättslig kompetens (stundom båda delarna) samt i förening med negation omväxlande förbud och frånvaro av rättslig kompetens. När det föreskrives, att underårig ej må avsäga sig arv (ÄB 17:2), utsäger detta icke något förbud för underårig mot att avsäga sig arv. Stadgandets verkliga innebörd är, att om underårig avsäger sig arv är avsägelsen utan rättslig verkan, vilket också kan uttryckas så, att underårig saknar rättslig kompetens (behörighet) att avsäga sig arv. Sedan några år är verbet må utmönstrat ur lagspråket, och som ersättning användes verbet få även för att uttrycka rättslig kompetens, vilket stridet mot verbets betydelse i vanligt språkbruk.<sup>4</sup> En utmärkt reform av lagspråket skulle ha varit att reservera verbet må för att uttrycka rättslig kompetens och verbet få för att uttrycka tillåtelse (respektive "icke få" för att uttrycka förbud).

## § 11. Handlingsreglernas adressater

För att en befallning skall få den önskade effekten, måste det finnas någon, som mottager befallningen. Hos befallningsgivaren finnes också regelmässigt en avsikt att påverka en eller flera bestämda personer till det önskade handlandet. Ofta behöver befallningsmottagaren inte utpekas. Han kan vara den ende, som uppfattar befallningen, och han är kanske också medveten om detta. Om så behöves, kan befallningsgivaren nämna mottagaren vid namn eller visa med en handrörelse, vem han vänder sig till. Den åsyftade befallningsmottagaren kan man kalla *befallningens adressat*.

För att en rättslig handlingsregel skall fungera i det slags situation som regeln förutsätter, bör det naturligtvis framgå av regeln, vem som skall utföra den anbefallda handlingen. Denna person kan vanligtvis angivas in abstracto i regeln tack vare att han intager en bestämd plats i den förutsatta situationen. Den som enligt 1 § i lagen om hittegods skall anmäla ett fynd till polisen är upphittaren själv. Genom att det är han, som har hittat saken, blir han genom lagregeln automatiskt utpekad såsom den som skall göra anmälningen. Den sålunda in concreto utpekade personen kan man lämpligen beteckna som *handlingsregelns adressat*. Om man frågar efter handlingsregelns adressat in abstracto, blir adressaten (eller adressaterna) en hypotetiskt bestämd grupp av personer, nämligen alla nuvarande och framtida upphittare (med den tidsbegränsning som kan ligga i att regeln kan bli upphävd).

När det gäller att bestämma adressaterna hos olika typer av rättsregler, går meningarna stundom isär, och dessutom tyckes det råda en anmärkningsvärd oklarhet. I och för sig skulle detta kunna bero på svårigheterna att fixera innehållet i somliga rättsregler, men förklaringen kan också tänkas ligga i att man inte har nått full enighet om hur *begreppet adressat* skall bestämmas. Till vem vänder sig stöldparagrafen i brottsbalken? Den som umgås med planer på att föröva stöld hotas genom denna paragraf med straff och är alltså i viss mening den som paragrafen vädjar till. Enligt somliga uttolkare av paragrafen "implicerar" den ett förbud mot stöld, alltså budet "Du skall icke stjäla", och därmed skulle alla och envar framstå som bestämmelsens adressater. Om man frågar sig, vem som skall utföra den handling som stöldparagrafen efter ordalagen påbjuder, nämligen bestraffningen för stöld, måste svaret dock bli domstolen. Bestämmelsen innehåller en strafflatitud, och den som skall bestämma straffet inom latituden är domstolen. Detta är i varje fall den tolkning som ur funktionell synpunkt har de starkaste skälen för sig. Att den måhända icke är riktig ur ideologisk och språkhistorisk synpunkt är en annan sak. Slutsatsen skulle alltså kunna bli, att bestämmelsen har dubbla adressater, gemene man och domstolen.

Mot detta sätt att resonera skall här riktas två invändningar. Den första är, att man bör hålla isär regeln "Du skall icke stjäla" från regeln "Den som stjäla skall av domstolen dömas till straff". Stöldparagrafen är ett omedelbart uttryck endast för den senare regeln. Varför dessa två regler bör hållas isär, skall förklaras i det följande. Den andra invändningen är, att man inte bör använda ordet adressat i mer än en betydelse, om ordet skall vara ett medel för att precisera rättsreglernas innehåll samt göra distinktioner mellan olika typer av rättsregler. Att uppmana en person att flytta på sig är en sak, och att hota honom med stryk, om han inte flyttar på sig, är en annan sak, ehuru uppmaningen och hotet naturligtvis kan kombineras. För domaren ter sig stöldparagrafen som en uppmaning, för den potentielle tjuven konstituerar den ett hot. Vilkendera som man vill betrakta som paragrafens adressat, är en fråga om hur man vill bestämma begreppet adressat. Ovan bestämdes adressaten såsom den, som skall utföra den i rättsregeln anbefallda handlingen, alltså handla i enlighet med rättsregelns handlingsmönster. Med utgångspunkt i denna definition måste vi säga, att det är domaren och endast han, icke den potentielle tjuven, som är stöldparagrafens adressat. För att definitionen skall täcka både påbud och förbud, kan man säga, att *adressaten* i en förhållningsregel är *den person som skall utföra den i rättsregeln påbudna handlingen respektive underlåta den i rättsregeln förbjudna handlingen*. Adressater i denna mening kan finnas endast till förhållningsregler och icke till andra typer av rättsregler, vilka skall granskas i fortsättningen, nämligen kvalifikationsregler, kompetensregler och rättighetsregler, men icke desto mindre får det nu bestämda adressatbegreppet stor betydelse, när man skall fastställa innebörden och funktionen hos dessa andra kategorier av rättsregler.

De adressatgrupper som rättsreglerna vänder sig till är naturligtvis otaliga, och att systematisera rättsordningen med adressatbegreppet som enda indelningsgrund skulle vara opraktiskt och oförnuftigt. De många adressatgrupperna kan emellertid sammanföras till två huvudgrupper, vilka synes vara väl ägnade för en huvudindelning av rättsreglerna. Den ena gruppen är människor i allmänhet utan hänsyn till om de intager någon plats i den statliga eller kommunala organisationen. Den andra gruppen är personer med sådan offentligrättslig ställning. Den första gruppen kan man kalla medborgare eller kanske hellre *privatpersoner*. Någon användbar sammanfattande benämning på den andra gruppen finnes inte i vanligt juridiskt språk. En numerärt obetydlig del men samtidigt den kanske viktigaste delen av denna stora grupp är domarkåren. I den allmänna rättsläran, där resonemangen föres på ett principiellt plan, kan det därför anses vara försvarligt att beteckna hela gruppen som *domare* i syfte att få en kort och bekväm beteckning. Så har t ex Alf Ross gjort.<sup>1</sup> Med avseende å *adressaterna* kan vi alltså, med den sålunda bestämda terminologien, skilja mellan två stora huvudgrupper av rättsliga handlingsregler, nämligen *regler för*

*privatpersoner* och *regler för domare*.<sup>2</sup> Med den senare benämningen avses naturligtvis endast regler som gäller "domare" i denna deras egenskap. En människa, som är "domare", är ju alltid också en privatperson och som sådan underkastad reglerna för privatpersoner, åtminstone i ett samhälle sådant som vårt eget.

Med den förut gjorda definitionen av begreppet adressat bör det inte vara svårt att skilja mellan dessa båda grupper av rättsliga handlingsregler. Många lagbestämmelser är emellertid inte skrivna som handlingsregler, och många oskrivna rättsregler brukar heller inte formuleras som handlingsregler. Även dessa regler måste naturligtvis i någon mening vända sig till endera eller båda grupperna, men denna fråga är komplicerad. Det är mycket vanligt, att man inte ägnar distinktionen mellan regler för enskilda och regler för domare någon egentlig uppmärksamhet. Ofta tänker man mera på den traditionella indelningen av rättssystemet i offentlig rätt och privaträtt, men den har knappast någonting gemensamt med skillnaden mellan regler för privatpersoner och regler för domare.

Förmodligen har många jurister icke reflekterat djupare över spörsmålet, huruvida och i vad mån en sådan lag som lagen om köp och byte av lös egendom består av regler för privatpersoner eller regler för domstolarna. Å ena sidan är det klart, att säljare och köpare får anvisningar genom lagen, men å andra sidan är det också klart, att domstolarna lägger köplagen till grund för avgörandet av tvister mellan säljare och köpare. Är det måhända så, att somliga bestämmelser i köplagen har säljare eller köpare till adressat och att andra riktar sig till domstolarna? Ingalunda. Det vanliga är tvärtom, att en bestämmelse i köplagen på något sätt är en gemensam normkälla såväl för endera parten i ett köpeavtal som för domstolen.

Det som nu har sagts om köplagen kan i mycket stor utsträckning generaliseras. Det gäller i stort sett om hela civilrätten och även om vissa andra delar av rättssystemet. Betyder detta, att det trots allt finns många rättsregler med dubbla adressater, alltså med såväl privatpersonen som domaren såsom adressat? Nej, inte om man använder termen adressat i den nyss accepterade betydelsen. Förklaringen är att söka i den särskilda beskaftenheten hos de rättsregler varom fråga är, och härtill blir det anledning att återkomma på ett senare stadium i framställningen.

Om vi återgår till de rättsliga handlingsreglerna, kan vi som sagt dela upp dem i två huvudgrupper, regler för privatpersoner och regler för domare. Det måste här anmärkas, att det inte rör sig om en enkel koordination av två slags regler. Det är visserligen så, att man kan tala om *skilda* regler, men samtidigt råder det ett innehållsmässigt och funktionellt *sammanhang* mellan de två grupperna av regler. Dessa båda förhållanden skall belysas med ett exempel.

I vägtrafikkungörelsen 1972 finnes en bestämmelse, som ålägger en cyklande

person att hålla båda fötterna på pedalerna samt åtminstone ena handen på styret, nämligen 126 §. I en annan bestämmelse i samma förordning, 164 §, står, att den som bryter mot 126 § skall straffas med böter.

För cyklisten är det naturligtvis av betydelse att känna till båda bestämmelserna, den första för att han skall kunna handla lagenligt och den andra för att han skall få klart för sig, vad han riskerar, om han icke handlar lagenligt. Även en domare måste i förekommande fall känna till båda bestämmelserna, eftersom han måste läsa den förra för att kunna veta, när den andra är tillämplig. Det ser tomt ut, som om innehållet i 126 § icke vore självständigt utan utgjorde en beståndsdel av 164 §. Hänvisningen i det senare författningsrummet till det förra är emellertid inte någon nödvändighet utan endast ett formuleringstekniskt sätt att förkorta lydelsen av 164 §. I själva verket har man framför sig två skilda regler. Detta blir klart, om man skriver ut båda reglerna som rekvisit och handlingsmönster utan att begagna någon hänvisningsteknik:

1. Om någon cyklar, skall han hålla båda fötterna på pedalerna etc.
2. Om någon har cyklat utan att hålla båda fötterna på pedalerna, skall domaren döma honom till böter.

Vid en jämförelse mellan dessa båda regler finner man, att reglerna dels refererar till olika situationer och dels innehåller olika handlingsmönster.

Vad först angår rekvisiten, gäller regeln för privatpersonen det fall att en person cyklar. Regeln för domaren hänför sig i själva verket inte till denna situation utan till en annan. Formuleringen här ovan av regeln för domaren är nämligen mycket ofullständig och otillfredsställande. Om man skulle giva ett fullt riktigt uttryck åt regeln för domaren, måste man skriva ofantligt mycket mera, ja, det bleve en hel bok. Sagt i största korthet består situationen i att vederbörande domstol i *en rättegång* har funnit den tilltalade övertygad om att ha cyklat utan att ha hållit båda fötterna på pedalerna.<sup>3</sup>

Om man sedan jämför handlingsmönstren, ser man genast motsvarande skillnader. Handlandet är i det förra fallet att hålla fötterna på pedalerna vid cykling och i det senare fallet att såsom domare meddela en dom på böter.

Ett intressantare spørsmål än skillnaderna mellan de båda reglerna är *sammanhanget* mellan dem. Det *funktionella* sammanhanget är uppenbart. Regeln för domaren är en sanktionsregel med uppgift att förmå cyklister att rätta sig efter den till dem riktade handlingsregeln och att sålunda göra denna effektiv. Det *inhållsmässiga* sammanhanget mellan de båda reglerna är icke lika uppenbart, men det finnes. I regeln för domaren förekommer cykling icke i handlingsmönstret men väl i rekvisitet, och här har man alltså att söka något som är gemensamt med innehållet i regeln för cyklisten. Till rekvisitet i regeln för

domaren hör nämligen hans konstaterande av att någon har cyklat på ett sätt som avviker från handlingsmönstret i regeln för privatpersonen.

När två rättsregler står i denna relation till varandra, d v s när ett beteende, som utgör ett åsidosättande av den ena regeln, ingår som ett led i den andra regelns rekvisit och alltså bildar en förutsättning för en tillämpning av denna, säger man, att den förra regeln är *primär* och den senare *sekundär*.<sup>4</sup> Det materiella sammanhanget mellan de båda reglerna bevisas av att man från den sekundära regelns innehåll kan sluta sig till innehållet i den primära regeln. Rekvisitet i stöldbestämmelsen beskriver stöldhandlingen, och det är en enkel sak att konstruera den regel som är primär i förhållande till stöldbestämmelsen. Det motsatta beteendet till stöld är att icke stjäla. Alltså: Den primära regeln = Du skall icke stjäla. Däremot går det inte att göra en säker slutledning i den motsatta riktningen, ty den primära regeln säger själv ingenting om vad som skall ske, om den åsidosättes.

En vanlig missuppfattning av förhållandet mellan en primär och en sekundär regel är, att den primära regeln ingår i den sekundära regelns rekvisit. Den primära regelns handlingsmönster kan naturligtvis inte vara någon del av rekvisitet i den sekundära regeln. Ett rekvisit "uppfylles" inte av ett handlingsmönster utan endast av fakta, tex en verklig utförd handling. Det handlingssätt som beskrives i rekvisitet i den sekundära regeln är dessutom motsatt mot det som påbjudes i den primära regeln och utgör ett brott mot denna. En annan sak är, att detta motsatta handlingssätt inte behöver vara direkt beskrivet i den sekundära regeln, såsom det är tex i stöldparagrafen, utan kan vara angivet indirekt genom en hänvisning till en i lagtexten uttryckt primär regel, såsom ofta sker i specialstraffrätten, bla i den nyss nämnda 164 § i vägtrafikkungörelsen ("den som bryter mot").

Termerna primär och sekundär utmärker icke någon egenskap hos den enskilda rättsregeln såsom isolerad företeelse utan endast *en viss relation* mellan två rättsregler. Denna relation har nyss förklarats. Som följd av termernas betydelse finns det inte något logiskt hinder för att samma rättsregel kan vara både primär och sekundär. Brott mot en sekundär regel kan vara belagt med påföljd i en tredje regel, till vilken den sekundära regeln då är primär. Den tredje regeln är tydligen sekundär i förhållande till den regel som den närmast sanktionerar och tertiär i förhållande till "tätkarlen" i kolonnen av regler. Ett straffbud är sekundärt i förhållande till den regel som förbjuder det straffbelagda handlingen men primärt i förhållande till stadgandet om tjänsteförseelse i statstjänstemannalagen, vilket ju kan bli tillämpligt bla på en domare, som försummar att döma efter straffbuden. En serie av regler, vilka kopplas samman på detta sätt, kan i princip vara hur lång som helst. Önskemålen bakom lagstiftningen går naturligtvis ut på att den första regeln i serien skall åtlydas, så att de följande reglerna icke skall behöva användas. Denna första regel, "tätkarlen",



intager alltså en särställning i förhållande till de övriga. Med termen primär brukar man i allmänhet endast åsyfta just en sådan regel, som inte själv är sekundär i förhållande till någon annan.

Om man använder termen primär i sistnämnda inskränkta bemärkelse och även utvidgar termen sekundär till att omfatta alla andra rättsliga handlingsregler, får man en indelning av dessa regler, vilken kan se ut att sammanfalla med indelningen i regler för privatpersonen och regler för domaren. Överensstämmelsen är i själva verket ganska dålig. Enligt vanligt betraktelsesätt finns det nämligen handlingsregler för privatpersoner, vilka måste betecknas som sekundära. Till förbudet mot att olovligen rubba annans besittning till egendom ansluter sig en sekundär regel, som ålägger den som har brutit mot detta förbud att själv återställa besittningsläget. Till en mängd regler om skyldighet att ej orsaka skada för annan ansluter sig sekundära regler, som ålägger skadevällare att själva betala skadestånd. Skadeståndsregler brukar vara avfattade såsom regler med adress till privatpersoner. Om skadevällaren själv betalar fullt skadestånd, finnes icke något utrymme för ådömande av skadeståndspåföljd. De skadeståndsregler som domaren tillämpar förutsätter att skadevällaren icke har betalat "frivilligt". Dessa skadeståndsregler är alltså tertiära i förhållande till de vanligen outtalade regler som förbjuder skadeorsakande handlingar. En till privatpersonen riktad skadeståndsregel kan undantagsvis vara enbart primär, i det att den skadeorsakande handlingen betraktas såsom "tillåten" (vissa slag av "farlig verksamhet"). Vad beträffar reglerna för "domare", kan man bland dem finna många, som är enbart primära. En mängd interna förvaltningsföreskrifter har denna karaktär, eftersom de icke förutsätter, att någon har brutit mot en annan regel. Ett enkelt exempel är bestämmelser om hur fastighetsböcker skall föras.

Resultatet av dessa reflektioner över termerna primär och sekundär blir, att dessa termer har sitt berättigande såsom uttryck för en viss relation mellan två rättsregler men att de är mindre lämpliga såsom medel för en gruppindelning av de rättsliga förhållningsreglerna. En indelning efter reglernas adressater i regler för privatpersoner och regler för domare leder till en bättre och klarare systematik.

Vid en jämförelse mellan reglerna för privatpersoner och reglerna för domare framträder flera olikheter. Den förra gruppen får uppenbarligen en väsentlig del av sin effektivitet från den senare. Hur skulle det gå med laglydnaden, om straffrättsskipningen inställdes? Det faktiska rättstillståndet, den relativa freden i samhället, är i hög grad ett resultat av statsorganisationens kontinuerliga verksamhet under en lång tidsrymd. De regler som konstituerar statsorganisationen bildar stommen i rättsordningen, och det är lojaliteten hos domstolar och myndigheter, som skänker hela rättsordningen dess genomslagskraft. Framgången i domstolars och myndigheters verksamhet är dock mycket ofullständig,

och det är en alldaglig erfarenhet, att många rättsregler för privatpersoner nonchaleras i stor utsträckning, både medvetet och omedvetet. Vilken kategori av personer är mest angelägen om att följa skattelagarna, deklaranterna eller taxeringstjänstemännen?

Skillnaden i effektivitet mellan de två grupperna av rättsliga handlingsregler har spelat en viss roll i den vetenskapliga analysen av begreppet gällande rätt. Moderna strävanden efter realism inom rättsvetenskapen har bland annat tagit sig uttryck i en identifiering av rättsreglernas giltighet med sociala fakta. Man har sökt efter ett verklighetsunderlag till den metafysiska giltighetsföreställningen. Om man anser, att verklighetsunderlaget till idén om en regels giltighet är regelns effektivitet, dvs det förhållande att människor alltid eller nästan alltid följer regeln, måste man finna en skillnad i "giltighet" mellan reglerna för privatpersoner och reglerna för domare. Så gör *Alf Ross*. Han sträcker sig t o m så långt, att han inte vill betrakta regler för privatpersoner som rättsregler.<sup>5</sup> För Ross är det endast regler för domaren, som är rättsregler, och skälet är, att endast dessa regler är verkligt effektiva, att endast dessa regler efterlevs med så hög frekvens att de kan betraktas som gällande i realistisk mening. Så här skriver Ross: "... de *retlige fænomener som normernes reale modstykke må være retsanvendelsen ved domstolene*. Det er her den effektivitet må søges der definerer rettens gælden."<sup>6</sup> – "Det må, i modstrid med tilvante forestillinger, fastholdes, at retten normerer domstolenes, icke borgernes handlemåde. Den effektivitet der betinges normens gælden kan derfor alene søges i retsanvendelsen, ikke i borgernes retsliv."<sup>7</sup> Om det måste antagas, att en viss lagbestämmelse icke innehåller något direktiv till domaren, anses den "som en blot moralisk-ideologisk udtalelse uden retlig relevans".<sup>8</sup> Om det tvärtom står klart, att en bestämmelse innehåller ett direktiv till domaren, är det överflödigt att därutöver giva den enskilde en anvisning om hur han skall förhålla sig. Anvisningen till den enskilde och direktivet till domaren är två sidor av samma sak.<sup>9</sup> "Straffelovens" regler säger ingenting om att det är förbjudet för medborgaren att mörda. De innehåller endast direktiv för domaren om hur han skall döma, när ett mord har förövats. Principiellt skulle alla rättsliga förhållningsregler kunna uttryckas som direktiv till domaren.<sup>10</sup> "Dette viser at den *egentlige retsnorm*, for så vidt forholdsnormerne angår, et et *direktiv til dommeren*, medens forskriften for den private blot er en heraf afledt uselvstendig og uegentlig retsnorm, betinget af den private interesse i at undgå visse reaktioner fra dommerens side."<sup>11</sup>

Denna Ross' teori om att endast rättsregler för domaren är rättsregler hör endast skenbart till spørsmålet om rättsreglernas adressater. Vad Ross menar är ju inte, att alla rättsregler – i ordets gängse betydelse – är riktade till domaren. Han menar, att endast regler riktade till domaren kan vara rättsregler, och han drager alltså en snävare gräns omkring begreppet rättsregel än som är vanligt. En konsekvens av hans sätt att bestämma begreppet rättsregel blir

naturligtvis, att alla "rättsregler" har domaren till adressat.

Grunden för Ross' teori är hans sätt att definiera rättsreglernas giltighet. Med ett annat sätt att uppfatta giltigheten kan man följaktligen komma till ett annat resultat. I andra kapitlet av denna framställning har den åsikten framförts, att rättsreglernas giltighet icke är något verkligt och att föreställningen om vissa reglers egenskap av gällande rätt är konventionell. Man skulle det just vara "tilvante föreställningar", som bestämmer, vilka regler som kallas rättsregler. Och det konventionella, det brukliga, är utan tvivel att till gällande rätt räkna även de genom lagstiftning skapade eller på domspraxis grundade regler som har privatpersoner till adressater. Om man uppfattar reglernas egenskap att vara gällande endast som en tänkt egenskap, kan det icke ligga något vetenskapligt fel i att ansluta sig till detta betraktelsesätt. Om man begreppsmässigt håller isär giltighet och effektivitet, behöver reglerna för privatpersoner icke betraktas såsom mindre "giltiga" än reglerna för domaren därför, att de medvetet nonchaleras i ofantligt större utsträckning än de senare. I vägtrafikkungörelsen finnes föreskrifter om hur vägtrafikanter skall uppträda. Finns det någon anledning att betrakta dessa regler som icke gällande eller som mindre giltiga än ansvarsbestämmelserna i samma kungörelse?

Om en handlingsregel skall vara fullständig, måste den uppenbarligen angiva sin adressat. Om predikatet i regelns huvudsats är ett transitivt verb i aktiv form, är adressaten lätt att finna, eftersom han är identisk med subjektet i satsen. Subjektet är ju den som skall utföra handlingen. "Var som något hittar skall utan oskäligt dröjsmål anmäla fyndet hos polismyndighet." Subjektet i huvudsatsen och även regelns adressat är "Var", dvs upphittaren. Om man sätter predikatsverbet i passiv form, blir det emellertid formellt möjligt att utelämna adressaten. Så sker också ofta i lagtexter. Det kan ändå vara lätt att se, vem som är adressat. I straffbud är det ju domstolen, ehuru den icke är nämnd i straffbuden. Men det är icke alltid så enkelt. När det stadgas, att "barns födelse anmäles till pastorsämbetet i födelsehemorten" (Folkbokföringsförordningen 1967 30 §), är det inte självklart, vem som är bestämmelsens adressat. Stadgandet åtföljes också av föreskrifter om vilka som i olika fall skall göra anmälningen. Om en handlingsregel i sin huvudsats har ett intransitivt verb som predikat, kan regelns adressat likaså vara utelämnad. I stadgandet "Tjur må icke under transport vara bunden endast vid nosring" är det naturligtvis inte tjuren, som är adressat. Det bätar föga att skriva lagar för tjurar. Vem är då adressaten? Därom upplyser stadgandet ingenting, och det gör ej heller den tillhörande straffbestämmelsen (KK 15/12 1944). Följden kan bli oklarhet om vem som skall åtalas, om stadgandet objektivt sett har överträtts.<sup>12</sup>

I de fall, där en handlingsregel är indirekt uttryckt genom att ett lagbud har utformats som en rättighetsregel, måste handlingsregelns adressat vara en an-

nan person än innehavaren av rättigheten. En på detta sätt given handlingsregel finnes i köplagen 41 §: ”Varder, efter det köparen kommit i konkurstillstånd, godset utgivet till konkursboet, och är ej köpeskillingen erlagd, äge säljaren kräva godset åter . . .”. Handlingsregeln innebär, att om säljaren under angivna omständigheter kräver godset åter, skall detta återbäras. Av vem? Man kan komma att tänka på köparen, men eftersom köparen är i konkurstillstånd, blir det inte han utan konkursförvaltaren, som skall återbära godset, och det är alltså denne, som är handlingsregelns adressat. (Eftersom konkursboet är ett tänkt rättssubjekt, som inte självt kan handla, kan det inte vara adressat enligt definitionen av detta begrepp på s 73 ovan). Om man håller fast vid den bestämning av begreppet adressat som gjordes i det föregående, är konkursförvaltaren även lagbudets adressat, såvida man överhuvudtaget vill tala om någon adressat till köplagen 41 §. Naturligtvis måste man också bygga en domsregel på detta stadgande, en regel, som under vissa förutsättningar ålägger domstol att på yrkande av säljaren förplikta köparens konkursbo att till säljaren återbära det köpta godset. I denna regel är det självfallet domstolen, som är adressaten.

## § 12. Kvalifikationsregler

I den föregående framställningen har på många ställen framskymtat, att förhållningsregler inte är den enda förekommande formen av rättsregler, i varje fall inte om man med rättsregler menar de språkliga satser som brukar betecknas såsom sådana. Om vi för enkelhetens skull alltså håller oss till lagreglerna, uppvisar dessa en förvillande mångfald av uppenbarelseformer. Om man lämnar förhållningsreglerna åsido och i stället söker efter rättsregler, som icke påbjuder eller förbjuder något handlande, står ett rikhaltigt material till förfogande, och inom detta material är variationerna stora. Det första steget får därför bli att för en granskning välja ut en någorlunda lätt urskiljbar typ av rättsregler, vilka icke är förhållningsregler.

I föräldrabalken 11:1 st 1 p 1 står numera: ”För barn som står under vårdnad av bägge föräldrarna äro föräldrarna förmyndare.” Bestämmelsen gäller även i det fall att föräldrarna inte är gifta med varandra. Beträffande vårdnaden om underårigt barn av gifta föräldrar säger föräldrabalken 6:1 st 1 följande: ”Barnet står från födelsen under vårdnad av bägge föräldrarna, om dessa äro gifta med varandra.” Tillsammans utsäger de två citerade bestämmelserna, att föräldrar, som är gifta med varandra, är förmyndare för sina underåriga barn. Från denna huvudregel gäller vissa undantag enligt andra bestämmelser i föräldrabalkens 6 och 11 kap. Eftersom huvudregeln i föräldrabalken 11:1 omfat-

tar även ogifta föräldrar, kan man uttrycka den så, att "vårdnadshavande föräldrar" till ett underårigt barn är förmyndare för barnet.

Före 1977 hade föräldrabalken 11:1 en enklare lydelse: "För underårigt barn i äktenskap vare föräldrarna förmyndare." Här anknöts förmynderskapet direkt till föräldraskapet och inte som i den nya lydelsen till egenskapen att ha vårdnaden om barnet. Den sakliga skillnaden är inte stor, men den äldre bestämmelsen är lättare att analysera. Den hänförde sig otvivelaktigt till en viss situation, och det bör vara möjligt att beskriva denna situation i en konditionalsats precis som man kan göra med den situation som förutsättes i en handlingsregel. Den sökta konditionalsatsen lyder: "Om två makar har ett underårigt barn ...". Återstoden av rättsregeln, alltså huvudsatsen, blir: "vare föräldrarna förmyndare för barnet!"

I den gamla 11:1 av föräldrabalken stod alltså "vare" (konjunktiv) och inte som i den nuvarande "äro" (indikativ). Den gamla verbformen svarade bättre mot innebörden hos bestämmelsen. Denna talade inte om, att föräldrarna *var* förmyndare för barnet. Bestämmelsen *gjorde* föräldrarna till förmyndare. Dess betydelse var imperativisk. Naturligtvis är detta också den verkliga innebörden hos den nya bestämmelsen. Den *gör* vårdnadshavande föräldrar till förmyndare för sina underåriga barn.

Det karakteristiska för en sådan rättsregel är uppenbarligen huvudsatsen. Rättsregeln är inte någon förhållningsregel. Den påbjuder eller förbjuder inte något handlande. Regeln ger i och för sig icke föräldrarna några anvisningar alls om hur de skall bete sig. Den innehåller inte något beteendemönster. Enligt vanligt tänkesätt (även bland jurister) blir föräldrarna på grund av bestämmelsen förmyndare för barnet, när detta födes, antingen de vill det eller ej och utan att de behöver göra något för att bli det. Den effekt som bestämmelsen anses ha till uppgift att framkalla anses inträda av sig själv, ipso iure eller ipsa lege, som det heter. Bestämmelsen ger föräldrarna egenskapen att vara förmyndare för sina barn.

Nu är det emellertid klart, att en människa inte kan få någon ny egenskap endast genom att en lagregel säger, att hon skall ha denna nya egenskap. Att påstå detta vore att tillskriva lagregeln en övernaturlig effekt. Den verkan som föräldrabalken 11:1 antages ha, dvs att göra vårdnadshavande föräldrar till förmyndare för sina underåriga barn, ligger alltså enbart på det föreställdas plan. Egenskapen att vara förmyndare är ideell liksom egenskapen att vara medborgare i en viss stat (se ovan s 40 f). Man kan kalla den för en "rättslig" egenskap eller kvalitet.

Den citerade bestämmelsen om vårdnadshavande föräldrars legala förmynderskap för underåriga barn saknar som sagt handlingsregelns ena beståndsdel, handlingsmönstret. Icke förty är bestämmelsen ett medel för inverkan på människors beteende. Den har en praktisk funktion. Att vårdnadshavande föräldrar

enligt bestämmelsen är förmyndare för sina underåriga barn drager uppenbarligen med sig, att sådana föreskrifter som riktar sig till förmyndare i allmänhet också kommer att referera till dem. Genom förmedling av föräldrabalken 11:1 etableras en språklig förbindelse mellan lagarnas föreskrifter för förmyndare och vårdnadsrelationen mellan föräldrar och deras underåriga barn. Många lagregler om förvaltningen av omyndigs egendom finnes ju, i vilkas rekvisit termen förmyndare ingår. Dessa regler skulle bli utan adressater, de skulle bli obesvarade rop, om icke personer funnes som på ett auktorativt sätt – inom ramen för rättssystemets ”meningssammanhang” – har fått sig tilldelad rollen att vara förmyndare för omyndiga. Rolltilldelningen sker enligt svensk rätt genom lagbestämmelser, bland andra den nyssnämnda om vårdnadshavande föräldrars förmynderskap för sina underåriga barn, eller, i vissa fall, genom beslut av domstol. Det tomma rekvisitmoment som termen förmyndare utgör i föreskrifterna om förvaltningen av omyndigs egendom fylls med reellt innehåll dels genom lagbestämmelser om vilka som skall vara förmyndare och dels genom individuella beslut av domstol av sådan innebörd. Bestämmelserna och besluten skulle å sin sida icke få någon påtaglig praktisk betydelse, om de icke hade funktionen att supplerera rekvisiten i förvaltningsföreskrifterna.

Om man sammanställer föräldrabalken 11:1 med föreskrifterna om förvaltning av omyndigs egendom, ser man utan vidare, att termen förmyndare tekniskt sett icke är annat än ett förbindelseled, en ”konjunktion”, som förenar den förra med de senare. Termen länkar ihop vissa komplexa förutsättningar – uttryckta med orden ”vårdnad” och ”föräldrar” – med en mängd föreskrifter om förvaltning av omyndigs egendom. Hopkopplingen sker genom att ordet förmyndare användes i dessa föreskrifter. Detta konstaterande kan inbjuda till ett tankeexperiment. Skulle man inte kunna ta bort termen förmyndare och i stället fästa förvaltningsföreskrifterna direkt vid föräldrarelationen i de fall där föräldrarna enligt föräldrabalken 11:1 skall ”vara förmyndare”? Jo. I princip skulle detta förvisso vara möjligt, och det skulle icke behöva förändra det ”funktionella” innehållet i det system av praktiska satsar som lagreglerna utgör. Däremot skulle en sådan lagteknik bli oerhört klumpig. Det bleve mycket omständligt att utforma de erforderliga bestämmelserna för de fall då två vårdnadshavande föräldrar till ett underårigt barn icke finnes och de fall där det är nödvändigt att överlämna förvaltningen av den omyndiges egendom till en för ändamålet särskilt utsedd person. Man vinner stora förenklingar genom att skjuta in mellanledet ”förmyndare”. Tex kan man i ett konkret fall byta ut adressaten till förvaltningsföreskrifterna genom att entlediga en förmyndare och förordna en annan i hans ställe. Termen förmyndare är en hjälpterm, och begreppet förmyndare är ett hjälpbegrepp. Det framställningstekniska och överhuvudtaget praktiska värdet av sådana hjälpbegrepp kan knappast överdrivas. Hela rättssystemet hålles samman av en oerhörd mängd juridiska ”mellan-

begrepp" av samma eller liknande slag. Alla dessa begrepp kan sammanfattas under namnet rättens ideologi, rättsideologien.

Egenskapen att vara förmyndare betecknades ovan som ett slag av *rättslig kvalitet*. Regeln om vårdnadshavande föräldrars förmynderskap för sina underåriga barn kan därför sägas vara en *kvalifikationsregel*.

Föremålen för kvalificering i förädrabalken 11:1 är *personer*. Det som kvalificeras genom en kvalifikationsregel kan också vara en *sak*, en *relation* eller en *sammansatt företeelse* av något slag. När en byggnad förklaras höra till en fastighet (JB 2:1), är det en sak, som kvalificeras såsom fast egendom. När ett köp mellan köpmän i och för deras rörelse kallas handelsköp (Köplagen 4 §), är det en rättslig relation mellan två personer, som kvalificeras. Ett exempel på en sammansatt företeelse såsom föremål för kvalificering genom en rättsregel är det sätt att fiska (genom en närmare definierad bogsering av not- eller vadredskap) som utgör trålfiske i lagens mening (Fiskeristadgan 1954 7 §). I brottsbalken kvalificeras en mängd olika slags handlingssätt som brott och som brott av visst slag (t ex bedrägeri, utpressning, ocker, häleri).

Kvalifikationsregelns innebörd är, att den rättsliga kvaliteten uppstår eller finnes som följd av vissa fakta. En annan, ej helt orimlig tolkning är, att regeln ålägger människor att tänka på visst sätt. Förädrabalken 11:1 skulle med denna tolkning ålägga oss att "anse" vårdnadshavande föräldrar som förmyndare för sina underåriga barn, att "betrakta" dem som sådana. Frågan är emellertid, om detta från språklig synpunkt är en helt adekvat tolkning av bestämmelsen. Är det bestämmelsens "mening" att uppmana till en medveten förfälskning av verkligheten? Är det inte snarare så, att bestämmelsen kategoriskt dekreterar, att föräldrarna skall vara förmyndare, och att de enligt bestämmelsens innehåll också "verkliga" blir det?

Detta föreställningssätt, att kvalifikationsregeln "verkliga" framkallar den i regeln uttryckta rättsliga egenskapen, ger en plausibel förklaring till det ganska vanliga förhållandet, att predikats verbet står i indikativ i regelns imperativiska del. Kvalifikationsregler har med andra ord ofta den teoretiska satsens form.<sup>1</sup> De framträder då som påståenden om ideella tillstånd eller ideella förändringar. Utifrån ett metafysiskt betraktelsesätt är det då icke ologiskt att tolka dem som teoretiska satser. I lagen 1950 om svenskt medborgarskap "omtalas", att svenskt medborgarskap "förvärvas" under vissa betingelser och "förloras" under andra betingelser. Enligt förädrabalken 6:1 "står" barn under vårdnad av bäge eller den ena av sina föräldrar eller av särskilt förordnad förmyndare till dess det fyllt aderton år eller ingått äktenskap. Samma balk "påstår" i 9:1, att den som är under aderton år "är" omyndig. I ärvdabalken 7:1 "upplyses", att hälften av den arvslott, som tillkommer bröstarvinge, "utgör" hans laglott. I jordabalken 4:1 st 2 får man veta, att köp som icke uppfyller föreskrifterna i st 1 "är" ogiltigt. Dessa stadganden ser alltså ut som berättelser om händelser eller

förhållanden. Denna tolkning förutsätter emellertid, att händelserna eller förhållandena försiggår eller finnes oberoende av stadgandenas "existens". Om syrenerna blommar, gör de detta alldeles oberoende av om jag påpekar, att de gör det. Men medborgarskapet förvärvas endast tack vare att det finns en regel, som säger, att så sker. Det förhållande som kvalifikationsregeln uttrycker måste alltså, om det överhuvudtaget skall antagas uppstå, vara skapat av regeln själv. Slutsatsen blir, att kvalifikationsregeln, om den tolkas från realistiska utgångspunkter, är en sats av icke-teoretiskt slag.<sup>2</sup>

Den effekt som kvalifikationsregeln enligt sitt eget innehåll omedelbart framkallar, den rättsliga kvaliteten, kan naturligtvis icke vara verklig. Den varken kan eller behöver realiseras genom något mänskligt handlande.<sup>3</sup> Om "X är förmyndare enligt lag" för sina barn, är detta ingenting, som kan konstateras genom erfarenheten, såsom man konstaterar, att det regnar eller råder uppehållsväder. Vad som kan fastställas empiriskt är endast en allmänt förekommande mening, att X är förmyndare för sina barn eller åtminstone, att han skall "anses" som förmyndare. Man kan naturligtvis också konstatera eller på goda grunder antaga förekomsten av ett antal orsaker till att denna mening är allmänt förekommande, men dessa orsaker är icke identiska med det påstådda förhållandet. Åsikten om förmyndaregenskapen hos X har sin grund i att människorna i vårt samhälle allmänt accepterar lagen såsom "giltig". Om denna inställning till lagen plötsligt upphörde, skulle åsikten om förmyndaregenskapen hos X försvinna i samma ögonblick.

Kvalifikationsregler förekommer inom alla delar av rättsordningen. I reglerna för själva statsorganisationen ingår sådana regler. De regler i successionsordningen som bestämmer, vem som skall vara konung, är uppenbarligen kvalifikationsregler. Vilka som skall vara riksdagsledamöter och alltså tillsammans bilda Sveriges riksdag bestämmas av ett system av kvalifikationsregler, fördelade på riksdagsordningen och lagarna om val till riksdagen.

Exemplet ur föräldrabalken visade, att kvalifikationsreglerna har en praktisk funktion genom sina förbindelser med andra regler. Det finns därför anledning att ställa frågan, till vilka personer som en sådan regel riktar sig. Såsom adressaten i en förhållningsregel har i det föregående definierats den person vilken skall utföra den påbjudna handlingen respektive underlåta den förbjudna handlingen. I denna mening har kvalifikationsregeln ingen adressat, eftersom den varken påbjuder eller förbjuder något handlande.<sup>4</sup> På sätt och vis har den alla till adressater. Den regel i successionsordningen som säger, vem som är Sveriges nuvarande kung, appellerar väl till alla, ja, inte bara till alla svenskar utan också till alla utlänningar. Millioner människor inom och utom Sverige har också accepterat föreställningen om Carl XVI Gustaf såsom Sveriges legitime konung. Att författaren till dessa rader enligt medborgarskapslagens 1 § är svensk medborgare har icke lika många människor haft anledning att reflektera



över, men de personer som får anledning att göra det brukar acceptera förhållandet som ett "faktum". Därmed spelar de i viss mening rollen av "adressater" till nämnda kvalifikationsregel.

Sin praktiskt juridiska funktion utövar emellertid kvalifikationsreglerna genom handlingsregler, vilka så att säga bildar fortsättning på kvalifikationsreglerna. En handlingsregel, som ålägger en förmyndare att avgiva årsredovisning, är en fortsättning bla på den kvalifikationsregel som gör vårdnadshavande föräldrar till förmyndare för sina underåriga barn. En handlingsregel, som ålägger överförmyndaren att granska årsredovisningen, är en fortsättning på fortsättningen.

Om man studerar de rättsregler till vilka man ledes över från kvalifikationsregler genom förmedling av de termer som betecknar de rättsliga kvaliteterna, skall man i många fall bland dessa rättsregler finna både handlingsregler för privatpersoner och handlingsregler för domare. Många kvalifikationsregler utgör *ett gemensamt element i två regelsystem, det ena med privatpersoner som adressater och det andra med domare som adressater.*

Antag, att två personer gifter sig med varandra! Detta sker genom en vigselceremoni, vilken enligt giftermålsreglerna ger upphov till ett äktenskap mellan kontrahenterna. De regler, som därigenom kan bli tillämpliga, kan vara regler för makarna själva, t ex om underhållsskyldighet. Men även för domstolar och administrativa myndigheter kan särskilda regler bli tillämpliga som följd av äktenskapet, t ex i lagfarts- och in-teckningsärenden, i mål om boskillnad och äktenskapskillnad, vid taxering. Den kvalifikationsregel som säger, att ett äktenskap kommer till stånd, när vissa förutsättningar uppfylles, bildar alltså en "upptakt" såväl i många regler för privatpersoner som i många regler för domare.

En fullständig kvalifikationsregel uppträder ej alltid såsom en enda lagregel (om den överhuvudtaget har karaktär av lag). För att få fram hela den regel som säger, när ett äktenskapsförord föreligger, måste man ställa samman flera lagbud. För uppkomsten av ett äktenskapsförord fordras bla icke blott, att ett avtal ingås mellan trolovade eller makar angående egendomsordningen i äktenskapet och att detta avtal är av visst innehåll (GB 8:1, 2), utan också, att avtalet upprättas skriftligen och bestyrkes med vittnen (GB 8:10), och dessutom, att "äktenskapsförordet" ingives till domstol, som är behörigt forum enligt vissa regler (GB 8:11, obs rättsfallet NJA 1954 s 325). Är förordet slutet mellan trolovade, fordras naturligtvis också, att dessa ingår äktenskap (GB 8:12). När det i denna framställning talas om kvalifikationsregler, åsyftas alltså icke endast fullständiga sådana utan också regler, vilka endast innehåller vissa nödvändiga (eller alternativt nödvändiga) men i och för sig otillräckliga förutsättningar för uppkomsten av en viss rättslig kvalitet.

Paradoxalt nog kan en kvalifikationsregel ha utseendet av en handlingsregel,

i det att den föreskriver, att någon *skall* göra något för att en viss rättslig kvalitet skall uppstå. "Äktenskapsförord skall av de trolovade eller makarna skriftligen upprättas och bestyrkas med vittnen" (GB 8:10). Denna bestämmelse påbjuder ju inte upprättande av äktenskapsförord, den uppställer ett sk formkrav. Det är vederbörandes ensak, om de vill ha äktenskapsförord eller ej. Bestämmelsens språkliga form är alltså ej helt adekvat (jfr ovan slutet av § 10 om förhållningsreglernas språkliga gestalt).

Naturligtvis kan man också tänka sig rättsregler, vilka stadgar *upphörandet* av en viss rättslig kvalitet under vissa förhållanden. En sådan regel är exempelvis en regel om att en person under vissa omständigheter förlorar sitt svenska medborgarskap (se medborgarskapslagen). Man kan, om man så vill, kalla en regel av detta slag en *diskvalifikationsregel*, men denna term är knappast nödvändig, eftersom även egenskapen att vara icke-svensk kan sägas vara en rättslig kvalitet.

Till kvalifikationsreglerna hör bl a de lagbestämmelser som brukar gå under benämningen *legaldefinitioner*. Sådana definitioner är till sin logiska natur stipulativa, alltså atoretiska satser (se ovan § 5), nämligen ett slag av rättsregler och närmare bestämt ett slag av kvalifikationsregler, eftersom de anger förutsättningar för uppkomsten av en rättslig kvalitet. Definitionerna av begreppen handelsköp och köpman i köplagen 4 § är legaldefinitioner. De är kvalifikationsregler, som säger, under vilka förutsättningar ett köp har den rättsliga kvaliteten handelsköp och en person den rättsliga kvaliteten köpman.

### § 13. Kompetensregler

Bland rättsregler, som icke är handlingsregler, märkes utom de nyss behandlade kvalifikationsreglerna en annan typ av regler, kompetensregler. Enkla exempel härpå fanns förut i 1809 års regeringsform. (Bestämmelserna i den nya regeringsformen är tyvärr inte lika goda som pedagogiska exempel.) Vem som är Sveriges konung har sedan länge bestämts av kvalifikationsreglerna i successionsordningen. Till egenskapen av konung anknöt åtskilliga regler i den gamla regeringsformen, bl a följande: "Konungen äge ingå överenskommelse med främmande makt, sedan statsrådet däröver blivit hört" (§ 12). "Över rikets krigsmakt till lands och sjöss äger Konungen högsta befälet" (§ 14). "Konungen äger att i statsrådet utnämna och befordra svenske medborgare till alla de ämbeten och tjänster . . . (§ 28). Innebörden av dessa regler var, att den som kvalificerats till konung skulle ha en "*makt*" eller "*förmåga*" av visst innehåll. Närmare bestämt var det fråga om *rättslig kompetens*. Det svenska lagspråket

använder inte ordet kompetens utan andra uttryck, såsom substantiven *behörighet* och *rätt* eller verben *äga*, *må* och *få*. Lagrum sådana som de nämnda kallas kompetensregler.

Hur skall man närmare beskriva den rättsliga kompetensen? Vad för slags "makt" är tex "lagstiftningsmakten"? Innebörden i de lagstiftande organen monopol, deras kompetens att stifta lagar, kan sägas vara, att "lagar" är "giltiga" endast om de är vederbörligen beslutade av dessa organ. Om en privatperson eller en församling av privatpersoner skulle företaga sig att "lagstifta", blir de stiftade "lagarna" inga "riktiga" lagar, inga för samhällsmedlemmarna "bindande" regler. Lagstiftarens kompetens är alltså en förmåga att åstadkomma bindande regler, gällande lagar. Det rör sig inte om någon naturlig eller förvärvad verklig förmåga, såsom förmågan att tala eller att röra sina armar och ben. Man har inte sin talförmåga eller rörelseförmåga, emedan det finns en gällande lagregel, som säger, att man har den eller skall ha den. Lagstiftningsmakten är däremot tillagd vissa personer av regler, av kompetensregler. Den är dessutom en förmåga att åstadkomma något, som icke kan åstadkommas enbart med den förmåga som en människa har av naturen, nämligen regler med förpliktande kraft. Om den rättsliga kompetensen har *Axel Hägerström* sagt följande: "Vad kan det för 'kompetens' utmärkande vara annat än förmågan att giva sådana bestämmelser, som icke allenast äro faktiska befallningar eller viljeförklaringar om eventuella tvångsreaktioner utan också ha giltighet, d v s ideell kraft, så att den som träffas därav är *skyldig* att underkasta sig dem eller att det är *rätt*, att de realiserar?"<sup>1</sup>

I det anförda citatet talas om "bestämmelser", men rättslig kompetens kan även gälla andra rättsliga företeelser. *Rättslig kompetens är förmågan att åstadkomma en rättslig effekt*. Lagstiftningsmakten är förmågan att skapa regler med den rättsliga kvaliteten giltighet eller förpliktande kraft, kort sagt att stifta lagar. Den vuxna och psykiskt normala människans rättshandlingsförmåga är förmågan att utföra giltiga rättshandlingar, tex att sluta bindande avtal. Andra slag av rättslig kompetens är behörighet att tilldela en person svenskt medborgarskap, att stifta äktenskap (viga), att förordna befattningshavare av visst slag, att försätta någon i konkurstillstånd, att bevilja lagfart eller inteckning. Alla de nu nämnda effekterna kan sammanfattas i begreppet *rättslig kvalitet*, och de handlingar varigenom kvaliteten skapas "i kraft av" kompetensen kan kallas *kvalifikationsakter*. Med en kompetens kan vara förenad en kompetens att helt eller delvis överföra kompetensen på ett annat subjekt. De handlingar varigenom kompetens överföres kan kallas *kompetensakter*. Kvalifikations- och kompetensakter skall behandlas närmare i en följande avdelning.

Innehållet i en kompetensregel är, att ett eller flera bestämda subjekt har eller får kompetensen att åstadkomma en viss rättslig effekt. Eftersom kompetensen är en tänkt, en ideell förmåga, företer kompetensreglerna den likheten med

kvalifikationsreglerna att deras verkan ligger på ett ideellt plan och anses inträda utan människors tillskyndan som direkt följd av att reglernas rekvisit är uppfyllda.

Förekomsten av kompetensregler väcker många frågor utom det redan berörda om dessa reglers tankeinhåll. Vilken *praktisk funktion* har dessa regler? Finns det några bestämda *adressater* till dem? Hur går det till att respektera en kompetensregel, att "efterleva" den eller "rätta sig" efter den? Dessa frågor är svårare att besvara än motsvarande frågor beträffande kvalifikationsreglerna.

Frågorna har behandlats av *Alf Ross*. Kompetensregeln är egentligen en förhållningsregel, säger han. Den är "en indirekte uttryckt förhållningsnorm".<sup>2</sup> Denna tanke utvecklar Ross vidare så, att en kompetensregel är ett direktiv om att sådana direktiv som tillkommer genom ett visst förfaringsätt skall respekteras såsom förhållningsregler.<sup>3</sup> Innebörden av grundlagens kompetensregler om lagstiftningsmakten är sålunda enligt Ross, att de i behörig ordning stiftade lagarna skall åtlidas.<sup>4</sup> Regeln om lagstiftningsmakten skulle alltså vara "lagrad" ovanpå den vanliga lagregeln och i förhållande till denna ha karaktär av "supernorm". Tolkad såsom handlingsregel skulle kompetensregeln till sitt innehåll endast vara en upprepning av innehållet i en eller flera handlingsregler, ett slags understrykande av dessa liksom avslutningsfrasen i svenska författningar t o m 1973 nr 723 ("Det alla som vederbör hava sig hörsamligen att efterrätta"). Kompetensregeln skulle vara analog med en befallning att lyda en annan befallning. Ross säger emellertid också, att kompetensregeln är ett handlingsmönster i annan bemärkelse: den är ett handlingsmönster i annan mening än förhållningsregeln, i det att den endast anger ett mönster som måste följas som betingelse för att åstadkomma giltiga direktiv.<sup>5</sup> Vad Ross då åsyftar är – om man håller sig till exemplet med lagstiftningsmakten – inte den regel som säger, *vilka* som kan stifta lag, utan den långa rad av bestämmelser som säger, *hur* dessa personer skall gå tillväga, alltså de bestämmelser som reglerar lagstiftningsproceduren, förfaringsättet för åstadkommande av lagar.<sup>6</sup> Det är dock knappast brukligt att betrakta dessa bestämmelser som beståndsdelar i kompetensregeln om lagstiftningsmakten, även om det rent teoretiskt kan vara välmotiverat.

I avsnittet om kvalifikationsregler framhölls, att kvalifikationsregler åtminstone i vissa fall kan elimineras genom att man anknyter handlingsmönstren i handlingsregler direkt till kvalifikationsreglernas rekvisit i stället för till den rättsliga kvalitet som utgör rättsföljden i de sistnämnda reglerna (ovan s 82). En intressant fråga är, om kompetensregler kan göras överflödiga på samma sätt. Alf Ross' påstående, att kompetensregeln är en "indirekt uttryckt förhållningsnorm", måste ju betyda, att det är logiskt möjligt att i en lagtext helt ersätta en kompetensregel med en eller flera förhållningsregler.

Låt oss antaga, att statsorganet "kongressen" enligt konstitutionen i ett land ensamt har kompetens att stifta lagar (enligt en viss definition av begreppet

lag)! I och för sig betyder detta icke mera än att "lagar" är giltiga, om de har stiftats av "kongressen", och ogiltiga, om de har stiftats av andra personer eller persongrupper. Förnuftigtvis måste man emellertid antaga, att upphovsmännen till kompetensregeln har velat förhindra, att andra än "kongressen" antager och proklamerar "lagar", som har sken av att vara giltiga eller förenas med ett krav på åtlydnad. Även om konstitutionen inte uttryckligen förbjuder konkurrerande "lagstiftning", kan ett förbud mot sådan "lagstiftning" sägas vara en praktisk (ej logisk) konsekvens av "kongressens" exklusiva kompetens att stifta lagar (lagstiftningsmonopolet). Kompetensregeln "respekteras" alltså ej endast genom lydning mot de behörigen stiftade lagarna utan också genom att andra personer och persongrupper än de därtill behöriga avhåller sig från att "lagstifta". Sätillvida fungerar kompetensregeln, som om den hade innehållit ett förbud. Även andra förbud låter sig tänkas som naturliga konsekvenser av lagstiftningsmonopolet, t ex ett förbud för domstolar och myndigheter mot att grunda sina domar och beslut på "lagar", som har utfärdats av obehöriga personer (jämför frågan om domstolarnas "lagprövningsrätt").

Med de nämnda förbuden har man emellertid endast givit uttryck åt den negativa sidan av lagstiftningsmonopolet. Kompetensregeln om "kongressens" lagstiftningsmakt måste också ha en positiv betydelse. Denna har Ross försökt förklara så, att regeln är ett direktiv om att de på föreskrivet sätt stiftade lagarna skall åtlydas. Kompetensregeln skulle alltså enligt Ross innehålla ett påbud att lyda andra påbud, en supernorm. Man måste då fråga sig, vad som skänker giltighet åt denna supernorm. Dess giltighet förutsätter ju, att den har utfärdats av någon, som har rättslig kompetens att utfärda en sådan norm. Man förutsätter supernormen i sin tur en kompetensregel, som innehåller ett påbud att lyda supernormen, och detta påbud förutsätter en högre kompetensregel osv i oändlighet. Kompetensregler kan uppenbarligen inte elimineras fullständigt ur ett regelsystem, om systemet skall kunna uppfattas som gällande (giltigt). Begreppet kompetensregel måste därför betraktas som en självständig regelkategori.

De flesta kompetensregler i vanliga lagar stadgar emellertid icke en kompetens att utfärda generella direktiv utan en kompetens att frambringa någon annan rättslig effekt,<sup>8</sup> såsom svenskt medborgarskap, äktenskap, konkurs, lagfart, in-teckning. Den effekt som kompetensen gäller kan inte sällan enligt rättsordningen uppstå även på ett annat sätt, nämligen "ipsa lege", därför att en kvalifikationsregel knyter effekten till vissa rättsfakta. Ett svenskt medborgarskap kan visserligen uppkomma genom ett beslut om naturalisering av en utlänning eller en statslös person, men oftare uppstår ett svenskt medborgarskap "automatiskt" i och med att ett barn födes under sådana förhållanden att det enligt medborgarskapslagen blir svensk medborgare. Härav kan man draga en slutsats om den praktiska funktionen hos den kompetensregel som bestämmer kompetensen att naturalisera utlänningar och statslösa. I fråga om kvalifika-

tionsreglerna har vi tidigare konstaterat, att dessa får praktisk betydelse, emedan rättsliga handlingsregler direkt eller indirekt ansluter sig till dem genom att de rättsliga kvaliteterna ingår i deras rekvisit. I de vanliga fall, där en kompetensregel sätter en person i stånd att skapa en rättslig kvalitet, finns det tydligen också ett sammanhang mellan kompetensregeln och sådana handlingsregler som förutsätter den med stöd av kompetensen skapade kvaliteten. Detta låter abstrakt, och därför skall vi belysa sammanhanget med ett exempel. En handlingsregel ålägger en gift person att under vissa förhållanden betala underhåll till den andra maken. För att de båda personerna skall vara makar, måste de ha blivit vigda. Detta förutsätter i sin tur, att en person med behörighet att viga har i viss ordning utfört en vigselakt med de två nämnda personerna såsom medverkande. Det visar sig alltså, att vigselförrättarens behörighet att viga, hans rättsliga kompetens att stifta ett äktenskap, är en av de många förutsättningar som skall vara uppfyllda, för att den handlingsregel som vi började resonemanget med skall bli tillämplig på den ena av makarna.

Två personers egenskap att vara gifta med varandra ingår som ett element i många handlingsregler. Detta har påpekats i närmast föregående avdelning, där kvalifikationsreglerna behandlades. Av dessa handlingsregler riktar sig somliga till makarna eller till andra privatpersoner och andra till domstolar och myndigheter. Då egenskapen att vara gift förutsätter vigselförrättarens kompetens att viga, finns det följaktligen ett sammanhang mellan denna kompetens och ifrågasvarande handlingsregler. Överhuvudtaget har kompetensreglerna i allmänhet en positiv praktisk funktion liknande den som tillkommer kvalifikationsreglerna. Många kompetensregler bildar *ett gemensamt element i två regelsystem, det ena med privatpersoner som adressater och det andra med domare som adressater* (jfr ovan s 85). De olika slagen av rättslig kompetens är länkar mellan olika delar av rättssystemet i likhet med de olika slagen av rättslig kvalitet. Begreppet rättslig kompetens har alltså, liksom flera andra juridiska begrepp, en viktig teknisk funktion såsom ett bindemedel i det rättsliga regelsystemet.

Ursprunget till kompetensreglerna är att söka i den höghets- och maktideologi som betingar statsorganisationen. Enligt den gamla teokratiska statsläran hade fursten sin makt av Gud. Enligt den ideologiska rättspositivismen har staten i sig själv en höghetsmakt, från vilken all annan rättslig kompetens härrör. Av sin rättsliga kompetens har de högsta statsorganen delat med sig noga bestämda delar till lägre organ, ja, även den enskilde har fått sin beskärda del av den rättsliga kompetensen, särskilt i form av förmåga att företaga "rättshandlingar". I allt flera och allt smalare strömmar har den rättsliga kompetensen runnit från statsorganisationens topp till avsats efter avsats ändå ned till massan av enkla medborgare. Sådan är den bild som framträder, när man överblickar alla rättssystemets skrivna och oskrivna regler om rättslig kompetens.

Enligt den naturrättslära som härskade framför allt under 1600- och 1700-talen är den rättsliga kompetensen från början en förmåga som tillkommer den fria människan i naturtillståndet. I den naturliga friheten ingår en förmåga att avsäga sig friheten, åtminstone till någon del, alltså en förmåga att förplikta sig. Längst i detta antagande gick vissa naturrättslärare, som menade, att människan har en naturlig rättslig makt att ge sig själv till slav åt en annan. Genom ett samhällsfördrag (eller härskarfördrag) avsäger sig människorna all sin frihet eller en del av sin frihet till förmån för en härskare, och denne får därmed en rättslig makt, dvs en kompetens, att med förpliktande verkan befalla över de övriga, sina undersåtar. Enligt den nya tidens naturrättsskola är det alltså den enskilda människans rättsliga förmåga att binda sig genom avtal, som är grunden för lagstiftningsmakten, den dömande makten och den styrande makten såväl som för all annan rättslig kompetens.

Om kompetensreglernas språkliga form har förut sagts, att det svenska lagspråket har flera uttryck för rättslig kompetens, t ex substantiven behörighet och rätt och verbet äga. Även verben må och få förekommer (se ovan s 71). En kompetensregel behöver för resten icke innehålla någon särskild term med betydelse av rättslig makt, såsom följande exempel visar: "Beslut om häktning meddelas av rätten" (RB 24:4). Stadgandets mening är, att endast allmän domstol är behörig att meddela beslut om häktning. En kompetensregel kan också uttryckas genom en omskrivning: "Talan om ansvar för falskt eller obefogat åtal eller för falsk angivelse eller annan osann tillvitelse, varå åtal följt, må väckas vid den rätt, där brottet åtalats" (RB 19:4). Här tilldelas vederbörande domstol behörighet att döma i ett visst slag av brottmål genom en bestämmelse, som tillåter den åtalsberättigade att väcka talan vid domstolen i fråga.

Eftersom verben må och äga kan beteckna både tillåtelse och rättslig makt, kan det förekomma, att en lagregel samtidigt uttrycker tillåtelse och rättslig kompetens. I hälsovårdsstadgan 1958 75 § står, att hälsovårdsnämnd äger föreskriva vite för underlåtenhet att ställa sig av nämnden meddelat föreläggande eller förbud till efterrättelse. Här får hälsovårdsnämnden dels kompetens att förelägga vite och dels tillstånd att använda vitesföreläggande diskretionärt. Inte sällan är kompetensregler underförstådda i lagtexter. När det ålägges kommunernas fullmäktige att välja överförmyndare (FB 19:5), skulle detta åläggande vara orimligt, om inte dessa fullmäktige förutsattes ha behörighet att utse överförmyndare, men härom stadgas ingenting. Det är vanligt med lagregler, som ålägger eller tillåter en myndighet att vidtaga en viss åtgärd av rättslig innebörd utan att det samtidigt säges, att myndigheten skall äga behörighet att vidtaga åtgärden.

Liksom det finns regler om uppkomsten (eller förekomsten) av rättslig kompetens, finns det också regler om upphörandet av rättslig kompetens (resp frånvaron av kompetens). Man kan betrakta de senare antingen som begräns-

ningar av de förra eller som självständiga regler, vilka kan kallas *inkompetensregler* (med en ej helt lyckad term). Det förekommer också negativa motsvarigheter till de förut omtalade kompetensakterna, som behandlas närmare i nästa avsnitt. Meddelande av en fullmakt är en kompetensakt, och återkallande av fullmakten kan sägas vara en inkompetensakt, om man ser den från fullmäktigens synpunkt.

#### § 14. Kvalifikationsakter och kompetensakter

I avdelningen om kompetensregler nämndes också ett slags företeelser, som kallades kvalifikationsakter. När ett nyfött barn blir svensk medborgare och när dess föräldrar i samma ögonblick blir barnets förmyndare, är detta förändringar, som tänkes inträda "i kraft av" kvalifikationsregler. När en utlänning upptages till svensk medborgare genom ett naturalisationsbeslut eller en person förordnas till förmyndare för någon som har omyndigförklarats, antages samma slags förändringar ske, men grunden är en annan, nämligen uttalanden eller "beslut" med sikte på enskilda fall. Såsom individuella motsvarigheter till de generella kvalifikationsreglerna kan dessa uttalanden lämpligen betecknas som *kvalifikationsakter*.<sup>1</sup> När den franske marskalken Jean Baptiste Jules Bernadotte valdes till svensk tronföljare, var detta en kvalifikationsakt, genom vilken han sedermera blev Sveriges konung. De efterföljande svenska konungarna har däremot fått sin egenskap av konung "i kraft av" successionsordningens kvalifikationsregler, enligt vilka Sverige är ett arvrike.

Kvalifikationsakterna är ett viktigt komplement till kvalifikationsreglerna, och de förekommer inom alla delar av rättsordningen. För statsorganisationen har de en grundläggande betydelse. I kapitel II har det sagts om statsförfattningen, att den är ett system av kvalifikations-, kompetens- och förhållningsregler (s 44). Det har också sagts, att statsorganisationen bygger på en höghets- och maktideologi. Organisationen är baserad på ideologiska skillnader mellan de samverkande personerna. Tänka skillnader i "ställning" mellan olika funktionärer är ett medel för en uppdelning av den offentliga verksamheten mellan individerna i fråga. Inom varje gren av den statliga verksamheten finnes ämbets- eller tjänstemän, som är "högre" och "lägre" i förhållande till varandra, oftast i ett flertal grader. Ett typiskt exempel på en sådan hierarki är befälskadern inom krigsmakten. På varje särskilt plan i organisationen föreligger också en uppdelning av funktionerna i sidled, utom på de allra högsta planen. Med få undantag åstadkommes den nödvändiga differentieringen mellan funktionärerna genom individuella förklaringar, kvalifikationsakter (utnämningar, förord-



nanden m m). De viktigaste av dessa beslut fattas numera av regeringen i enlighet med en *kompetensregel* i den nya regeringsformens 11 kap 9 § första st.

Liksom kvalifikationsreglerna får kvalifikationsakterna sin praktiska betydelse genom att *rättsregler finnes, vilka upptager de rättsliga kvaliteterna i sina rekvisit*. På denna väg blir även kvalifikationsakterna medel för inverkan på människors handlande. Egenskaperna regering och riksdag är "rättsfakta" för åtskilliga föreskrifter i grundlagarna. För att de uppgifter, som i regeringsformen lägges på regering och riksdag, skall bli utförda, måste det finnas några personer, som "är" regeringsledamöter (statsråd), och några, som "är" riksdagsledamöter. Efter utnämningen av en ämbetsman blir hans tänkta egenskap att vara ämbetsman av ett bestämt slag på samma sätt "rättsfaktum" för många regler om ämbetsmannens åligganden och för reglerna om ämbetsansvar och även åtskilliga andra regler, såsom om avlöning, semester, pension. I en ämbets- eller tjänstemans åligganden ingår ofta meddelandet av generella eller individuella direktiv för underordnade, för allmänheten eller för vissa grupper av enskilda personer. Med vederbörandes tjänsteställning är då förenad en kompetensregel, enligt vilken han "äger" att meddela sådana direktiv. Att en kvalifikation sålunda förbindes med regler om kompetens är av naturliga skäl särskilt vanligt inom krigsmakten. De ganska talrika och invecklade bestämmelserna om befälsrätt är typiska kompetensregler. De förutsätter hela skalor av juridiska kvaliteter, nämligen militära grader och befattningar såsom chefer för större eller mindre enheter av militär personal. Självfallet är även inom krigsmakten egenskapen att inneha en viss ställning eller befattning tillika "rättsfaktum" för åtskilliga primära förhållningsregler och tillhörande sanktionsregler. En offentlig kvalifikationsakt med mångfaldig betydelse såsom rättsfaktum är naturaliseringen, genom vilken den centrala utlänningsmyndigheten (statens invandrarverk) upptager en utlänning eller en statslös person till svensk medborgare.<sup>2</sup> De särskilda diskriminerande lagbestämmelser, som förut kunde bli tillämpliga på personen i fråga, kopplas genom naturaliseringen bort, och i stället inkopplas bestämmelser, vilka förutsätter egenskapen svensk medborgare.

Även utanför området för den statliga (och kommunala) organisationen förekommer som sagt kvalifikationsakter. Till innehållet är de mycket skiftande, och det blir här endast fråga om att giva några exempel. Många kvalifikationsakter utföres av de allmänna domstolarna, såsom förordnande av förmyndare, gode män, boutredningsmän, offentliga försvarare. Närliggande exempel är omyndighetsförklaring och försättning i konkurstillstånd. En viktig kvalifikationsakt är vigseln, vilken som bekant förrättas av statskyrkopräster eller andra kyrkliga eller borgerliga vigselförrättare under medverkan av de trolovade. Genom vigseln rubriceras två personer som varandras makar och det personliga förhållandet mellan dem som ett äktenskap. Denna kvalifikation spelar rollen av "rättsfaktum" för allehanda lagregler, både inom och utom giftermålsbalcken.

Till många kvalifikationsakter finnes negativa motsvarigheter, *actus contrarii*, vilka kan kallas *diskvalifikationsakter*. Actus contrarius i förhållande till en vigsel är en dom å äktenskapsskillnad. En sådan dom betyder ju, att två personer icke längre skall betraktas som äkta makar. Denna deras tänkta egenskap plånas ut genom domen, när domen vinner laga kraft.<sup>3</sup> Andra exempel på diskvalifikationsakter är, att en domstol entledigar en förmyndare eller dömer en ämbetsman till avsättning. Motsatsen mellan kvalifikationsakter och diskvalifikationsakter bör emellertid ej överdrivas teoretiskt sett, även om den är praktiskt betydelsefull. Samma "akt" kan vara båda delarna. Den som förklaras omyndig kan ju sägas förlora egenskapen att vara myndig och få egenskapen att vara omyndig.

Liksom kvalifikationsregeln har sin individuella motsvarighet i kvalifikationsakten, har kompetensregeln sin individuella motsvarighet i *kompetensakten*. Inom statsförvaltningen och domstolsväsendet förekommer det, att en funktionär tillfälligt utrustas med en viss rättslig kompetens. Så sker t ex när en hovrättsdomare förordnas att fungera som ordförande i en tingsrätt i ett visst mål eller när en lägre åklagare förordnas av riksåklagaren att företräda denne i ett visst mål, som skall handläggas av högsta domstolen. När en officer säger sig "överlämna befälet" över en trupp till en underordnad, uttalar han en performativisk utsaga med karaktär av kompetensakt. Också privatpersoner kan utföra kompetensakter. En person utför en privat kompetensakt, när han utställer en fullmakt för en annan, t ex att å hans vägnar delta i ett arvskifte eller rösta på en bolagsstämma. Även negativa kompetensakter förekommer. När en officer "återtar befälet" över sin trupp eller en privatperson "återkallar" en fullmakt, utför han en inkompetensakt, om man ser handlingen från dens synpunkt som förlorar en honom tilldelad kompetens genom handlingen.

Beträffande kvalifikations- och kompetensreglerna har förut sagts, att de icke innehåller något handlingsmönster utan föreskriver det omedelbara och automatiska inträdandet av ett ideellt förhållande, en rättslig kvalitet respektive en rättslig kompetens. Dessa egenheter hos reglerna i fråga gör dem till anmärkningsvärda företeelser både materiellt och formellt.

Även kvalifikations- och kompetensakterna är egenartade språkliga fenomen. Båda tillhör en kategori av satser, som numera ofta kallas *performativer*, en term som kommer från modern engelsk filosofi.<sup>4</sup> Det engelska verbet perform betyder utföra, verkställa, och ett performativ skulle alltså vara en språklig sats, genom vilken man utför eller verkställer något. Vad detta närmare betyder, förklaras bäst med några exempel.

I stället för "Hjärtligt tack för senast!" kan jag säga "Jag tackar Er hjärtligt för senast". I stället för "Välkomna allesamman!" kan jag säga "Jag hälsar Er alla välkomna". Verbformerna "tackar" och "hälsar" är presens indikativ, alltså beskrivande eller berättande form, och därför ser det ut, som om satserna

omtalade något, som sker, när satserna uttalas. Mao uppvisar satserna den teoretiska satsens utseende. Emellertid skulle detta skeende icke komma till stånd, om icke satserna uttalades (eller ersattes av likabetydande uttryck, tecken eller åtbörder). Satserna kan därför icke vara beskrivande, teoretiska. Existensen av det sakförhållande som en teoretisk sats hävdar är ju inte betingad av att satsen uttalas. Om solen lyser, gör den detta alldeles oavsett om jag påpekar förhållandet. Satserna "Jag tackar Er" och "Jag hälsar Er välkomna" anses däremot *åstadkomma*, att de avsedda personerna blir tackade respektive hälsade välkomna. Därav namnet performativer.

Hur skall man generellt karakterisera "effekten" av ett performativ? Att bliva tackad eller välkommen är som regel en lustbetonad eller åtminstone positiv känsloupplevelse. Naturligtvis åstadkommes denna emotionella effekt genom performativet, men det är inte därav som detta har fått sitt namn. Den "performativiska" effekten tänkes uppstå ögonblickligt och alldeles oberoende av med vilka känslor utsagan mottages av åhöraren eller läsaren. Ett performativ behöver för övrigt inte vara ägnat att väcka känslor till liv. Ett performativiskt uttryck som "Jag försäkrar, att det är sant" är ju i och för sig neutralt. I och med att satsen har uttalats har jag "försäkrat", och för uppkomsten av denna "effekt" fordras inte någon psykisk reaktion av visst slag hos den som hör orden uttalas. Performativets typiska "effekt" är alltså icke psykisk, den är konventionellt bestämd, den finnes endast i vår gemensamma föreställningsvärld.

Performativerna är en heterogen grupp av uttryck. En särskild grupp av performativer är de, som enligt sin språkliga betydelse framkallar moraliska effekter. Ett typiskt sådant performativ är den sats genom vilken ett *löfte* anses tillkomma, alltså en sats av typen "Jag lovar dig att ...". I stället för lova kan man säga utfästa sig, åtaga sig, förplikta sig, förbinda sig m.m. Satsen "Jag åtager mig hundvakten" är liktydig med "Jag lovar att hålla vakt kl 0.00–4.00" eller "Jag åtager mig skyldigheten att hålla vakt kl 0.00–4.00". Om satsen uttalas i ett sådant sammanhang att den framstår som allvarligt menad, antages den grunda en moralisk skyldighet för mig av det angivna innehållet. Uppkomsten av en skyldighet är inte en verklig effekt utan endast en föreställd effekt. En verklig, psykisk effekt av satsens uttalande är däremot *föreställningen om* uppkomsten av en moralisk skyldighet, och denna föreställning har stor betydelse för vårt sociala liv. Föreställningen får sociala konsekvenser genom att den påverkar attityderna hos den talande och hos "mottagaren" av satsen. Hos den förre skapar den normalt en plikt-känsla och en beredvillighet att handla eller en känsla av tvång att göra det, och hos den senare skapar den förväntningar och krav.

De *moraliska performativernas* språkliga betydelse är betingad av att man erkänner giltigheten av vissa normer för mänskligt beteende. Satsen "Jag lovar att hjälpa dig med städningen" skulle vara meningslös, om man inte förutsatte

giltigheten av regeln, att man skall hålla vad man har lovat, dvs grundsatsen om löftets bindande kraft, en grundsats som med förbehåll av tämligen obestämd räckvidd ingår i vår allmänna moralkodex. I viss utsträckning är de moraliska performativerna så att säga godkända av den positiva rätten och alltså tillika positivrättsliga eller, om man vill ha en kortare benämning, juridiska. När detta är fallet, utgör dessa performativer rättsfakta i förhållande till den positiva rättens regler. Handlingsmönstren i dessa regler är i sig själva ofullständiga och fylls ut av innehållet i performativerna. Satsen "Jag går i borgen för ovanstående skuld" är på en gång ett moraliskt löfte och en rättshandling, vilken enligt den positiva rätten normalt ådrager sin upphovsman en ( i detta fall villkorlig) juridisk plikt att handla i överensstämmelse med satsens innehåll. Satsen är på samma gång ett moraliskt och ett juridiskt performativ.

Vid rättshandlingar är föreställningen om en moralisk bundenhet såsom följd av performativets uttalande naturligtvis oerhört betydelsefull. Utan denna föreställning skulle den positiva rätten knappast kunna fungera. De flesta lekmän torde för övrigt inte se någon skillnad mellan den moraliska och den juridiska effekten av ett performativ, tex av ett anbud eller en accept.

Som en särskild grupp av performativer framträder vidare en mängd av performativiska satser, åt vilka den positiva rätten har givit betydelsen av rättsfaktum men vilka icke är några performativer i moralisk utan endast i juridisk mening. En domstols uttalande, att NN förklaras omyndig, är ett juridiskt performativ, närmare bestämt en kvalifikationsakt. Att uttalandet anses få effekten att göra NN omyndig, beror inte på någon moralnorm utan på innehållet i den positiva rätten. Vissa rättsregler ger åt allmän domstol en kompetens att under vissa förutsättningar omyndigförklara en myndig person. Domstolens uttalande får under dessa förutsättningar enligt den positiva rätten effekten att åstadkomma vad det självt utsäger, alltså att NN blir omyndig. Uttalandet är ett enbart *juridiskt performativ*, icke därjämte ett moraliskt. En privatperson "kan" inte omyndigförklara en annan. Han kan säga eller skriva, att han gör det, men hans ord anses inte få någon performativisk effekt.

Kvalifikations- och kompetensakterna, om vilka denna paragraf närmast handlar, är juridiska performativer. Däri ligger, att de utgör beståndsdelar av den positiva rättens system. Detta system består alltså inte endast av rättsregler utan också av individuella rättssatser. Det återstår att behandla ännu en grupp av sådana rättssatser, nämligen individuella handlingsimperativer, vilket skall göras i nästa paragraf.

Både de moraliska och de juridiska performativerna skiljer sig tydligt från rena handlingsimperativer genom att effekten av ett performativ antages inställa sig automatiskt i samma ögonblick som satsen uttalas. (Effekten av ett juridiskt performativ är dock ofta villkorlig. Den kan tex vara beroende av att ett beslut får laga kraft.) Antagandet av en osvikligt och ögonblickligt inträdande

effekt blir logiskt möjligt genom att effekten är ideell, genom att den ligger på ett föreställt plan. Effekten av ett rent handlingsimperativ ("Gå din väg!") är däremot verklig, om imperativet överhuvudtaget får någon effekt. Den är icke en omedelbar följd av satsens uttalande. Den kan utebliva, och om den uteblir, föreligger ändå ett handlingsimperativ. Om man vill beteckna de moraliska och de juridiska performativerna såsom imperativiska, vilket förefaller berättigat med hänsyn till deras funktion, blir de alltså en särskild grupp av imperativer, och därvid fattas ordet imperativ i en vidsträckt mening.<sup>5</sup>

Termen performativ är förträfflig genom att den markerar den performativiska satsens språkliga betydelse (se s 94). Samtidigt är den missvisande, eftersom uttalandet eller skrivandet av satsen inte omedelbart orsakar något annat i sinnevärlden än ljudvågor respektive figurer på ett papper. Detta gäller ju om alla slags satser. Performativerna gör alltså skäl för sitt namn endast om man tillfogar den väsentliga reservationen att det rör sig icke om verkliga utan om tänkta effekter.

Många performativer är varken moraliska eller juridiska. Exempel härpå är de förutnämnda "Jag tackar Er" och "Jag hälsar Er välkomna". Andra exempel är "Jag förklarar, erkänner, bekräftar, förnekar, konstaterar". För att hålla dessa andra performativer isär från de moraliska och de juridiska kan man giva dem ett eget namn, förslagsvis *allmänna performativer*. Ingenting hindrar, att ett allmänt eller ett moraliskt performativ förekommer i ett juridiskt sammanhang (jag erkänner, förnekar, medger, bestrider, anmäler, yrkar, begär, avstår osv).

Kvalifikations- och kompetensakterna är, såsom redan har sagts, individuella motsvarigheter till kvalifikations- och kompetensreglerna. Därmed är också sagt, att likheter finnes mellan respektive företeelser. Även kvalifikations- och kompetensreglerna är performativiska, ehuru de rättsliga effekterna av dem är betingade av att reglernas rekvisit uppfylles. I likhet med dessa regler saknar kvalifikations- och kompetensakterna bestämda adressater.<sup>6</sup> Det som "befalles fram" av ett performativ är ju icke ett mänskligt beteende utan en tänkt effekt. Till de juridiska performativerna anknyter emellertid rättsregler och i sista hand förhållningsregler och således regler med bestämda adressater. Dessa regler är dels regler för privatpersoner och dels regler för domare.

## § 15. Individuella handlingsimperativer

I den positiva rättens system har vi skilt mellan tre huvudslag av regler: 1) *handlingsregler*, 2) *kvalifikationsregler*, 3) *kompetensregler*. Likaså har vi skilt mellan tre slag av individuella rättssatser: 1) *individuella handlingsimperativer*, 2) *kvalifikationsakter*, 3) *kompetensakter*.

De individuella rättsliga handlingsimperativerna har förut berörts endast flyktigt, och det återstår att granska dem närmare. Tydligt står de i något sammanhang med begreppet befallning, som i viss mån har vidrörts vid behandlingen av de rättsliga handlingsreglerna (§ 10). När det i fortsättningen talas om rättsliga handlingsimperativer, avses endast individuella sådana och icke handlingsregler.

I den statliga verksamheten förekommer uppenbarligen befallningar, vilka har rättslig betydelse. Det mest belysande exemplet är verksamheten vid krigsmakten, där det är vanligt, att en överordnad i tjänsten ger befallningar till underordnade. Även inom polisväsendet är befallningar vanliga.

Befallningens natur har berörts redan i början av detta arbete (§ 4). Befallningen är en praktisk sats, innehållande ett handlingsmönster jämte ett suggestivt befallningsuttryck, oftast en verbform med imperativisk betydelse. För att skilja befallningen från performativerna kan man kalla den ett handlingsimperativ eller, om man vill uttryckligen inbegripa befallningar med karaktär av förbud, ett förhållningsimperativ. Alla handlingsimperativer är inte befallningar i ordets vanliga mening, alltså kategoriska tillsägelser med ett bestämt krav på åtländnad, utan till dem får man också räkna sådant som en begäran, en uppmaning, en anmodan, en anhållan, en bön. De rättsliga handlingsimperativerna är dock i allmänhet kategoriska liksom de rättsliga handlingsreglerna.

Mellan ett rättsligt handlingsimperativ och en ren befallning finnes viktiga skillnader. Om en person är i färd med att korsa en gata och jag befäller honom att stanna, för att han inte skall bli påkörd av en bil, är detta en ren – icke rättsligt kvalificerad – befallning. Man kan också kalla den en naken befallning. Den har ingen plats i den positiva rättens system av imperativer. Jag har ingen behörighet att befälla över personen, och denne har ingen rättslig lydnadsplikt mot mig. Om en rånare befäller mig att lämna ifrån mig min plånbok, är detta också en ren befallning. Något annat är det, när en löjtnant under exercis kommenderar en pluton. Han har befälsrätt över plutonen, d v s rättslig kompetens att meddela vissa slags befallningar till den med den tänkta effekten, att soldaterna i plutonen blir förpliktade att handla enligt befallningarna. Vidare är dessa befallningar rättsfakta för tillämpning av vissa rättsregler. Om en underordnad krigsman vägrar att lyda förmans befallning, begår han som regel lydnadsbrott (eller tjänstefel), för vilket han skall dömas till straff.

De rättsliga handlingsimperativerna är alltså element i den positiva rättens system. De förutsätter *rättslig kompetens* hos dem som meddelar imperativerna. Från de rena befallningarna skiljer sig de rättsliga handlingsimperativerna dessutom genom att de anses *förpliktande*. I detta avseende överensstämmer de med de rättsliga handlingsreglerna, vilka också anses giva upphov till plikter. Även dessa regler förutsätter en rättslig kompetens. Man kan inte föreställa sig en handlingsregel såsom ”rättslig”, d v s såsom rättsligt förpliktande, utan att

man bakom handlingsregeln tänker sig ett subjekt med rättslig makt att förplikta människor (lagstiftaren, staten, samhället, Gud). Analysen av de rättsliga handlingsreglerna i början av detta kapitel förutsätter alltså egentligen kännedom om innebörden av kompetensreglerna, vilka från denna synpunkt borde ha behandlats före handlingsreglerna. Det går emellertid inte att någorlunda fullständigt beskriva en del av rättssystemet utan att förutsätta kunskap om andra delar. Såsom har framhållits i synnerhet av Hans Kelsen och Alf Ross, bildar varje nationellt rättssystem ett "meningssammanhang". Härom skall ännu några ord sägas i en följande avdelning (§ 16).

Såväl de rättsliga handlingsimperativerna som de rättsliga handlingsreglerna har alltså *ett ideologiskt inslag*, som skiljer dem från rena befallningar. De kännetecknas av den metafysiska egenskapen att vara förpliktande för adressaterna. Detta är en konsekvens av den giltighetsföreställning som knytes till rättssystemet i dess helhet. Gränsen mellan rättsliga handlingsregler och handlingsimperativer å ena sidan samt performativer å andra sidan blir därigenom flytande. Den primära effekten av de förra kan ju sägas vara uppkomsten av rättsliga handlingsplikter, vilket är en ideell effekt, jämförlig med uppkomsten av en rättslig kompetens eller en rättslig kvalitet. Rättsliga handlingsimperativer kan to m ha performativets språkliga form. I betalningsdomar är detta vanligt, i det att domstolen ofta i stället för "NN skall betala" skriver "rätten förpliktat NN att betala" eller "NN förpliktas att betala". Även rättsliga handlingsregler kan ha en performativisk form, liknande den som man finner hos kvalifikations- och kompetensregler. I stället för verbformen "skall" förekommer sålunda ibland uttryck som "vare pliktig" eller "är skyldig", varigenom reglerna ser ut att i första hand giva upphov till handlingsplikter. Samma sats kan alltså vara på en gång ett performativ och ett handlingsimperativ. En typisk sådan kombination är en sats, som uttrycker ett löfte, t ex satsen "Jag lovar att väcka dig kl 7" eller satsen "Jag förbinder mig att på anfordran betala 100 kr". Den ideella effekten, löftet eller handlingsplikten, uppstår genast genom satsens uttalande. Funktionen att framkalla ett handlande och därmed en verklig effekt fyller satsen först när löftesgivaren väcker löftesmottagaren respektive på anfordran betalar 100 kr till denne.

Liksom de rättsliga handlingsreglerna äger tydligen de rättsliga handlingsimperativerna en viktig likhet med de rena befallningarna, nämligen egenskapen att innehålla *handlingsmönster*. Denna egenskap skiljer båda typerna av rättssatser från kvalifikationsregler och kvalifikationsakter samt kompetensregler och kompetensakter. Genom att innehålla handlingsmönster kännetecknas båda typerna av rättssatser liksom de rena befallningarna av *intentionen att framkalla ett handlande* av en adressat, alltså intentionen att framkalla en *verklig* effekt. Den effekt, som är karakteristisk för performativerna såsom sådana, är däremot *enbart tänkt*, ideell.

Den tänkta egenskapen att vara förpliktande skiljer alltså de rättsliga handlingsimperativerna från de rena befallningarna. I och för sig kan även dessa imperativer tänkas vara befallningar, nämligen rättsligt kvalificerade sådana, men det kan ifrågasättas, om dessa imperativer alltid gör skäl för namnet befallning. Det är tvivelaktigt, om den psykologiska situationen vid meddelandet av ett rättsligt handlingsimperativ alltid är en verklig befallningssituation och om icke sådana imperativer ofta bör betecknas som "fristående" i samma mening som rättsreglerna. När domar och beslut meddelas av kollegiala domstolar och myndigheter, ter det sig särskilt onaturligt att tala om befallningar. Vid rättsliga handlingsimperativer är den "befallandes" vilja irrelevant, och ej sällan handlar han av tvång eller åtminstone känslomässigt indifferent.

För att förverkliga sina rättspolitiska syften begagnar sig lagens upphovsmän stundom av metoden att låta myndigheterna utfärda individuella handlingsdirektiv. Förhållandena på ett visst verksamhetsfält kan växla så mycket och vara så svåra att förutse, att lagstiftaren i viss utsträckning måste överlåta åt ämbetsverk eller lokala myndigheter att bestämma särskilt för enskilda fall genom individuella direktiv. Byggnadsnämnds föreläggande att riva en byggnad är ett exempel på ett sådant direktiv. Rivningen av byggnaden är visserligen ett fysiskt handlande utan rättslig innebörd, men själva föreläggandet är rättsligt kvalificerat, eftersom det för att anses som rättsligt förpliktande kräver en rättslig kompetens hos den myndighet som meddelar föreläggandet. Ett bevis härför är det, att man med god mening kan ställa frågan, huruvida ett av byggnadsnämnd meddelat föreläggande är giltigt eller ogiltigt, medan denna fråga saknar mening vid en ren befallning eller ett annat rent handlingsimperativ. Om någon ber mig att lägga ett brev på brevlådan, ser jag inte något skäl att ställa frågan, om denna anmodan är giltig eller ogiltig. Vidare är ett giltigt föreläggande, meddelat av administrativ myndighet, ofta även ett rättsfaktum. Att åsidosätta föreläggandet kan vara belagt med straff, och då utgör föreläggandet rättsfaktum i förhållande till straffbudet och är alltså även på detta sätt sammanknutet med rättsordningen. Ett föreläggande vid vite är likaså inordnat i det rättsliga systemet genom förbindelser i tvenne riktningar. Bakåt förutsätter det en kompetens att stadga vitespåföljd, och framåt fungerar vitesbeslutet som rättsfaktum för den regel som föreskriver utdömande av vitet vid underlåtenhet att följa föreläggandet.

Även i domstolarnas verksamhet utdelas handlingsdirektiv. Här torde det vanligaste handlingsdirektivet vara ett domslut, som innehåller ett förpliktande att betala ett visst penningbelopp. Denna karaktär har betalningsdomar samt beslut i mål om lagsökning för penningfordran och om betalningsföreläggande ävensom domar å böter, vite eller värdekonfiskation o.d. Det väsentliga i en betalning är emellertid icke handlingens med våra sinnen iakttagbara förlopp, såsom fallet är med rivningen av en byggnad. Det väsentliga är handlingens



rättsliga effekt, vid kontant betalning övergången av äganderätten till de fysiska föremål som symboliserar de tänkta värdeenheter, kronorna och örena (se ovan s 68).

I sammanhang med de rättsliga handlingsimperativerna kan lämpligen något sägas om de s k *rättshandlingarna*, vilka ju är individuella rättssatser av enorm betydelse för samhällslivet, särskilt i ekonomiskt avseende. Medan statsorganisationen bygger på över- och underordning av de samverkande personerna, gäller på privaträttens område som huvudregel, att ingen person har rättslig kompetens att befalla över någon annan. Den rättsliga handlingsförmågan är visserligen ett slags rättslig kompetens, men den innefattar en kompetens att förplikta sig själv (eller att avstå från en rättighet) och icke någon kompetens att förplikta andra. Tex kan man genom ett avtal förplikta sig till en penning- eller arbetsprestation. Anbudet eller accepten kan sålunda innehålla ett handlingsimperativ, men detta är riktat till den "befallande" själv och skulle därför något oegentligt kunna betecknas som en självbefallning. Rättshandlingarna och i synnerhet de kombinationer av sådana som kallas avtal är emellertid *sammansatta företeelser*, vilka icke restlöst kan hänföras till någon bestämd kategori av individuella rättssatser. Avtalet kommer att behandlas översiktligt i ett särskilt följande avsnitt (§ 18).

## § 16. Sammanfattning och kommentar

Rättsreglerna i ett land utgör, såsom *Alf Ross* i viss anslutning till Hans Kelsen har uttryckt det och såsom redan flera gånger har framhållits, ett "*meningssammanhang*". Genom lagstiftningsakterna sammanhänger alla lagregler med författningen och således även med varandra. De sedvanerättsliga reglerna sammanhänger med författningen via domstolsorganisationen. Dessa regler grundar sig ju på domstolarnas praxis, och domstolarnas ledamöter är tillsatta genom kvalifikationsakter (utnämningar, förordnanden, val), vilka direkt eller indirekt härleder sin giltighet ur regeringsformen. Ordinarie domare tillsättes av regeringen med stöd av kompetensregler i regeringsformen och rättegångsbalken. Vilka slag av domare som tillsammans konstituerar en domstol av visst slag, bestämmes i rättegångsbalken. Denna balk är stiftad i enlighet med regeringsformen och riksdagsordningen o s v. Med samma metod kan man finna ett sammanhang mellan författningen och vilken positivrättslig företeelse som helst, ett kommunfullmäktigebeslut, ett skattedebitering, en vägskylt, ett stopptecken av en polisman, en militär inkallelseorder, ett körkort, ett pass, ett examensbetyg vid en statlig undervisningsanstalt, ett hyreskontrakt eller ett testamente.

Hur förhållningsregler, kompetensregler och kvalifikationsregler hänger ihop med varandra, har klargjorts i framställningarna av respektive regeltyper. Om kompetensnormerna säger Ross, att de "står i uoplöselig meningssammenheng med de umiddelbare forholdsnormer".<sup>1</sup> Kvalifikations- och kompetensakternas samt de individuella handlingsimperativernas platser i sammanhanget har också förklarats. Om utsagor av dessa språkliga typer ligger utanför det rättsliga meningssammenhanget, betraktas de som tomma ord, som ett fåktande i luften, eller som uttalanden av "enbart moralisk" betydelse. Innebörden av sammanhanget är bl a den, att en kvalifikationsakt enligt innehållet i de handlings- eller kompetensregler som förutsätter akten i fråga är "rättsfaktum" för dessa regler endast under förutsättning att den har företagits i enlighet med en kompetensregel, som säger, att den handlande är kompetent att utföra en sådan kvalifikationsakt. Sålunda är en vigsel icke "giltig" eller icke någon "vigsel i juridisk mening", om den icke har förrättats av en därtill "behörig" vigselförrättare (se GB 4:9). När det föreskrives i ärvdabalken 19:1, att rätten under viss förutsättning skall förordna boutredningsman, förutsätter detta lagbud med praktisk nödvändighet en kompetensregel av innehåll, att endast "rätten", dvs allmän domstol, "kan" förordna boutredningsman, dvs förläna en person den rättsliga kvalitet, som ordet boutredningsman betecknar. Kompetensregeln förutsätter i sin tur en rättslig kvalitet, nämligen kvaliteten "allmän domstol", vilken direkt eller indirekt bygger på andra kompetensregler, i sista hand regeringsformen. Rättslig kvalitet och rättslig kompetens betingar alltså varandra enligt regelsystemets eget innehåll utom när det gäller rättsreglernas yttersta grund. *Meningssammenhanget såsom helhet bäres upp av en social konvention*, som tillägger de fundamentala författningsreglerna "rättslig giltighet" (jfr Hans Kelsens "grundnorm").

Relationen mellan en kvalifikationsregel och en tillhörande handlings- eller kompetensregel kan uttryckas så, att "rättsföljden" i den förra är ett ideellt förhållande, en rättslig kvalitet, som bildar "rättsfaktum" för handlings- eller kompetensregeln, dvs är upptaget såsom moment i den senares rekvisit. Det ligger i sakens natur, att *den rättsliga kvaliteten måste vara ett helt och hållet juridiskt begrepp, ett begrepp utan korresponderande verklighetsunderlag*. Medan en rättslig handlingsregel kan konstrueras med icke-juridiska begrepp, måste en rättslig kvalifikationsregel innehålla ett rent juridiskt begrepp.<sup>2</sup> Flera sådana begrepp har berörts i det föregående: förmyndare, medborgarskap, äktenskap m.m. I lagtexterna hör sådana begrepp till vanligheten, och samma är förhållandet i sedvanerätten, sådan som denna brukar framställas i rättsvetenskapliga eller eljest juridiska skrifter. *Såsom led i rättssystemet fungerar begreppen endast som "konjunktioner"*, men vid sidan härav har de ofta praktisk betydelse på *det socialpsykologiska planet*, vilket kan utnyttjas för rättspolitiska syften. Systematiskt kan de liknas vid stationer på vägarna mellan grupper av rekvisit och grupper av

handlingsmönster.<sup>3</sup> På vägen från ett rekvisit till ett handlingsmönster kan det bli nödvändigt att passera genom flera sådana stationer. I rättssystemet har alltså föreställningarna om rättsliga kvaliteter en viktig sammanknyttande funktion. I det följande skall vi ytterligare belysa denna funktion med exempel från ett par viktiga rättsområden, förmögenhetsrätten och straffrätten.

*Förmögenhetsrättens systematik bygger på åtskilliga rent juridiska begrepp.* För att få en exakt föreställning om den syntaktiska uppgift som fylles av dessa begrepp borde man *omskrivna hela förmögenhetsrätten till rena förhållningsregler.* Även om man nöjde sig med ett parti av förmögenhetsrätten, skulle företaget dock bli av sådan storleksordning och svårighetsgrad i relation till den vetenskapliga behållningen att det knappast skulle komma i fråga att genomföra det. För vetenskapligt ändamål bör det också vara tillräckligt att göra tankeexperimentet i starkt förminskad skala. Eftersom erfarenheten har visat, att det är mycket svårt att frigöra sig från gammalt vanetänkande, synes det vara bäst att icke taga sin utgångspunkt i det rådande regelsystemet utan i stället gå den motsatta vägen och börja med att i fantasin bygga upp en egendomsordning av enklaste slag från grunden samt sedan konfrontera den med förmögenhetsrättens traditionellt givna system. Det är icke fråga om hur reglerna skulle verka i praktiken, utan det gäller endast att skapa en egendomsordning i detta ords normativa mening, alltså ett system av praktiska satsar, vilka fingeras bli hundraprocentigt "genomförda" utan hjälp av sanktionsregler och domstolsapparat. Vi inskränker oss alltså till att ställa upp primära regler för enskilda personer.

Situationen kan antagas vara den, att tio män från ett förlist fartyg har lagt till med en livbåt vid en tidigare okänd ö. Vi ställer oss uppgiften att dela upp ön mellan männen, så att var och en av dem ostörd av de andra kan bruka sin del av öns jord. Männen kallar vi A, B, C osv. För att en av dem skall få vara i fred på sin jordbit, måste de övriga hindras från att utnyttja den. *Grundprincipen i egendomsordningen blir därför en allmän "fredsplikt", ett passivitetsbud.* "Ingen får gå i land." Så kan förbudet uttryckas i tillspetsad form. Med några streck, på en karta eller på själva marken, delas marken sedan upp i tio delar, vilka numreras med siffrorna 1–10. Härfter "får" A område 1, B område 2, C område 3 osv. Detta måste gå till så, att *undantag* göres från passivitetsbudet för var och en av de tio männen, för A beträffande område 1, för B beträffande område 2, för C beträffande område 3 osv. Det generella passivitetsbudet förses alltså med undantag genom individuella rättssatser, genom tio "leges in casu". Förutsatt att passivitetsbudet respekteras i den omfattning som det står kvar, kan var och en sedan utan intrång av de andra odla sin jordbit.

Härmed har en rudimentär egendomsordning i normativ mening skapats (förvisso utan möjlighet att bli socialt effektiv, eftersom en statsorganisation saknas).<sup>4</sup> Egendomsordningen är uppbyggd av en *förhållningsregel*, försedd med individuella *undantag*. Det är att märka, att egendomsordningen har skapats *utan*

att ordet äganderätt eller någon ekvivalent till detta ord har använts.

Reglerna medger emellertid ingen omfördelning av marken. Egendomsordningen är statisk och alltså i längden opraktisk. Framför allt är den alldeles otillräcklig i ett större samhälle, i vilket försörjningen av en talrik människoskara baseras på omsättning av jordens produkter och andra varor. Reglernas otillräcklighet visar sig, om A och B vill byta område med varandra. Naturligtvis kan vi uppfylla deras önskemål på det sättet, att vi upphäver de ursprungliga förklaringarna beträffande områdena 1 och 2 samt i stället förordnar, att A skall vara undantagen från passivitetsbudet såvitt rör område 2 och B såvitt rör område 1. Men en sådan metod för omsättning är självfallet otänkbar i ett samhälle av större dimensioner. I praktiken är det nödvändigt att ha *omsättningsregler*, så att enskilda personer kan sköta omsättningen själva ”i rättsordningens hägn”. I vårt fall behöver vi alltså regler, vilka gör det möjligt för A och B att själva åvägbringa en omfördelning av den innebörd att passivitetsbudet kommer att vara försatt ur spel för A endast beträffande område 2 och för B endast beträffande område 1. De individuella förklaringarna om undantag från passivitetsbudet måste då ersättas av något annat, nämligen en generellt formulerad undantagsregel som ger samma resultat. För att undantagsregeln skall giva samma resultat som de tio särskilda dispenserna, måste *konstlade differentieringar* göras mellan de tio personerna i deras förhållande till respektive markområden, och till dessa konstlade differentieringar måste undantagsregeln ansluta sig.

A måste sålunda fingeras stå i en särskild relation till område 1, och motsvarande fiktion måste göras beträffande de andra nio personerna. En relation mellan A och område 1 skapas alltså i fantasin, och detta sker med hjälp av någon språklig symbol. Man kan utfärda en förklaring, att A är (i juridisk mening!) ”placerad” på område 1. Motsvarande förklaringar utfärdas beträffande de övriga männen och deras förhållande till respektive områden. För att göra klart för oss, att det rör sig om fiktioner och icke om någon faktisk placering på ön, antager vi, att förklaringarna utfärdas i omedelbar anslutning till passivitetsbudet, innan de tio männen har gått i land på ön. Förklaringarna är således *kvalifikationsakter*. Det är sedan en enkel sak att giva det generella undantaget från passivitetsbudet den erforderliga formuleringen: I fråga om visst område skall passivitetsbudet icke gälla för den som är ”placerad” på området. Termen ”placerad” fungerar då som kopula mellan kvalifikationsakten och undantagsregeln, och båda får tillsammans samma praktiska innebörd som det ursprungliga individuella undantaget från passivitetsbudet.

Vägen är nu banad för införandet av själva omsättningsreglerna. Deras innebörd blir, att de på ön ”placerade” personerna skall kunna *omkvalificera varandra* genom att iakttaga en bestämd procedur. Till den ändan måste uppställas en *kompetensregel*, som säger, att den som är ”placerad” på visst område ”kan”

överflytta "egenskapen" att vara "placerad" på området till någon annan genom att förfara på ett definierat sätt. Den som själv har kvaliteten "placerad" på område X förklaras alltså vara *på grund av sin kvalitet kompetent* att medelst en *kvalifikationsakt* av visst slag överflytta sin egen kvalitet på en annan. En konsekvens av kompetensregelns innehåll blir, att kompetensen automatiskt följer med kvaliteten, när denna överföres på en annan person, vilket betyder, att den senare enligt reglerna kan i sin tur föra kvaliteten och kompetensen vidare till en tredje osv in infinitum. Kvalifikationsaktens utseende är i princip likgiltigt utom såtillvida, att det är lämpligt att använda ordet "placera", som från början har tagits i bruk för att utmärka den tänkta relationen mellan person och objekt. Det är överhuvudtaget mycket lämpligt att föreskriva ett sådant språkligt innehåll i kvalifikationsakten att den kommer att *i ord framställa sin egen innebörd*. För att bli lätt att förstå och känna igen bör akten alltså få formen av en performativisk utsaga ("Härmed förklarar jag B vara i mitt ställe placerad på osv" eller "Härmed överlåter jag på B min placering på osv"). (Jfr citatet av Kelsen överst på s 35 ovan).

Den nu skisserade primitiva egendomsordningen kan kompletteras med regler om succession vid dödsfall. Dessa regler är *kvalifikationsregler*. Egenskapen att vara "placerad" på visst område övergår ipsa lege på viss annan person vid den "placerades" död. Medan omsättningen inter vivos sker genom *kvalifikationsakter*, sker den vid dödsfall i enlighet med *kvalifikationsregler* (här bortses från förvärv genom testamente).

Det tankeexperiment som vi nu har gjort belyser i någon mån beskaffenheten hos de grundläggande reglerna i förmögenhetsrätten. Grundsatsen om rätts-handlingsförmågan är en kompetensregel. Överlåtelsehandlingen är en kvalifikationsakt. Arvsreglerna är kvalifikationsregler. Som en outtalad grundsats under hela systemet ligger det allmänna passivitetsbudet. "Se men inte röra!" En generell undantagsregel dispenserar mer eller mindre från detta förbud för den som har en "rättstitel", dvs har i enlighet med rättssystemet blivit kvalificerad såsom "ägare" till ett objekt eller såsom på annat sätt privilegierad med avseende å objektet. För att de primära egendomsreglerna och *framför allt det allmänna passivitetsbudet* skall bli effektiva är de förbundna med sanktionsregler. Dessa hänföres systematiskt dels till civilrätten, nämligen regler om restitution samt ersättning och annat skadestånd, dels till straffrätten, nämligen regler om straff och andra påföljder för förmögenhetsbrott. I den mån som den rättsliga kvalifikationen såsom "ägare" till ett objekt fritager "ägaren" från passivitetsbudet, fritager den honom också från de sanktionsregler vilka förutsätter överträdelse av detta bud. Sådana sanktionsregler är bla straffbestämmelserna för stöld, sakförskingring och olovligt brukande, vilka alla förutsätter, att objektet tillhör annan än gärningsmannen.

Kvaliteten "ägare" är emellertid icke tillräcklig för att undantaga "ägaren"

från alla förbuds- och sanktionsregler i hans förhållande till objektet. Som bekant kan "ägaren" till ett föremål drabbas av straff för olaga självtäkt eller egenmäktigt förfarande, nämligen om han flyttar föremålet utan att själv, som det heter, vara ensam "besittare" till det. Huruvida en person "är besittare" till ett föremål, avgöres medelst regler om när "besittning" föreligger. Dessa regler hör delvis till reglerna för omsättning av egendom. För att den som har "förvärvat äganderätt" till en sak skall bli helt undantagen från passivitetens budet i förhållande till saken, måste han dessutom jämlikt besittningsreglerna ha blivit kvalificerad som "ensambesittare" till objektet. Detta brukar ske genom en förändring av den rumsliga relationen mellan person och objekt. Om objektet icke är en fastighet, sker förändringen vanligtvis genom att objektet självt flyttas "till" den nye "ägaren". Den tidigare "besittaren", vanligen överlåtaren själv, kan företaga denna förflyttning utan att bryta mot passivitetens budet, eftersom detta icke berör honom i hans förhållande till objektet i fråga. För att detsamma skall bli möjligt för den nye "ägaren", måste denne ha medgivande av den tidigare "besittaren". Eljest utgör förflyttningen ett "olovligt besittningstagande", vilket är straffbart såsom olaga självtäkt eller egenmäktigt förfarande och kan föranleda restitution av objektet. Har förflyttningen däremot utförts utan överträdande av passivitetens budet, är den nye "ägaren" därmed även kvalificerad såsom "ensambesittare" till objektet och alltså helt undantagen från passivitetens budet, dock endast under förutsättning, att ingen annan enligt egendomsreglerna har en begränsad rätt till föremålet.

I det förmögenhetsrättsliga systemet ingår sålunda *regler om besittning*. Reglerna utsäger, att besittning till ett föremål tillkommer en person, när vissa faktiska förhållanden föreligger. Reglerna, som bygger på juridisk doktrin, är sedvanerättsliga. Deras rättspolitiska grund och deras innehåll är i det stora hela välkända för varje jurist och kan här förbigås.<sup>5</sup> Rekvisiten i besittningsreglerna refererar till faktiska förhållanden (stundom spelar dock även rättsliga förhållanden en roll), vilket ofta ger upphov till missuppfattningen, att besittningen själv är något faktiskt (ett "innehav", en "rådighet", en faktisk "makt" e.d). Besittningen är emellertid liksom äganderättsförhållandet en rättslig kvalitet, och det lönar sig därför inte att försöka bestämma den som en social verklighet. Reglerna om när besittning föreligger är *kvalifikationsregler*.

Redan det som hittills har framgått om arten av förmögenhetsrättens regler visar, att dessa är svårtillgängliga för en rättsteoretisk analys. Egendomsreglerna är så mycket mera hårdarbetade som deras funktionella beskaffenhet beslöjas ytterligare av deras avfattning såsom *regler om äganderätt och andra rättigheter*. Reglerna bygger på rättighetsideologien, som i förhållande till den nyss fabricerade egendomsordningen för de skeppsbrutna representerar ett inverterat föreställningssätt. Den sistnämnda egendomsordningen sattes ihop av ett generellt förbud och individuella undantag från detta. Enligt gängse juridiskt betraktel-

sesätt består ägarens ideella position icke i att han är undantagen från förbud utan i att han har en makt över objektet, vilken andra saknar, nämligen äganderätten. När A enligt omsättningsreglerna sätter in B i sitt ställe, heter det, att han överlåter äganderätten till föremålet (eller att han överlåter själva föremålet) till B. Hans kompetens att kvalificera B såsom ägare till föremålet innefattas – jämte annat – i föreställningarna, att A har såväl äganderätten till föremålet som rättslig handlingsförmåga. Ett handlande i strid mot egendomsreglerna uppfattas icke som ett brott mot det allmänna passivitetsbudet utan som ett angrepp på äganderätt och besittning eller på endera o s v.

Sådant som det förmögenhetsrättsliga systemet föreligger som produkt av en utveckling genom många sekler utgör det väsentligen *ett system av regler om hur äganderätt och andra rättigheter uppkommer, överföres eller upphör*. Termen rättighet (rätt) i skiftande ordsammansättningar fungerar som uttryck för rättslig kompetens och rättslig kvalitet. Detta hindrar icke, att reglernas funktion är att påverka människors beteende.<sup>6</sup> Även rättighetsföreställningen såsom sådan kan naturligtvis, där den finnes i människors medvetande, inverka på deras attityder.<sup>7</sup> Rättighetstermerna har i varje fall en viktig samordnande uppgift i systemet av rekvisit och handlingsmönster,<sup>8</sup> såsom fallet ju också är med många andra juridiska termer.<sup>9</sup>

De rättsliga kvaliteternas betydelse i systematiskt hänseende skall belysas ytterligare med exempel ur *straffrätten*. Denna del av rättssystemet rör sig såsom helhet i mindre grad än civilrätten med begreppet rättighet, och reglerna företer ofta åtminstone ytligt sett bilden av elementära rekvisit och handlingsmönster. Traditionellt säges straffrätten handla om brott och straff, och man får numera tillägga, att den även handlar om andra slags påföljder för brott. Att begreppen brott och straff har en utomordentligt stor socialpsykologisk betydelse behöver ej närmare dokumenteras. Det ur systematisk synpunkt centrala begreppet är begreppet brott. Visserligen förekommer ordet brott icke i de flesta straffbud, men det användes i många straffprocessuella bestämmelser samt även eljest i juridiskt språkbruk, framför allt i den straffrättsliga doktrinen, vars satser i stor omfattning har blivit erkända såsom sedvaneregler genom domstolspraxis. Brottet eller, om man så vill, brottsligheten är en rättslig kvalitet, som genom kvalifikationsregler bildligt talat tryckes på bestämda gärningstyper. Visserligen användes ordet brott om *gärningar*, i både konkret och abstrakt bemärkelse, men det är ju då fråga om gärningar som förmenas äga kvaliteten brottslighet.<sup>10</sup> Denna kvalitet är en länk mellan brottsrekvisiten och det straffrättsliga systemet av handlingsmönster för domaren, d v s reaktions- eller påföljdssystemet (med tillhörande speciella rekvisit för varje typ av påföljd). Eftersom brottet är en rättslig kvalitet, är det meningslöst att försöka giva något slags definition av det. Det sk materiella brottsbegreppet har straffrättsvetenskapen slutat att söka efter. Och säger man, att brottet är en lag i straffbelagd handling, anger man

bara det konventionella sambandet mellan de båda lagtekniska begreppen brott och straff. Även termen straff betecknar en rättslig kvalitet, och genom den berörda, formella brottsdefinitionen ställes man alltså endast inför en annan, lika omöjlig definitionsfråga. Att bestämma innehållet i ett materiellt straffbegrepp är en helt annan sak.<sup>11</sup> Sambandet mellan de lagtekniska begreppen brott och straff är numera mycket uttunnat på grund av förändringarna i straffrättsens påföljdssystem. Eftersom sambandet som sagt är konventionellt, skulle det i princip kunna brytas helt.<sup>12</sup> Man skulle kunna skapa ett regelsystem, enligt vilket vissa handlingar är brottsliga utan att vara straffbara. Man skulle kunna stryka strafftermen utan att brottsbegreppet därför behövde försvinna ur regelsystemet. Detta var just en huvudtanke i ett par av de lagförslag som föregick brottsbalken.<sup>13</sup>

Även om det icke framgår klart av straffbuden, har begreppet brott och dess underbegrepp (mord, stöld, skadegörelse o s v) i den straffrättsliga dogmatiken – vilken genom domstolspraxis har i stora drag blivit accepterad som ”gällande rätt” – skjutits in mellan straffbudens rekvisit och deras handlingsmönster. I vanligt forensiskt tänkande uppfattas mordparagrafen (BrB 3:1) ungefär så här: Den som uppsåtligen berövar annan livet, begår brottet mord. För detta skall han dömas till fängelse i tio år eller på livstid. Paragrafen upplöser sig alltså för tanken i tre regler: 1) en kvalifikationsregel, som stämplar det beskrivna handlinget som ett brott och närmare bestämt som ett mord,<sup>14</sup> 2) en handlingsregel, som ålägger domaren att stämpla gärningen såsom mord genom att döma gärningsmannen ”för mord”, vilket är en kvalifikationsakt, 3) en handlingsregel, som ålägger domaren att döma gärningsmannen till fängelse i tio år eller på livstid. Brottsbegreppets roll visar sig alltså i brottsrubriceringen, som ofta är ett viktigt moment i den straffrättsliga bedömningen. Betecknande härför är det, att förekommande brottsbenämningar begagnas av domstolarna i såväl domskäl som domslut.

Andra rättsliga kvaliteter av samordnande betydelse i det straffrättsliga regelsystemet är kvaliteterna påföljd och straff, av vilka den senare nyss berördes. Dessa kvaliteter anknytes icke till rättsfakta utan till grupper av handlingsmönster för domaren. Vissa komplexa handlingsmönster, kallade böter, fängelse m m är sammanfattade under beteckningen straff, och de är jämte andra handlingsmönster sammanförda under den överordnade beteckningen påföljd (BrB 1:3).

Sakligt sett hör till det straffrättsliga regelsystemet även andra kvalifikationsregler än de som nu har berörts eller som eljest anses ha sin hemort i straffrättsens disciplin. Rekvisiten i många straffbud hänvisar nämligen till kvalifikationsregler eller kvalifikationsakter, vilka återfinnes i andra delar av rättssystemet: civilrätten, statsrätten, förvaltningsrätten, finansrätten m m. Typiska exempel är förmögenhetsbrottens rekvisit, vilka bygger på civilrättsliga kvaliteter,



såsom äganderätt och besittning m.m. Sålunda förutsätter stöldbrottet ett objekt, som ”tillhör” annan än gärningsmannen, och i typiska fall utgör stöldhandlingen ett olovligt besittningstagande. Straffbudet för stöld är alltså delvis en blankett, som fylls med innehåll av civilrättsliga kvalifikationsregler. Det samma gäller om en rad andra straffbud, som avser sk angrepp på besittning, äganderätt, begränsad sakrätt eller annan rätt till bestämd sak, såsom straffbudet rörande egenmäktigt förfarande, olaga självtäkt, (sak)förskingring, olovligt förfogande, olovligt brukande, skadegörelse. Även förmögenhetsbrotten i övrigt sammanhänger på skiftande sätt med civilrättens system, inklusive reglerna om fordringsrätter. Vissa förmögenhetsbrott sammanhänger med reglerna om avtal på förmögenhetsrättens område. Dessa regler, som i någon ringa mån berördes ovan på tal om omsättningsregler, är på flera sätt värda att uppmärksammas särskilt i en undersökning av rättsreglernas natur och skall därför bli ämnet för en följande avdelning (§ 18).

---

Det som nu har sagts om förmögenhetsrätten och straffrätten är endast en exemplifiering. De olika delarna av rättssystemet – civilrätten, straffrätten, processrätten, förvaltningsrätten osv – förenas med varandra av otaliga trådar till ett enda stort helt, det rättsliga meningssammanhanget.

Detta sammanhang är i själva verket större än vi vanligen föreställer oss. Som element i rättsordningen kan man nämligen betrakta även andra regelkomplex än dem som vi åsyftar med beteckningen den positiva rätten, ehuru de sällan blir föremål för särskild uppmärksamhet. Genom traditionens och vanans makt har de blivit vår gemensamma livsluft, en beståndsdel av vår miljö. Till dessa regelkomplex hör tideräkningsreglerna, med vilka rättsordningen i övrigt hänger organiskt samman. Innehållet i många rättsregler är ju närmare bestämt av tideräkningsreglerna. Detta gäller tex om bestämmelser angående åldersgränser och legala frister. Alla våra gällande lagar anknyter dessutom till tideräkningen genom bestämmelserna om ikraftträdande. Att man sällan associerar tideräkningsreglerna med begreppet gällande rätt, kan bero på att reglerna har betydelse för oss långt utanför de rättsliga förhållandena. Tideräkningskonventionerna har dock den styrka och fasthet att det är omöjligt att ändra på dem annorledes än genom lagstiftning. Övergången till den gregorianska tideräkningen i Sverige år 1753 skedde genom en kunglig förordning, och sedan har åtskilliga smärre ändringar i tideräkningen skett likaledes genom lagstiftning.

Från juridisk synpunkt är tideräkningsreglerna särskilt intressanta därigenom, att de icke låter sig uppfattas som handlingsregler eller ens som brottstycen av sådana. Vilka skulle de handlingar vara, genom vilka man rättar sig efter dessa regler? De påverkar i första hand vårt föreställningsliv, och deras praktis-

ka betydelse ligger i att de ger oss extremt utvidgade möjligheter att samordna våra handlingar, att organisera vårt samhällsliv. Låt oss bara tänka på järnvägstrafiken! I princip skulle man kunna göra om tideräkningsreglerna, men samtidigt skulle man kunna anpassa tidtabellerna därefter, så att trafiken tidsmässigt skulle flyta på alldeles samma sätt som förut.

Till rättsreglerna skulle man med samma fog kunna räkna reglerna om mått och vikt, vilka likaså har en indifferent och abstrakt karaktär samt en ofantlig och överskådlig praktisk betydelse, både i rättsligt relevanta och i rättsligt irrelevanta förhållanden. Ett tecken på att även dessa regler ingår i det rättsliga meningssammanhanget var lagen 1934 om mått och vikt.

Ytterligare kan erinras om reglerna för penningväsendet, se lagen 1970 om rikets mynt jämte ett flertal andra lagar och författningar. Den positiva rätten är "genomsyrad" av dessa regler. På dem bygger i synnerhet förmögenhetsrätten och finansrätten. Ett likartat element i rättsordningen är reglerna om släktnamn och förnamn, vilka i svensk rätt är givna genom namnlagen av 1963.

## § 17. Regler om rättigheter

Gruppindelningen av rättsregler och individuella rättsatser i denna framställning grundar sig väsentligen på olikheter i rättsatsernas innehåll. Såsom flera gånger har påpekats, råder inte något lagbundet sammanhang mellan rättsatsernas innehåll och deras språkliga form. Inte sällan kan samma "funktionella" innehåll uttryckas på olika sätt. För att taga ett enkelt exempel når man samma praktiska resultat genom att geva A en rätt mot B och genom att ålägga B en motsvarande plikt mot A.

Språklig form och innehåll i en rättsregel är naturligtvis inte alldeles oberoende av varandra, och följaktligen kan den språkliga formen inte lämnas helt åsido vid en indelning av rättsreglerna. I viss mån hänger språklig form och tänkesätt samman. Därför kan man också tänka sig olika möjligheter vid en kategoriindelning, beroende på vilket betraktelsesätt som anlägges och vilken relativ betydelse som tillmätas å ena sidan reglernas praktiska funktion och å andra sidan den ideologi som tager sig uttryck i deras språkliga gestalt. Många rättsregler är präglade av *rättighetsideologien*. Utifrån språklig synpunkt kan man tala om en särskild, ehuru innehållsmässigt heterogen grupp av rättsregler, vilka handlar om rättigheter. Det vore tänkbart att sammanföra vissa av dessa "rättighetsregler" till en grupp, sidoordnad med de förut uppställda grupperna handlingsregler, kvalifikationsregler och kompetensregler.<sup>1</sup> Enbart förekomsten av termen rättighet eller rätt duger likväl inte som kriterium på rättsregelns karaktär från

innehållssynpunkt. Dessa termer användes nämligen i regler av starkt växlande beskaffenhet, och den första uppgiften vid en behandling av "rättighetsregler-na" blir därför att belysa, vilka olika typer av regler som döljer sig under den formella etiketten "rättighetsregler".

Först en anmärkning om betydelsen av ordet rätt. Detta ord har ju flera betydelser, och i detta sammanhang är det endast fråga om rätt i betydelsen av ett slags fördel, som tillkommer en person (rättighet, subjektives Recht, right). Inte heller denna betydelse hos ordet rätt är alldeles enhetlig. Med rätt eller rättighet kan man nämligen mena dels en rättslig frihet, som har en motsida i en ofrihet för en eller flera andra personer, och dels en rättslig frihet utan någon sådan motsida. Rättigheter av det senare slaget är allemansrätten beträffande mark och vatten, rätt att yttra sig i tal och skrift, rätt att fritt utöva sin religion. Talet om en sådan rätt kan vara blott och bart ett uttryck för att inga förbud mot den ifrågavarande verksamheten finnes uppställda i lag eller sedvanerätt. Rätt är då detsamma som en generell frånvaro av förbud. Detta slags rätt kan också vara proklamerad i sk rättighetsförklaringar, ofta i form av grundlagsbud, vilkas uppgift i första hand är att stadga materiella skrankor för lagstiftningsmakten.

Rätt i denna mening av frihet från förbud utan motsvarande ofrihet för andra lämnar vi nu åsido, och vi ser i stället på användningen av termen rätt i vanligt lagspråk. Det visar sig, att en "rättighetsregel" principiellt kan vara av flera slag.

En grupp av "rättighetsregler" bildar de, som kan omskrivas till handlingsregler och som därför kan sägas vara spegelbilder, omkastade bilder, av handlingsregler. Om den ena av två makar motsätter sig äktenskapsskillnad, har den andra maken ändå enligt GB 11:2 "rätt till äktenskapsskillnad" efter betänketid. Lagbudet uttrycker indirekt en handlingsregel för vederbörande domstol; denna skall meddela dom å äktenskapsskillnad, om endera maken yrkar därpå och den stadgade betänketiden har löpt ut. Domaren läser också GB 11:2 som en handlingsregel, riktad till honom själv. Termen rätt förklaras här dels av att skillnadsdomen ses som en fördel för maken dels av att lagen ger maken valfrihet mellan att få äktenskapet upplöst och att låta det bestå. Att GB 11:2 hade kunnat skrivas som en handlingsregel, framgår vid en jämförelse med GB 11:3 p 2, där ungefär samma regel återkommer i form av en handlingsregel: "Har betänketid löpt under minst sex månader, meddelas dom på äktenskapsskillnad, om make framställer särskilt yrkande därom." Materiellt finnes intet skäl att betrakta de båda lagbudena som olika typer av regler, den ena som en "rättighetsregel" och den andra som en handlingsregel. Sakligt sett bör GB 11:2 ses som *en maskerad handlingsregel* för domstolen. Åtskilliga "rättighetsregler" låter sig på samma sätt uppfattas som handlingsregler. Bla gäller detta om regler, vilka ger en person "rätt till skadestånd" mot en annan.

Vidare kan en "rättighetsregel" vara *ett undantag från en förbudsregel*. Ofta förutsätter undantaget en individuell rättssats, t ex myndighets tillstånd till yrkesmässig trafik, till handel med skrot eller till att giva offentlig föreställning. "Rättighetsregeln" är i sådant fall ett negativt element i förbudsregeln, och de båda reglerna skulle kunna skrivas samman till en enda bestämmelse. Den utgör alltså *en beståndsdel av en förhållningsregel*, varför den vid en indelning av rättsreglerna på teoretiska grunder kan undvaras som en särskild typ av rättsregel.

I avdelningen om kompetensregler påpekades bla, att lagspråket stundom använder termen rätt som beteckning för rättslig kompetens. Somliga "rättighetsregler" är alltså i själva verket *kompetensregler*. Exempel härpå är bestämmelser om militära befälhavares befälsrätt, bestraffningsrätt och tillrättaviseringsrätt.

De mest intressanta och mest problematiska av "rättighetsreglerna" är de, som reglerar egendomsordningen, d vs i främsta rummet reglerna om äganderätt. Bland dessa kan man som en särskild grupp behandla de regler som enligt sitt eget innehåll *skapar en ny äganderätt*, med andra ord reglerna om originära fång. Om en regel ger en person rätt att jaga eller fiska, innebär den i allmänhet, förutom tillåtelsen att bedriva jakten eller fisket, att han får äganderätt till bytet eller fångsten. En sådan regel låter sig utan svårighet uppfattas som *en kvalifikationsregel*. Den ger jägaren eller fiskaren den rättsliga egenskapen att vara ägare till bytet eller fångsten. Denna egenskap fungerar sedan som "rättsfaktum" i förmögenhetsrättens system (se ovan § 16).

Vad angår *egendomsreglerna i övrigt* är det en ganska vanlig föreställning, att de är regler om hur äganderätt och andra förmögenhetsrättigheter uppstår och försvinner. Detta är knappast någon riktig bild av reglernas beskaffenhet. Reglerna om derivativa och exstinktiva fång *förutsätter nämligen en bestående egendomsordning* och ger själva ingen förklaring till hur denna egendomsordning har uppstått. Reglerna är huvudsakligen *omsättningsregler*, alltså regler om hur det går till att *ändra* egendomsförhållandena och hurudana ändringarna skall bli. De vanligaste laga fången, de derivativa, förutsätter en överlåtare, som själv har äganderätt till det objekt som skall förvärvas. I och för sig bildar dessa regler alltså en logisk cirkel, eftersom de icke säger, hur äganderätten en gång uppstod ur intet.

Om man bortser från de praktiskt mindre betydelsefulla reglerna om originära fång, utgöres alltså de grundläggande egendomsreglerna av regler om hur äganderätt och andra förmögenhetsrättigheter *överföres* från en person till en annan. Överförande av en rättighet i dess helhet kallas som bekant överlåtelse, medan ett samtidigt utbrytande och överförande av en del av en rättighet kallas upplåtelse. Genom exemplet med de skeppsbrutna männen visades i föregående paragraf, att dessa omsättningsregler kan framställas utan hjälp av rättighets-

termen, nämligen såsom *kompetens- och kvalifikationsregler*. Likaså visades, att de rättshandlingar genom vilka omsättningen sker inter vivos kan karakteriseras som *kvalifikationsakter*. Exemplet ådagalade också, att själva egendomsordningen från början rent principiellt måste skapas genom *individuella rättsatser*, nämligen genom undantag från ett allmänt passivitetsbud. Hur föreställningarna om enskild äganderätt har uppstått är naturligtvis ett historiskt och socialpsykologiskt problem, icke ett juridiskt. Svunna tiders stora tänkare spekulerade knappast över detta problem utan intresserade sig mera för det "rättsliga" problemet om själva äganderättens ursprung. Från moderna rättsfilosofiska utgångspunkter ter sig teorierna härom kuriösa, men de har stort idéhistoriskt intresse, och några av dem skall därför nämnas här, om än i största korthet.

Frågan om äganderättens uppkomst berördes av *Hugo Grotius* i "De iure belli ac pacis" (1625), andra boken kap 1. I naturtillståndet kunde var och en taga vad han ville för eget bruk. Det som han hade tagit kunde ingen annan sedan beröva honom utan att göra orätt ("nisi per iniuriam"). Genom ockupation kunde individen alltså göra en sak till sin.

*Thomas Hobbes*, som behandlade samma fråga i "Leviathan" (1651), kap 15, räknade däremot icke alls med någon äganderätt i naturtillståndet. Alla hade rätt till allting. Avtal blev bindande först genom att en effektiv statsmakt upprättades. Först därmed uppstod också äganderätt. Enligt naturens lag skulle egendomen första gången delas lika mellan alla. Egendom, som inte kunde delas, skulle vara gemensam. Om detta var omöjligt, skulle den tillfalla den förste besittaren.

Mot Hobbes hävdade *John Locke* i den andra av "Two Treatises of Civil Government" (1690), st 27, att äganderätt förekom redan i naturtillståndet. Det är människans arbete, som skapar äganderätten. Genom att lägga ned arbete på det som finnes i "fritt" tillstånd skiljer hon detta från gemenskapen och gör det till sin egendom. Som exempel nämner Locke, att någon plockar frukter från ett träd, som ännu inte har kommit i någon människas ägo. Exemplet visar, att det nedlagda arbetet kunde bestå i ett blott besittningstagande och att Locke såg grunden för förvärvet i den personliga uppoffringen i form av möda och besvär och inte i det ökade värde som ett föremål kunde få genom bearbetning. Ett av ändamålen med samhällsfördraget är enligt Locke att skydda den enskilda äganderätten.

Även *Jean Jacques Rousseau* fann äganderättens enda verkliga grund i arbetet. Detta uttalar han i sin andra "Discours" (1754), andra delen, och i sin berömda pedagogiska skrift "Emile ou de l'Education" (1762), femte boken, samt i "Contrat social" (1762), första boken kap 9. Men medan äganderätten är okränkbar för Locke, är den enligt Rousseau underkastad allmänviljan, la volonté générale. Suveränen, dvs allmänviljan, har visserligen ingen rätt att förgräpa sig endast på en eller flera enskildas ägodelar, men den kan lagligt bemäk-

tiga sig allas ägodelar (Emile). Den rådande egendomsfördelningen fördömdes av Rousseau i ett berömt yttrande i hans andra "Discours": "Den förste som, efter att hava inhägnat en jordbit, fann på att säga: 'denna tillhör mig', och som fann människor tillräckligt enfaldiga att sätta tro därtill, var det borgerliga samhällets verkliga grundläggare."

Bland "rättighetsreglerna" förtjänar även reglerna om immaterialrättigheter att uppmärksammas i detta sammanhang. Dessa regler är icke endast omsättningsregler utan framför allt regler om hur vissa slags rättigheter uppstår och upphör. Sålunda säger den grundläggande regeln om upphovsrätt, att den som skapar ett litterärt eller konstnärligt verk därmed grundlägger en "rätt till verket" åt sig själv och sina successorer för en begränsad tid. Även upphovsrätten och immaterialrätten i övrigt synes kunna framställas som system av förhållnings-, kvalifikations- och kompetensregler.

Den nu gjorda, mycket översiktliga genomgången av olika typer av "rättighetsregler" har enligt författarens åsikt inte bevisat nödvändigheten av att bygga ut indelningen av rättsreglerna från rättsteoretiska synpunkter med en fjärde kategori. Det ser ut, som om "rättighetsreglerna" skulle kunna omvandlas och lösas upp samt fördelas på de tre kategorierna förhållningsregler, kvalifikationsregler och kompetensregler.

Om man sålunda anser sig kunna undvara "rättighetsreglerna" såsom en särskild klass av rättsregler vid en indelning av rättssystemet på rättsteoretiska grunder, betyder detta emellertid inte, att man förnekar rättighetsidéns praktiska betydelse och vetenskapliga intresse. Uppenbarligen faller det sig naturligt för de flesta människor att tänka sig rättsordningen såsom regler om människors rättigheter och skyldigheter. Man kan inte bortse härifrån och inte heller från det faktum att många rättsregler har formen av "rättighetsregler".<sup>2</sup> Vad termen rättighet egentligen betyder och vilka funktioner den har är följaktligen spörsmål av vital rättsvetenskaplig betydelse. Omkring dessa spörsmål har i modern tid utspunnit sig en livlig diskussion, inte minst i Skandinavien, och litteraturen på området är numera omfattande.<sup>3</sup> Liknande diskussioner har förts om andra juridiska begrepp, särskilt begreppet juridisk person.

I denna framställning är det knappast möjligt att gå in på en närmare redogörelse för olika teorier om rättighetsbegreppet eller rättighetsidéen. En kort antydan om några olika sätt att uppfatta rättighetens "väsen" skall dock göras.

Enligt den naturrättsliga åskådningen är människans rättigheter någonting, som existerar före den positiva rätten. Rättigheterna är från naturrättsliga utgångspunkter realiteter. De tillhör en högre, transcendent verklighet. Det är den positiva rättens uppgift att "förverkliga" rättigheterna i den naturliga verklighetens värld.

Även de positivistiska rättslärorna uppfattar rättigheterna såsom realiteter men såsom skapelser av den positiva rätten. Upphovsmannen till "intressejuris-

prudensen", den tyske rättsvetenskapsmannen Rudolf von Jhering, hävdade, att före den positiva rätten endast finnes intressen, inga rättigheter. Vissa intressen, vilka förtjänar att skyddas, förses av den positiva rätten med skydd i form av sanktionsregler, och därigenom uppkommer rättigheter. Jhering definierade därför rättigheten såsom "ett rättsligen skyddat intresse".

Denna berömda rättighetsdefinition spelade en stor roll långt in på 1900-talet. Den har emellertid mötts av stark kritik, särskilt av Uppsalaskolan. En rättighet är enligt Uppsalaskolan överhuvudtaget icke något existerande. Den är en metafysisk företeelse. Otivelaktigt menar man med en rättighet, t.ex. äganderätt, en makt. Men denna makt, som icke får förväxlas med de verkliga förmåner eller handlingsmöjligheter som normalt tillkommer rättighetens innehavare som följd av regelsystemets relativa effektivitet, kan icke vara någon verklig makt. Rättigheten är enligt denna uppfattning en enbart förestäld makt, en "ideell" makt.

## § 18. Reglerna om avtal

Även en översiktlig beskrivning av rättsreglernas natur skulle vara mycket bristfällig, om den icke befattade sig något med avtalsrätten. Vid sidan om reglerna för den statiska egendomsordningen har avtalsreglerna en betydelse för vårt ekonomiska liv, vilken knappast kan överskattas. En högre materiell standard förutsätter specialisering och arbetsfördelning samt omsättning av varor och tjänster med penningen som allmänt bytesmedel. Omsättningen blir möjlig genom den psykologiska avtalsmekanismen, och för att denna skall fungera tillfredsställande är den rättsligt reglerad. Avtalsrätten är ett rikt differentierat regelsystem av stor praktisk betydelse. I detta system spelar begreppet avtal (kontrakt) en central roll. Utan en analys av detta begrepp kan reglernas innebörd icke helt förstås.

Ett avtal tänkes uppkomma genom en samverkan mellan minst två personer. Vardera personens medverkan till avtalets uppkomst brukar betecknas som en viljeförklaring. I de enklaste fallen och i rättsvetenskapliga skolexempel kommer den ena viljeförklaringen i sin helhet före den andra och kallas då anbud (offert), medan den andra kallas accept. Såsom juridiska företeelser brukar dessa viljeförklaringar hänföras till kategorien "rättshandlingar i egentlig mening", en kategori som behandlas som en särskild grupp av rättsfakta. I sin mest utpräglade form har anbud och accept karaktären av performativer (se härom § 14, särskilt slutet). Termen viljeförklaring, som har sin grund i ett äldre betraktelsesätt, har blivit starkt kritiserad av Uppsalaskolan.<sup>1</sup>

Ordet *avtal* användes i flera betydelser. Emellanåt förekommer det som *en sammanfattande benämning på anbudet och accepten såsom reella fenomen*. Satsen "Avtalet mellan parterna ingicks i Stockholm den 30 augusti 1975" kan sålunda åsyfta en verklig händelse, infogad i rum och tid. Stundom avges viljeförklaringar genom att de båda kontrahenterna undertecknar en i förväg författad och utskrivnen (ofta tryckt) gemensam text. I så fall får ordet avtal (kontrakt) ofta fungera som *namn på den av kontrahenterna undertecknade avtalstexten*. Man talar tex om innehållet i punkt 7 i hyresavtalet (hyreskontraktet). Såsom element i avtalsreglerna betyder emellertid ordet avtal varken inbegreppet av anbud och accept eller avtalstext. I avtalsreglerna menas med avtal något som under vissa förutsättningar uppkommer genom att två personer utväxlar korresponderande viljeförklaringar.<sup>2</sup> Avtalet är då en verkan, en följd av viljeförklaringarna. Denna verkan eller följd är enbart "rättslig" dvs helt och hållet tänkt. Ett avtal i denna bemärkelse tänkes ha utsträckning i tiden. Avtalet "består" oförändrat mellan kontrahenterna till dess att det ändras, uppfylles eller annulleras genom deras egna åtgöranden eller eljest upphör att "gälla" av någon särskild anledning. I juridiskt språkbruk är ordet avtal sålunda vanligen *ett uttryck för kontrahenternas ömsesidiga "bundenhet"*.<sup>3</sup> Omväxlande med ordet avtal utan närmare bestämning förekommer uttrycket "bindande avtal" som ett slags förtydligande av ordet. Noga taget är detta uttryck en pleonasm. Språkbruket är dock icke konsekvent, eftersom man talar även om ogiltiga avtal, oaktat dessa icke kan betraktas som ömsesidigt bindande i juridisk mening.

Användningen av ordet avtal i betydelsen av ett slags band mellan kontrahenterna går tillbaka på den naturrättsliga uppfattningen, att kontrahenterna äger en i människans natur given förmåga att ådraga sig plikter mot varandra. Genom avtal kan människan med bindande verkan avsäga sig sin frihet eller åtminstone en del av den. Detta kommer till uttryck i den naturrättsliga "förnuftsprincipen", att avtal är bindande (*pacta sunt servanda*). På denna princip vilar som bekant läran om samhällsfördraget. Från den ideologiska rättspositivismens synpunkt har de privata rättssubjekten fått sin förmåga att förplikta sig rättsligt från den positiva rätten och ytterst från staten. Inom ett av staten upplåtet område kan de enskilda själva skapa plikter och däremot svarande rättigheter, för vilkas "förverkligande" staten ställer sin tvångsmakt till deras förfogande.

Sådana som avtalsrättens regler ter sig bär de också i våra dagar en stark prägel av den positivistiska synen. Reglerna grupperar sig omkring begreppen *bindande avtal*, *giltigt avtal* och *ogiltigt avtal*. En grupp av regler bestämmer förutsättningarna för uppkomsten av bindande avtal, en annan grupp förutsättningarna för avtals ogiltighet, en tredje grupp rättsverkningarna av giltiga avtal och en fjärde grupp rättsverkningarna av ogiltiga avtal.

Reglerna om förutsättningarna för att ett avtal skall komma till stånd måste



givetvis hänvisa till rena fakta. Vilka är dessa fakta? Först och främst utgöres de av två sk viljeförklaringar. Ett anbud av A innehåller förslagsvis, att A erbjuder sig att sälja sin bil till B för 3000 kronor kontant. Accepten kan bestå i att B omedelbart och reservationslöst svarar: "Jag antager anbudet". Efter ett sådant anbud och en sådan accept är situationen vanligen sådan att "avtal" säges ha kommit till stånd. Eftersom reglerna om förutsättningarna för uppkomsten av avtal måste anknyta till fakta, frågar vi oss, vilka dessa fakta närmare besett är.

Först kom A:s anbud. Genom detta "förpliktade" sig A att under vissa villkor för all framtid överlämna sin bil till B. I anbudet ingår *en villkorlig kvalifikationsakt*. Meningen är ju, att A, om allt går väl, skall upphöra att vara ägare till bilen och att denna rättsliga egenskap skall övergå till B. Dessutom åtager sig A, likaledes villkorligt, ett handlande, nämligen att överlämna bilen till B. Detta handlande är dels ett rent fysiskt handlande men dels också ett handlande med symbolisk innebörd, i det att handlandet enligt besittningsreglernas innehåll överför besittningen till bilen från A till B. Anbudet innehåller alltså även ett *villkorligt handlingsmönster* för A, men eftersom A ställer upp detta handlingsmönster *för sig själv* innehåller anbudet icke något vanligt handlingsimperativ utan i stället något, som i brist på bättre beteckning skulle kunna kallas *en självbefallning*.<sup>4</sup> Det villkor som A har knutit till sin kvalifikationsakt och sin självbefallning är, att B å sin sida förpliktar sig att betala 3000 kronor för bilen vid leveransen. A:s anbud innehåller en föresats, men av föresatsen blir inte något anbud, förrän "viljeförklaringen" tillkännages för B. I anbudet ligger ytterligare en anmodan till B att taga ställning antingen genom att avgiva en förklaring i enlighet med A:s villkor eller genom att avböja att göra detta. B har i exemplet accepterat genom att säga, att han accepterar (eller genom något likvärdigt uttryck). Accepten är i sin tur liktydig med att B har befallt sig själv att betala 3000 kronor till A på villkor, att A därvid överlämnar sin bil till B. Denna villkorade självbefallning bringas genom accepten till A:s kännedom. Angående betalningshandlingens innebörd må erinras om vad som har sagts ovan (§ 14).

Anbudet och den rena accepten säges vara "sammanstämmande" viljeförklaringar.<sup>5</sup> Samstämmigheten betyder icke, att viljeförklaringarna har samma innehåll. De är i stället på visst sätt varandras motsatser. Subjekten är skilda personer. Den ens imperativ till sig själv överensstämmer icke med den andres imperativ utan i stället med det därtill knutna villkoret och vice versa. Det råder en "korsande" samstämmighet mellan viljeförklaringarna. När den ene handlar i enlighet med vad han har ålagt sig själv, uppfyller han villkoret vid den andres självbefallning och utlöser därmed normalt den psykologiska effekten av denna befallning. Effekten är, att en definitiv föresats att handla enligt befallningen väckes hos medkontrahenten, vilket i allmänhet också leder till att handlingen utföres. Därmed har "avtalet" fyllt sin uppgift. Prestationerna är utväxlade och

affären avslutad, om allt går efter de ursprungliga intentionerna.

Såsom omedelbart resultat av anbud och accept föreligger ingenting utanför kontrahenternas (och eventuella vittnens) medvetande. Hos kontrahenterna själva uppkommer normalt en handlingsberedskap. Vardera blir inställd på att handla enligt sitt åtagande och förväntar även, att den andre skall uppfylla sitt åtagande. Handlingsberedskapen är – där den finnes – förenad med en känsla av bundenhet. Hos var och en av kontrahenterna finnes jämte hans egen handlingsberedskap en kravinställning gentemot den andre. Vardera kontrahenten vet om den andres kravinställning, vilket förstärker hans egen känsla av bundenhet.

Sedan ett avtal ingåtts, har väl ofta vardera kontrahenten ett eget intresse av att uppfylla sin utfästelse för att komma i åtnjutande av den andres prestation. Detta intresse brukar ju vara själva drivkraften till ingåendet av avtalet. Sedan avtalet är slutet, tillkommer andra motiv till att uppfylla det. Ett viktigt motiv är behovet av att åtnjuta aktning och förtroende hos andra, tex hos en kundkrets. Under stabila förhållanden ("rebus sic stantibus") skulle avtalsmekanismen sannolikt fungera ganska skapligt i det stora hela utan understöd av rättsliga sanktioner, även om man måste räkna med att den skulle svika i många enskilda fall, ibland med katastrofala följder för enskilda individer. Risken för misslyckande skulle dock dämpa lusten att ingå avtal. Därför ligger väl avtalsrättens praktiska betydelse till stor del i att den möjliggör fungerande avtal i många fall, där de psykologiska förutsättningarna för sådana icke skulle finnas utan den rättsliga regleringen. För att den nutida civilisationens krav skall uppfyllas är det nödvändigt med rättsregler, som gör det möjligt att tillgripa tvång mot avtalsbrott. Lika nödvändigt är det med rättsregler, som förhindrar missbruk av avtalsmekanismen, samt rättsregler, som förhindrar missbruk av de nämnda tvångsreglerna. Rättssystemet innehåller följaktligen ett stort antal regler om avtal.

Reglerna om förutsättningarna för uppkomsten av avtal anknyter i verkligheten till de yttre sidorna av den nyss beskrivna situationen: ord, gester, mimik och överhuvudtaget iakttagbara yttre händelseförlopp, vilka indicerar förekomsten av de inre psykiska fakta.<sup>6</sup> De psykiska förloppen kan en utomstående icke direkt komma åt. Ej heller kan någondera kontrahenten själv se in i den andres själ. Vad reglerna i fråga utsäger är, att om en viss konstellation av fakta föreligger har ett avtal kommit till stånd och närmare bestämt ett avtal som – bortsett från ogiltighetsfall – är "bindande". Till begreppen "bindande avtal" och "ogiltigt avtal" ansluter sig direkt och indirekt stora grupper av rikt differentierade handlingsregler, såväl regler för kontrahenterna som regler för domstolarna.

Tankebilderna "bindande avtal" och "ogiltigt avtal" tjänstgör, såsom många andra ideologiskt juridiska begrepp, såsom föreningslänkar mellan å ena sidan

grupper av rekvisit och å andra sidan grupper av handlingsmönster. Några realiteter, som direkt avspeglas av dessa uttryck, kan icke upptäckas. Ett anbud (i betydelsen av de talade eller skrivna orden) är en realitet och en accept likaså, men "avtalet" såsom ett resultat av anbudet och accepten har sitt hemvist i idéernas värld. Huruvida ett "bindande avtal" uppstår genom anbud och accept, beror ju på innehållet i vissa rättsregler, vilka anger betingelserna för uppkomsten av "bindande avtal". Exempelvis vet varje jurist, att "bindande avtal" om försäljning av fast egendom enligt svensk rätt icke uppstår genom acceptering av ett muntligt anbud. För fastighetsköp kräves skriftlig form. När särskild form för ett "bindande avtal" icke är föreskriven, räcker det som bekant inom förmögenhetsrätten med muntligt anbud och muntlig accept, ja, tomt med en sk konkludent handling på endera eller båda sidorna. Huru anbudet och accepten skall förhålla sig till varandra för att de skall anses konstituera ett "bindande avtal", bestämmes i huvudsak av oskrivna sedvaneregler.

Hur ser de allmänna oskrivna reglerna om uppkomsten av "bindande avtal" på förmögenhetsrättens område ut? Reglerna bottnar i gamla invanda föreställningssätt. Man skulle kunna säga, att deras innehåll i huvudsak är hämtat från gemene mans föreställningsvärld. En person anses kunna i moralisk mening "binda" sig själv genom att förklara sig "bunden", och han anses själv kunna bestämma villkor för sin "bundenhet". Därför behärskar affärsmännen tämligen väl konsten att sluta avtal, även om de icke kan någon juridik. De gamla föreställningarna om hur avtal ingås har praktisk betydelse även utanför de rättsligt reglerade livsområdena. Man begagnar sig ständigt av dem i det dagliga livet. Två personer kommer överens om att luncha, gå på bio eller göra en utflykt tillsammans. Efter avtalet känner de ett inre tvång att göra det överenskomna och väntar av varandra, att löftena skall infrias. Två personer kan komma överens om att hjälpa varandra till välavlönade befattningar i statens tjänst. Överenskommelsen blir då vanligtvis ett incitament för dem att verka i denna riktning till ömsesidig båtnad. I dessa utomrättsliga (moraliska) förhållanden har de avtalande parterna i regel klart för sig, i vilken stund deras förhandlingar upphör att vara enbart sonderingar och övergår till att bli ett "bindande överenskommelse", en "gentlemens agreement". Vill man vara riktigt säker, kan man bekräfta överenskommelsen med handslag eller med namnunderskrifter under ett skriftligt "avtal".

Inom det område som regleras av förmögenhetsrätten betjänar sig det rättsliga regelsystemet till viss del av de allmänt gängse föreställningarna om när "bindande avtal" uppstår. En sedvanerättslig (i betydelsen: på domstolspraxis grundad) huvudregel fäster den rättsliga kvaliteten "bindande avtal" vid det komplex av fakta som *oberoende av rättsystemet* anses konstituera ett "bindande avtal". Den sedvanerättsliga huvudregeln om avtal inom förmögenhetsrätten kan sägas innebära, att "bindande avtal" i juridisk mening föreligger, när "bindande

avtal" i moralisk mening föreligger. Denna huvudregel är en kvalifikationsregel. Vid sidan av huvudregeln uppställs i förmögenhetsrätten åtskilliga regler om när "bindande avtal" skall anses uppkomma i speciella fall, och härigenom göres både tillägg till och modifieringar i den huvudregel som endast sanktionerar det vanliga uppfattningssättet. En viktig modifiering är den redan nämnda lagregeln att överlåtelse av fast egendom kräver skriftlig form. Tillägg till de allmänna reglerna om när "bindande avtal" kommer till stånd finnes i avtalslagens 1 kap. Detta kapitel är väl värt ett studium från rättsvetenskaplig synpunkt.

Enligt sin rubrik handlar 1 kap avtalslagen om slutande av avtal. Såsom framgår av hela lagens rubrik, är det fråga om avtal inom förmögenhetsrätten. Närmare bestämt innehåller 1 kap regler om förutsättningarna för uppkomsten av "bindande avtal", men det behandlar blott en del av detta ämne. Kapitelrubriken lovar alltså för mycket. Enligt 1 § skall förutsättningarna för "bindande avtal" i första hand bestämmas av kontrahenterna själva. Därefter skall de bestämmas av handelsbruk eller annan sedvänja. Avtalslagens 1 kap skall lända till efterrättelse endast "så vitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja". Kapitlet är slutligen subsidiärt till annan lagstiftning i ämnet, exempelvis bestämmelsen om formkrav vid fastighetsöverlåtelse. Såsom redan sagts, innehåller kapitlet vissa tillägg till den oskrivna huvudregeln om när "bindande avtal" skall anses ha uppkommit. Tilläggen är hjälppregler, som kommer till användning, när frågan icke kan avgöras på vissa andra sätt, vilka nyss har omtalats.

I 1 kap avtalslagen finner man inga handlingsmönster. Kapitlet innehåller kvalifikationsregler. De i rekvisiten angivna konstellationerna av fakta kvalificeras som "avtal" (vare sig "giltigt" eller "ogiltigt"). Denna beskaffenhet hos reglerna förklarar, varför de icke upplyser om vem de är skrivna för. Reglerna saknar formell adressat. De skulle hänga i luften och vara utan rättslig betydelse, om icke fortsättning på dem följde i andra delar av det avtalsrättsliga systemet. I dessa andra delar finner man adressater, åtminstone underförstådda sådana, nämligen dels kontrahenterna och dels domstolarna.

Efter att ha läst 1 § skall vi nu fortsätta studiet av 1 kap avtalslagen och göra reda för oss, vad de följande paragraferna utsäger.

1 2 § första stycket står följande: "**Har anbudsgivaren bestämt viss tid för svar, skall han anses hava föreskrivit, att svaret skall inom den tid komma honom till handa**". Är detta någon regel om förutsättningarna för "bindande avtal"? Ja. Bestämmelsen kan ju i stället formuleras så här: "*Har anbudsgivaren bestämt viss tid för svar, uppkommer inte något bindande avtal, om inte svaret inom denna tid (icke blott avsändes utan även) kommer anbudsgivaren till handa.*" Paragrafens andra stycke kan skrivas om på enahanda sätt.

3 § börjar så här: "**Göres anbud i brev eller telegram utan att tid för svar däri utsättes, måste antagande svar komma anbudsgivaren till handa in-**

**om den tid, som vid anbudets avgivande skäligen kunde av honom beräknas åtgå.**" Denna mening ser ut som ett påbud för anbudstagaren: "Du skall lämna antagande svar i så god tid att . . ." Så är stadgandet naturligtvis icke att förstå. Liksom de föregående paragraferna bestämmer det en förutsättning för "bindande avtal", nämligen att accept kommer anbudsgivaren till handa inom den i bestämmelsen angivna tiden.

Icke heller i andra stycket av 3 § talas uttryckligen om förutsättningar för "bindande avtal": "**Anbud, som göres muntligen utan att anstånd med svaret medgives, måste omedelbart antagas.**" Vågade man här lita på lagens ord, skulle ett muntligt anbud utan medgivande av betänketid vara ett effektivt sätt att få "bindande avtal" till stånd. Anbudstagaren är nämligen enligt lagens ordalydelse tvungen att genast antaga ett sådant anbud. Även här får man givetvis tolka lagtexten subjektivt: "*Om anbud göres muntligen utan att anstånd med svaret medgives, uppkommer ej bindande avtal med mindre än att anbudet omedelbart antages.*"

4 § första stycket handlar icke direkt om någon förutsättning för "bindande avtal": "**Antagande svar, som för sent kommer anbudsgivaren till handa, skall gälla såsom nytt anbud.**" Sett i sammanhang med de andra stadganden, som handlar om när anbud i förening med accept ger upphov till "bindande avtal" eller icke, bestämmer det citerade stycket en villkorlig förutsättning för att "bindande avtal" i visst fall skall komma till stånd.

4 § andra stycket döljer icke sin egen karaktär. Vad stycket handlar om, är direkt utsagt i slutmeningen: "**underlåter han det, anses avtal hava genom svaret kommit till stånd.**" Trots att accepten har försenats, kommer under vissa omständigheter "bindande avtal" till stånd, om anbudsgivaren försummar att reklamera.

5 § säger icke uttryckligen något om hur "bindande avtal" uppstår eller icke uppstår: "**Avslås anbud, vare det förfallet, ändå att den tid, varunder det eljest skolat gälla, ej gått till ända.**" Vad kan det betyda, att ett anbud "förfaller", d v s faller bort? Är anbudet något som existerar under viss tid och sedan försvinner? Med "anbud" måste här menas dels vad man kallar viljeförklaringen men dels också anbudsgivarens "bundenhet" av denna. Det är "bundenheten" som förfaller. Och meningen i det hela är denna: "*Avslås anbud, uppkommer intet bindande avtal genom en efterföljande accept ens om denna sker inom den gällande acceptfristen.*"

De genomgångna paragraferna innehåller som synes betingelser för att "bindande avtal" skall komma till stånd. Detsamma gäller om de återstående paragraferna i kapitlet.

För att reglerna om uppkomsten av "bindande avtal" skall få någon förnuftig mening måste de associeras med handlingsmönster. I en fortsatt rättsteoretisk analys av avtalsrätten måste därför nästa fråga bli, vilka handlingsmönster

som hör ihop, med reglerna om när "bindande avtal" föreligger. Om man börjar med *handlingsmönstren för kontrahenterna själva*, finner man, att dessa i princip *icke är givna i rättsregler utan i kontrahenternas viljeförklaringar*. Det brukar framhållas som en sedvanerättslig huvudregel, att "avtal är bindande" eller att "avtal skall hållas" (*pacta sunt servanda*).<sup>7</sup>

Principen att avtal skall hållas ser ut som ett imperativ till kontrahenterna: "Uppfyll edra åtaganden!" Med denna tolkning blir principen allenast ett understrykande av vad kontrahenterna redan har ålagt sig själva, en vädjan om ordhållighet. Detta kan näppeligen vara principens juridiska innebörd. Den är icke heller något imperativ eller egentligt handlingsmönster utan en ideologisk omformulering av ett etiskt och rättspolitiskt önskemål, som utgör motiveringen till avtalsrättens sanktionsregler. Den är ett uttryck för den emotionella inställningen att "rättsordningen" måste med kraft medverka till att ingångna avtal vederbörligen uppfylles. Och denna medverkan sker genom rättsliga sanktioner, anordnade av domaren.

De handlingsmönster som hör till kvalifikationen "bindande avtal" är som sagt i princip identiska med de handlingsmönster som kontrahenterna har givit sig själva och varandra genom viljeförklaringarna. Det är dock mycket vanligt, att dessa handlingsmönster är otillräckliga. För att bristerna i "avtalsinnehållet" skall repareras, finnes i åtskilliga lagar på avtalsrättens område *utfyllande handlingsregler för kontrahenterna*, och även genom rättspraxis har sådana regler skapats. I viss utsträckning finnes legala handlingsmönster, som skall ha företräde framför kontrahenternas egna och som alltså utgör "ingrepp i avtalsfriheten". Dessa regler kallas som bekant tvingande, medan utfyllande avtalsregler i övrigt kallas dispositiva. De mönster för kontrahenternas beteende som bildar det nödvändiga komplementet till reglerna om uppkomsten av "bindande avtal" finnes alltså dels i kontrahenternas viljeförklaringar såsom "avtalsvillkor" och dels i åtskilliga rättsregler.

Systemet av handlingsregler för kontrahenterna har sitt motstycke i *handlingsregler för domaren*, som skall döma i en tvist mellan kontrahenterna. De viktigaste domsreglerna är regler om uppfyllelse tvång, ersättning och annat skadestånd. Handlingsmönstren i dessa sanktionsregler kan givetvis icke vara fixa, utan de normeras av "avtalsinnehållet", d v s innehållet i de samstämmiga viljeförklaringarna, och/eller av innehållet i rättsregler för kontrahenterna. Där det råder en ofullständig samstämmighet mellan viljeförklaringarna (dissens) men domstolen eller kontrahenterna likväl finner "bindande avtal" föreligga, fordras naturligtvis särskilda regler om vilket handlingsmönster som skall läggas till grund för domen.

De båda systemen av handlingsmönster för kontrahenterna respektive för domaren är genom sitt beroende av tanke bilden "bindande avtal" indirekt sammankopplade med de rekvisit som i avtalsrätten framställs såsom betingel-

ser för att ”bindande avtal” skall komma till stånd. De kvalifikationsregler som bestämmer uppkomsten av ”bindande avtal” är alltså en gemensam beståndsdel i tvenne regelsystem. Det ena systemet utgöres av regler för kontrahenterna och det andra av regler för domaren.

# Rättstillämpningens logik

## § 19. Begreppet rättstillämpning

I början av denna framställning har rättssystemet såsom helhet karakteriserats som ett system av praktiska satser, med tillägget, att systemet även övar inflytande på vårt föreställningsliv. Rättsreglerna fungerar icke genom att upplysa oss om verkliga förhållanden utan genom att påverka oss i vårt beteende mot varandra. Hur sker denna påverkan? Hur går det till att forma verkligheten efter rättsreglernas innehåll? Det är denna fråga, som skall belysas i detta kapitel men endast från vissa teoretiska synpunkter, vilka kan sammanfattas under rubriken "Rättstillämpningens logik". Frågan avser i första hand, huruvida en sådan logik kan sägas existera, och i andra hand, vad den innebär, om den existerar. Utanför ämnet faller orsakssammanhangen omkring rättsreglerna, och framställningen går alltså inte in på rättssociologiens område, ehuru de rättssociologiska frågeställningarna väl förtjänar att uppmärksammas inom ämnet allmän rättslära.

Finns det egentligen så mycket att säga om rättstillämpningens logik? Fungerar inte rättsreglerna helt enkelt genom att människor uppför sig precis på de sätt som bestäms i rättsreglerna? Och fordras det något mera, för att reglerna skall kunna fungera, än att människorna känner till deras innehåll och har tillräckliga motiv för att rätta sig efter dem? Om någon har lyckats lära sig reglerna för ett sällskapsspel, som inte kräver särskilda fysiska förutsättningar, tex något kortspel, kan han väl också utöva spelet och spela ett parti i full överensstämmelse med reglerna, även om han förlorar mot mera tränade medspelare? Om en person verkligen känner till "lag och förordning" på ett visst område, är han väl också i stånd att handla lagenligt på detta område? Ja, det är han kanske ofta men inte alltid. Jämförelsen med reglerna för kortspel haltar betydligt. Rättsreglerna har icke den precision och den fullständighet som reglerna för vanliga kortspel har, och de kan icke heller ha dem. Förhållandena i det mänskliga livet är oändligt mycket mera skiftande än situationerna i ett sällskapsspel, och det är sällsynt, att de såsom de senare kan beskrivas med



exakta termer. Bristen på precision hos rättsreglerna medför väl i allmänhet inte så stora svårigheter för den enskilde medborgaren, men på domaren eller tjänstemannen ställes kravet, att han skall handla på det enda riktiga eller det absolut bästa sättet, och därför är det ofta vida svårare för honom att fatta sitt beslut. Han får ofta vandra en besvärlig väg under stor tveksamhet och osäkerhet. Rättens praktiska tillämpning är i ett nutida samhälle en konst, som man lär sig att behärska endast genom långvarig teoretisk och praktisk utbildning. Det blir nu endast tal om att behandla några grundläggande delar av rättstillämpningens teori.

Den första fråga som skall ställas är, *vad rättstillämpning är*. Svaret är att söka i det juridiska språkbruket, som är bestämmande för vad som faller inom begreppet rättstillämpning. Den verksamhet, som avses med termen rättstillämpning, är emellertid icke enkel och ensartad utan tvärtom rikt fasetterad, och därför gör man klokt i att gå fram i etapper med provisoriska definitioner, som efter hand kompletteras och korrigeras.

Med utgångspunkt i premissen, att rättsregler fungerar genom att människor handlar efter dem, kan man försöksvis bestämma rättstillämpning som *ett handlande i överensstämmelse med en rättsregel*. Häri ligger naturligtvis, att endast handlingsregler eller rättare sagt förhållningsregler kan tillämpas, icke kvalifikationsregler, kompetensregler eller rättighetsregler. De sistnämnda slagen av regler fungerar praktiskt endast såsom beståndsdelar i förhållningsregler eller såsom medelbara uttryck för sådana. Den gjorda "tentativa" definitionen är dock i ett viktigt avseende alldeles för vid. När en privatperson handlar i överensstämmelse med en rättsregel, rubriceras nämligen detta handlande icke såsom rättstillämpning. Detta skulle strida mot vanligt språkbruk. Man säger, att privatpersonen lyder eller följer lagen eller något dylikt, men icke, att han tillämpar den.<sup>1</sup> Benämningen rättstillämpning förbehålles sådant handlande som har karaktär av maktutövning. Det måste alltså röra sig om ett handlande av domstolar eller myndigheter, och handlandet skall ha verkningar för bestämda enskilda personer. Maktutövningen skall naturligtvis vara en utövning av rättslig makt, rättslig kompetens. Definitionen skall således förses med tillägget, *att rättstillämpning är ett handlande av domstolar eller myndigheter, vilket utgör en maktutövning och utföres i kraft av en rättslig kompetens*. Mellan den laglydige domarens och den laglydige medborgarens handlande föreligger givetvis likheten, att båda personerna följer rättsregler,<sup>2</sup> men det sker genom olikartade handlingar. Utom att domarens handlande är en maktutövning finnes skillnaden, att domaren handlar genom att uttala sig i tal eller skrift, under det att de handlingar, som rättsreglerna ålägger privatpersoner, är mycket skiftande till sin art.

För den fortsatta analysen av begreppet rättstillämpning är det viktigt att göra reda för sig, vad det vill säga att handla i enlighet med en rättsregel. Det är inte alldeles detsamma som att handla enligt en enkel befällning, t ex ett kom-

mandoord. Om tillämpningen av en handlingsregel har *Karl Olivecrona* uttalat följande:

”Härför erfordras två ting. Å ena sidan måste vara konstaterat, att de omständigheter, vilka i regeln uppställas såsom förutsättningar för ett visst handlingssätt, faktiskt föreligga. Å andra sidan måste just det handlingssätt iakttagas, som i regeln föreskrives för en dylik situation. Först om dessa båda förutsättningar äro uppfyllda, föreligger en tillämpning av regeln.”<sup>3</sup>

Vad gör alltså domaren, när han dömer i enlighet med en rättsregel? Han håller i minnet de i målet konstaterade rättsfakta och söker efter en rättsregel, vars rekvisit stämmer med dessa rättsfakta. Om inte hans minneskunskaper leder honom rakt på den tillämpliga rättsregeln, får han pröva sig fram, tills han finner densamma. Genom rättsfakta uppfylles villkoret i rättsregeln, och det hypotetiska imperativ, som domaren förut såg i rättsregeln, ter sig nu för honom som kategoriskt. Genom sin lydnadsinställning till rättsregeln uppfattar han dess handlingsmönster som en aktuell, till honom riktad, förpliktande befallning. Själva regeltilämpningen består i att domaren i den nu beskrivna situationen handlar i enlighet med regelns handlingsmönster. Han utför en handling, vars allmänna konturer är uppdragna i handlingsmönstret.

Rättstillämpningen består enligt den senaste begreppsbestämningen i ett handlande av domaren i enlighet med en rättsregel, men i vidsträckt mening innefattar rättstillämpningen även en rad tankeoperationer, på vilka handlandet följer som verksamhetens slutprodukt. Till dessa tankeoperationer hör bl a det berörda uppsökandet av den tillämpliga rättsregeln, och det bör påpekas, att denna rättsregel aldrig finnes färdig på lager. Ur lagregler och sedvaneregler måste domaren bryta ut en mängd små byggelement, vilka han sedan själv sätter ihop till en komplett handlingsregel. Denna regel måste enligt sakens natur vara en domsregel, men i sina språkligt givna former är rättsreglerna ej alltid, i civilrätten to m mycket sällan, avfattade såsom domsregler, och de är aldrig någonsin avfattade såsom fullständiga sådana. ”Det är säkerligen undantagslöst så, att man måste sammanställa ett flertal olika lagbestämmelser när man skall bedöma vilket handlingsmönster i en konkret situation som överensstämmer med lagen. De olika bestämmelserna innehåller blott element, vilka måste sammanfogas som bitarna i ett puzzle för att rekvisit och handlingsmönster skall framträda i överensstämmelse med de intentioner som ligger bakom lagstiftningen.”<sup>4</sup> De citerade orden av *Olivecrona* kan tillämpas även på sedvanerättsliga regler i deras vanliga formuleringar. En viktig del av domarens tankearbete utgöres alltså av *ett sammanställande av den tillämpliga domsregeln*.

Icke ens den sålunda hopfogade domsregeln är emellertid färdig att genast tagas i bruk. Dess handlingsmönster är generellt, och det säger alltså inte i detalj, hur domaren skall döma. Rättsregler består av allmänföreställningar, och handlingsmönstren i rättsliga handlingsregler är oftast i vissa delar obe-

stämda och variabla. I dessa delar refererar de till beskaffenheten av rättsfakta. Det finns alltså ett materiellt sammanhang mellan rekvisit och handlingsmönster. Sammanhanget kan bl a bestå i att den påbudna handlingen till sitt mått är bestämd av någon faktor i den situation, till vilken rekvisitet hänför sig. Så är alltid fallet med vanliga skadeståndsregler. Hur mycket som den skadeståndsskyldige skall betala, beror ju på omfattningen av den ersättningsgilla skadan och hur denna skall uppskattas i pengar. Med ledning av rättsfakta utformar alltså domaren det preciserade handlingsmönster, som enligt rättsregelns abstrakta innehåll är tillämpligt i det aktuella fallet. Domaren *konkretiserar* rättsregeln.<sup>5</sup> Även resultatet av konkretiseringen är en regel, d v s ett generellt, betingat handlingsmönster, men denna regel har en långt större bestämdhet än den ursprungliga domsregeln, en bestämdhet som gör, att den är omedelbart användbar som förebild för domslutet.

Om man tror, att rättstillämpning icke omfattar något annat än sammanställande av tillämplig domsregel och konkretisering av densamma samt ett handlande enligt den konkretiserade domsregelns handlingsmönster, då har man fått en felaktig föreställning om vad begreppet rättstillämpning innesluter. Hittills har vi endast tecknat en starkt idealiserad bild av de realiteter, som avses med benämningen rättstillämpning. Men denna bild har sitt värde, nämligen som en teoretisk utgångspunkt för fortsatta betraktelser, icke minst genom att den innebär ett klart avståndstagande från den klassiska uppfattningen av rättstillämpningens, i synnerhet civildomens, innebörd.

Enligt den klassiska läran om civildomens natur är själva kärnan i rättstillämpningen icke av praktisk utan av teoretisk art, icke ett handlande utan ett konstaterande. Domarens uppgift är att på grundval av fakta fälla ett auktoritativt omdöme om ett rättsförhållande. Av det konstaterade rättsförhållandet framgår domsimpervativet som en konsekvens. Enligt denna åsikt om civildomens natur, den sk omdömesteorien, ligger rättstillämpningens tyngdpunkt i besvarande av kunskapsfrågor. Domaren söker och finner rättsfakta, han söker och finner innehållet i den gällande rätten, och till sist fastställer han det konkreta rättsförhållandet, t ex svarandens skyldighet att betala ett visst belopp till kåranden. Kärnpunkten i omdömesteorien är att själva domslutet – ej endast domskälen – innehåller ett auktoritativt omdöme om ett rättsförhållande.<sup>6</sup>

Mot omdömesteorien kan bl a invändas, att ett domslut har en praktisk funktion och därför icke till sitt väsen kan vara ett omdöme. Dess uppgift är att giva direktiv för parterna om hur de skall förhålla sig.<sup>7</sup> Detta kan ske kort och gott genom att domaren utfärdar det direktiv, som den konkretiserade domsregeln ålägger honom att utfärda. Omdömet om ett rättsförhållande är ett överflödigt mellanled, och följaktligen kan det icke vara konstitutivt för rättstillämpningens begrepp.

Omdömesteorien å ena sidan och den här företrädde uppfattningen om rätts-

tillämpningens natur å andra sidan har satt spår i olika åsikter om den logiska klassificeringen av de tankegångar, som domaren följer, när han på basis av sina antaganden om rättsfakta och om innehållet i rättsregeln utformar det domslut, som han skall meddela. Hårtill skall vi återkomma senare.

Såsom nyss sades, ger den föregående framställningen en idealiserad och följaktligen oriktig bild av den verklighet, som termen rättstillämpning refererar till. Beskrivningen passar endast på de allra enklaste fallen, de klara typfall där de rättsliga konventionerna icke ger domaren något som helst val utan tvingar honom att handla på ett bestämt sätt, om han vill handla rättsenligt. Han fogar sig, han lyder order som en soldat, han handlar mekaniskt. Detta slags dömande skulle kunna anförtros åt en maskin. Om frekvensen av sådana fall torde inga säkra uppgifter finnas. Säkerligen växlar den mycket med arten av den rättstillämpande verksamheten. Relativt stor torde den vara i inskrivningsväsendet vid domstolarna och i skatteväsendet. I rättsskipningen och troligen i många grenar av förvaltningen är det tvärtom normalt, att domaren eller förvaltningstjänstemannen måste träffa avgöranden utan att ha stöd i entydiga och ofrånkomliga direktiv i gällande rätt. Rättstillämpningen blir då inte ett problemlöst rutingöra utan en kvalificerad och energikrävande "beslutsprocess". "It is when the colors do not match, when the references in the index fail, when there is no decisive precedent, that the serious business of the judge begins. He must then fashion law for the litigants before him. In fashioning it for them, he will be fashioning it for others."<sup>8</sup> I dessa fall kan domaren liknas vid soldaten, som har blivit avskuren från sitt förband och som därför måste handla på egen hand men likväl under ansvar. Men medan soldaten är ansvarig inför sitt befäl, är domaren ej ansvarig inför lagstiftaren utan inför andra kontrollerande instanser, som måste brottas med samma problem som domaren. Lagstiftaren har kapat förtöjningarna till lagstiftningsprodukten, och han får enligt maktfördelningläran icke ingripa i rättstillämpningen med direkta åtgärder. De regler, som domaren har att gå efter, hjälper honom visserligen ett stycke på vägen men icke den sista och svåraste etappen fram till avgörandet. Eftersom ingen regel finnes att följa i det avslutande valet mellan olika handlingsalternativ, kan domarens handlande icke bliva någon *regeltillämpning*, men enligt stadgat språkbruk är det icke desto mindre en *rättstillämpning*. Begreppet rättstillämpning innefattar följaktligen mera än den ovan beskrivna handlandet i konformitet med en förut given regel.

Rättstillämpningen kan alltså vara antingen ett handlande i full överensstämmelse med regler, vilka är erkända såsom gällande rätt, eller ett handlande, som icke har denna karaktär av regeltillämpning. För att kunna hålla isär de båda slagen av rättstillämpning kan man kalla det förra *verklig rättstillämpning* och det senare *skenbar rättstillämpning*. Även när ett avgörande icke bestämmes helt av gällande rätt, brukar det presenteras i en språklig form, som kommer det att se

ut som en verklig rättstillämpning. Det är denna illusion, som adjektivet skenbar avser att utmärka. Det skall villigt erkännas, att den valda terminologien är inkonsekvent, eftersom det ligger en motsägelse i att ett avgörande hänföres under begreppet rättstillämpning och samtidigt säges vare en rättstillämpning endast till skenet. Terminologien kan dock ursäktas med att det är vanligt att anlägga ett fiktivt betraktelsesätt och uppfatta en rättstillämpning såsom helt bestämd av innehållet i gällande rätt även när den icke är det.

Distinktionen mellan verklig och skenbar rättstillämpning får inte missförstås. Den är en förenkling med pedagogiskt syfte, ett framställningstekniskt grepp. I praktiken är det omöjligt att draga någon skarp gräns mellan de båda slagen av rättstillämpning. I vilken utsträckning man vill erkänna förekomsten av verklig rättstillämpning, beror på den attityd, som man intager till lagar och prejudikat. Denna attityd bestämmes ju icke av några absolut fasta konventioner. Vidare är samma dom eller beslut ofta delvis en verklig och delvis en skenbar rättstillämpning, och ofta låter det sig icke med visshet sägas, var den förra slutar och den senare börjar. Detta hindrar inte, att man kan ha nytta av att laborera med de två föreställningarna om dels ett handlande, som är bestämt av regler, och dels ett handlande, som är bestämt av andra faktorer.

Under alla förhållanden är det klart, att en domare då och då befinner sig i en valsituation. Han kan ha möjligheter att handla på två eller flera sätt utan att råka i kollision med gällande lag och därmed begå ämbetsbrott och överhuvudtaget utan att begå något juridiskt fel. Hans handlingsfrihet är emellertid dels begränsad och dels relativ, i det att möjliga alternativ kan stå i mer eller mindre god samklang med gällande rätt. Efter vilka riktlinjer domaren bör handla i dessa valsituationer har varit föremål för många meningsutbyten. Man har diskuterat "den juridiska metoden". Man har frågat sig, vad domaren i sådana fall har att gå efter, varpå han skall grunda sitt avgörande, vilka faktorer han skall taga hänsyn till och vilken inbördes vikt han skall tillmäta dem. Har kanske några allmänna grundsatsar härom redan utbildat sig i den gällande rätten? Om icke, vilka grundsatsar bör rimligtvis uppställas? De faktorer, som domaren verkligen tager hänsyn till eller som han anses böra taga hänsyn till, betecknas i doktrinen som *materiella rättskällor*, och de många spörsmålen om hur domaren skall eller bör handla i valsituationer sammanfattas i *läran om rättskällorna*, som är en viktig gren av den allmänna rättsläran. Underavdelningar i rättskällevärdet är lagtolkningsläran, läran om analogislut och motsättningsslut, principerna om beaktande av lagförarbeten, prejudikatläran och rättstillämpningens metoder i övrigt.

Här måste klart deklarerats, att läran om rättskällorna ligger utanför ramen för denna framställning. Författaren avser icke att göra något inlägg i debatten om den juridiska metoden, om hur domaren skall förhålla sig till lagtexter, prejudikat, lagmotiv m m och överhuvudtaget om vilka faktorer som skall be-

stämman domarens handlande och i vilken relativ grad de skall göra detta. Endast ett par påpekanden skall göras. Man måste skilja mellan å ena sidan frågan om vilka grundsatser som faktiskt är erkända såsom gällande och därmed tillämpade i praktiken samt å andra sidan frågan om vilka grundsatser som man själv eller någon annan anser lämpliga och vill rekommendera domstolar och myndigheter att följa. Man måste må o skilja mellan *en deskriptiv rättskällelära*, vilken hör till rättsvetenskapen, och *en normativ rättskällelära*, vilken hör till rättspolitikerna.<sup>9</sup> Tyvärr är det vanligt, att de båda typerna av rättskällelära sammanblandas. Redan i den deskriptiva rättskälleläran bryter sig åsikterna starkt mot varandra. Somliga anser, att domstolar och myndigheter i stort sett handlar efter förutbestämda mönster. Andra menar, att detta är en illusion och att deras handlande huvudsakligen bestämmas av socialpolitiska synpunkter. En författare, *Per Olof Bolding*, går så långt, att han liksom vissa amerikanska rättsrealister förnekar existensen av rättsregler i betydelsen av på förhand givna normer för domarens handlande. Lagtexter och prejudikat har enligt Bolding endast en relativ vikt såsom "argument" vid sidan av sociala aspekter av mångahanda slag. Med "rättsregeln" menar Bolding därför icke utgångspunkten för dömandet utan slutresultatet av domarens överväganden.<sup>10</sup> Inom den normativa rättskälleläran är inställningarna naturligtvis minst lika divergerande. Ändpunkterna representeras å ena sidan av en extremt legalistisk inställning, som starkt betonar rättssäkerhetssynpunkterna, och å andra sidan av en mot lagtexter och prejudikat mycket frigjord attityd, som ställer rättens sociala funktioner i förgrunden. Sistnämnda inställning företrädes i synnerhet av dem, som rekommenderar en sk radikal teleologisk metod (se nedan s 145).

Det som skall avhandlas i fortsättningen är grundfrågor, vilka principiellt måste besvaras, *innan* man är definitivt rustad för att kasta sig in i debatten om den juridiska metoden. Det rör sig om några av de teoretiska grundvalarna för en diskussion av rättstillämpningens praktiska sida, framför allt frågorna, huruvida den formella logiken har tillämpning på juridiska resonemang och huruvida olika slag av logiska slutledningar kan och bör komma till användning i den dömande och beslutande verksamheten vid domstolar och myndigheter.

## § 20. Deduktion och induktion

Under antiken och medeltiden tänkte sig filosofer och naturforskare, att vägen till kunskap om verklighetens innersta väsen gick genom spekulation. Vetenskapen var rationalistisk, icke empirisk. Förnuftet ansågs vara den förnämsta källan till kunskap. Från vissa av förnuftet omedelbart fattade allmänna grundsän-

ningar eller axiom ansåg man sig kunna medelst slutledningar härleda sanna teser av mera speciellt innehåll. Denna åskådning nådde sin största utveckling under den medeltida skolastiken. Vad som gällde i matematiken, antogs gälla även i andra vetenskaper, bland annat i den naturrättsliga filosofien eller naturrätten, som den kort och gott kallades. Ännu under de tidigare skedena av den nya tiden ansågs matematik och naturrätt vara besläktade med varandra, och det förekom, att samma akademiska lärostol omfattade båda dessa ämnen. Flera av de ryktbara naturrättslärarna lade ned en oerhörd möda på att ”utforska”, vad som gällde enligt naturens lag på olika livsområden, och de menade sig därvid kunna ur allmänna rättsprinciper deducera de rättsregler som gällde i särskilda fall. På detta sätt skapade de genom spekulation veritabla lagverk, som förklarades innehålla sanna satser om den naturliga rättens innehåll. Dessa privata lagverk fick stor betydelse som källor till den nya tidens första lagkodifikationer.

Ännu under rättspositivismens blomstringstid under 1800-talets senare del kvarlevde tänkesättet, att kunskap om rätten alltid i sista hand kunde vinnas genom logiska tankeoperationer. Utgångsmaterialet var emellertid icke längre en postulerad naturlig rätt utan den positiva rätten, som ansågs uttrycka statens vilja. De luckor, som denna företedde, förklarades vara skenbara. Genom deduktion från klara regler tyckte man sig alltid kunna finna de rättsregler som ej hade fått synliga uttryck. Speciella rättsregler framgick genom slutsatser ur allmänna rättsgrundsatser eller ur allmänna juridiska begrepp, vilka troddes ha ett bestämt och oföränderligt innehåll, såsom begreppen äganderätt och panträtt. Därav kommer namnet *begreppsjurisprudens*.

Även i nutida rättsvetenskap möter man stundom åsikten, att det är möjligt att göra logiskt bindande slutledningar på de rättsliga normernas område. Sålunda säger normmannen *Frede Castberg*: ”At det kan trekkes slutninger fra normene till spesielle grupper av tilfelle eller til rent konkrete situasjoner, er noe som i all rettslig tenkning forutsettes som selvfølgelig. Hvis en lovregel er klar språklig, og hvis ingen særlige hensyn trekker i annen retning, da følger slutningen fra lovregelen til de spesielle eller det individuelle tilfelle ved en logisk tankeoperasjon, som ikke volder tvil.”<sup>1</sup>

De tankegångar, genom vilka en domare söker sig fram till ett domslut, utgör enligt en i rättsvetenskapen gammal och mycket utbredd mening en logisk slutledning av det slag som kallas syllogism. Just i den omständigheten, att ett domslut framgår som en logiskt nödvändig följd av rättsregeln i förening med bevisade fakta, har man sett ett värn mot godtycklighet och en garanti för objektivitet i rättsskipningen. För att en dom skall vara riktig, måste den vara ett resultat av en logisk slutledning, har man hävdat med eftertryck.

Föreställningarna om logikens giltighet såväl inom rättssystemet som vid rättsreglernas tillämpning har i modern tid blivit ställda under debatt, särskilt i

nordisk rättsvetenskap. Begreppsjurisprudensens metoder har underkänts såsom ohållbara, och termen begreppsjurisprudens har fått en pejorativ klang. Även teorierna om den formella logikens tillämplighet på den dömande verksamheten har angripits med flera slags argument, och ett antal skiftande åsikter om rättstillämpningens innebörd från logiska synpunkter har sett dagen.

Naturligtvis är det angeläget att komma till klarhet om hur domstolar och myndigheter går tillväga vid tillämpningen av rättsregler och likaså om hur de helst bör gå tillväga. Problemet om möjligheten att föra logiskt bindande resonemang, på vilka domslut och andra avgöranden grundas, är följaktligen av stort intresse. För att kunna göra sig en riktig föreställning om den formella logikens giltighet inom juridiken är det emellertid nödvändigt att ha vissa kunskaper om denna logik. I synnerhet är det väsentligt att känna till, vad en logisk slutledning är, vilka slag av slutledningar som finnes och vad som utmärker varje särskilt slag av slutledning.

Den klassiska formella logiken, vilken grundlades under antiken av *Aristoteles* och vilken ännu av Immanuel Kant ansågs icke ha förts vidare ett enda steg, sönderfaller i tre huvuddelar, vilka handlar respektive om begreppen, omdömena och slutledningarna. Denna klassiska logik befattar sig endast med satser, som har egenskapen att vara sanna eller falska, alltså med teoretiska satser. *Den klassiska slutledningsläran uppställer regler för hur man drager slutsatser ur teoretiska satser.* Uppgiften för slutledningsläran är i första rummet att fastställa regler för hur man ur en eller flera sanna satser kan med visshet härleda ännu en sats, som likaså är sann. I andra rummet undersöker man i slutledningsläran förutsättningarna för att en osäker slutsats i någon mening skall kunna sägas vara mer eller mindre sannolik. De satser, från vilka man utgår, kallas *premiss*, och den sats, som är slutledningens resultat, kallas *slutsats* eller *konklusion*. För att slutsatsens sanning med visshet skall kunna stödjas på premissernas sanning, måste slutledningen vara *riktig* eller *giltig*, och slutledningsläran betämmer de förhållanden, under vilka slutledningar är riktiga eller giltiga. Att en slutledning är riktig, är dock inte detsamma som att slutsatsen är sann. En slutledning kan vara riktig, även om slutsatsen är osann, men detta förutsätter, att åtminstone den ena av premisserna är osann. Slutledningens riktighet betyder endast, att *om* premisserna är sanna måste slutsatsen vara sann. En riktig slutledning kan därför alltid skrivas om till en enda sammanhängande mening, vilken uttrycker en *logisk sanning* (jfr ovan § 4). Av det sagda framgår, att *slutledning* och *slutsats* är olika saker. Slutledningen är tankeoperationen, resonemanget, härledandet av en slutsats ur en eller flera premisser, och slutsatsen är följaktligen det resultat som slutledningen ger.

I den formella logiken indelas slutledningarna i två huvudgrupper, *deduktiva* och *induktiva slutledningar*. Såsom deduktiv betecknas en slutledning, som utgår från en allmän sats, och såsom induktiv en slutledning, som leder till en allmän



sats. Man brukar säga, att *en deduktion går från det allmänna till det enskilda* och att *en induktion går från det enskilda till allmänna*. (Det finns dock deduktioner, som går från en enda sats till en annan sats, som är av samma slag och som kan vara enskild eller allmän. Sådana deduktioner kallas omedelbara slutledningar.)

*De deduktiva slutledningarna* är av flera slag, men vi skall nu endast beröra de slutledningar, som är av intresse för vårt ämne, och dessa är de sk *sylogismerna*. En slutledning av detta slag består av tre ovillkorliga (kategoriska) satser. De två första satserna, som är *premisserna*, kallas efter sin ordningsföljd *översats* och *undersats*, och den tredje är alltså *slutsatsen*. För att en slutsats överhuvudtaget skall vara möjlig, måste det finnas ett innehållsmässigt sammanhang mellan de båda premisserna, och detta består i att ett och samma begrepp förekommer i båda premisserna. Den term som uttrycker detta begrepp kallas *medeltermen*.

Sylogismerna är av fyra typer eller figurer, och i varje figur har premisserna en viss "kvantitet" och "kvalitet", vilka är förutsättningar för att slutledningen skall vara möjlig. I den juridiska diskussionen är endast den första sylogistiska figuren aktuell. Efter det första ordet i en latinsk minnesvers, som med sina vokaler beskriver beskaffenheten hos de fyra sylogistiska figurerna i deras olika varianter (sammanlagt 19 stycken), kallas den första figurens enklaste form "modus barbara". Ett exempel på denna är följande:

Alla däggdjur är ryggradsdjur.

Hästen är ett däggdjur.

---

Alltså: Hästen är ett ryggradsdjur.<sup>2</sup>

Man kan föreställa sig de tre begreppen häst, däggdjur och ryggradsdjur som koncentriska cirklar. Hästen är den minsta, däggdjuren den mellanstora och ryggradsdjuren den största cirkeln. Slutsatsen säger ingenting märkvärdigare än att den som befinner sig i den minsta cirkeln också befinner sig inuti den största cirkeln. Sanningen av denna sats inses utan någon empirisk prövning. Den logiska sanning, som slutledningen i och för sig uttrycker, är att om alla däggdjur är ryggradsdjur och om hästen är ett däggdjur så är hästen ett ryggradsdjur. Att det rör sig om en logisk sanning, visar sig i att det också är sant att säga, att om alla ryggradsdjur är fåglar och om hästen är ett ryggradsdjur så är hästen en fågel. Men en riktig slutledning har man naturligtvis ingen nytta av, om den inte utmynnar i en sann slutsats.

På en nyttig slutledning ställer man två krav. Det ena är, att slutsatsen skall vara sann. Det andra är, att slutsatsen skall säga något nytt, något som man inte visste förut. Slutledningen skall vara skapande, produktiv. Om man noga undersöker de deduktiva slutledningarna, finner man emellertid, att de icke uppfyller det senare kravet. Slutsatsen innehåller icke något, som icke redan är utsagt i endera av premisserna. I och med att man har påstått, att alla däggdjur

är ryggradsdjur, har man, eftersom hästen är ett av däggdjuren, också sagt bl a, att hästen är ett ryggradsdjur. Om hästen icke hade varit ett ryggradsdjur, hade det ju inte varit sant att påstå, att alla däggdjur är ryggradsdjur. Översatsen skulle då ha varit osann. Innehållet i slutsatsen är alltså i själva verket en upprepning av en del av innehållet i översatsen. Det sakförhållande, som hävdas i slutsatsen, nämligen att hästen är ett ryggradsdjur, är ju en del av det mera omfattande sakförhållandet, att alla däggdjur är ryggradsdjur. Detta är lika ovedersägligt som att ytan hos den minsta av de koncentriska cirklarna är en del av den största cirkelns yta.

På detta sätt förhåller det sig med alla deduktioner. De är icke något medel för att vinna ny kunskap, de är improduktiva. Vad de uttrycker, är logiska relationer mellan teoretiska sats, vilka helt eller delvis äger ett gemensamt innehåll. Ofruktbarheten i de deduktiva slutledningarna påpekades redan under antiken,<sup>3</sup> och numera är den allmänt erkänd bland logikerna. Den bör kommas ihåg, när man diskuterar de deduktiva slutledningarnas betydelse i rättstillämpningen.

Hur skall man då förklara, att man med begreppet slutledning förbinder tanken på en skapande tankeverksamhet, en rad intellektuella akter, vilka man utför just för att skaffa sig kunskap om något, som man ej förut känner till? Nog bekräftas det ofta, att det är möjligt att genom slutledningar förvärva nya och riktiga insikter om verkliga förhållanden, tex om händelser i det förflutna eller i framtiden? När det lyckas för en uppfinnare att lösa ett förut olöst tekniskt problem, sker väl detta just genom slutledningar från en mängd naturvetenskapliga sats?

Under förra delen av 1800-talet gjorde en fransk astronom upp tabeller för planeten Uranus' rörelser. Han fann då, att hans beräkningar avvek från tidigare observationer och att planetens bana alltså inte syntes stämma med lagarna för planeternas rörelser. Riktigheten av dessa naturlagar betvivlade han inte, men någon förklaring kunde han inte giva. Senare gjordes antagandet, att någon okänd himlakropp påverkade Uranus' bana. Två andra astronomer, engelsmannen Adams och fransmannen Leverrier, tog fasta på denna hypotes och gjorde vidlyftiga uträkningar för att konstruera banan för den okända planeten. Någon gång under år 1846 efterspanades planeten med teleskop av en astronom i Berlin på den punkt av himlavalvet, där den då skulle befinna sig enligt Leverrier's beräkningar. Försöket gav resultat, och planeten upptäcktes nästan exakt på den angivna punkten. Planeten fick namnet Neptunus.

Inför denna astronomiska triumf måste man fråga sig, om inte de båda astronomerna på grundval av logiska slutledningar hade hävdats en rad helt nya, sanna påståenden, nämligen om den okända planetens bana i rymden. Och var detta rent principiellt något unikt? Var det tex inte skapande och logiskt bindande slutledningar, som privatdetektiven Mr Sherlock Holmes, N:r

221 B, Baker Street, London, gjorde, när han fann, att mördaren var en annan person än den oförvitlige medborgare, som Scotland Yard-inspektorn Lestrade stod i begrepp att arresteras? Gör vi inte själva i vardagslivet skapande slutledningar, som är logiskt bindande?

Eftersom vi har slagit fast, att deduktiva slutledningar icke leder till något nytt vetande, återstår för oss att undersöka, om den andra gruppen av slutledningar, de induktiva *slutledningarna*, möjligen kan ha den utmärkta egenskapen att skänka oss ny kunskap om verkligheten.

Antag, att zoologerna hävdar den förutnämnda satsen, att alla däggdjur är ryggradsdjur. Med vilka skäl gör de detta? Tydligt måste de ha studerat många arter av däggdjur, d v s djur, vilkas honor ger sina ungar di. Alla dessa arter har visat sig vara ryggradsdjur. Antag, att de gör gällande, att alla däggdjur är ryggradsdjur, ehuru det kan tänkas, att en eller annan art av däggdjur i någon avlägsen del av jorden har undgått deras uppmärksamhet. Av den omständigheten, att de allra flesta däggdjur är ryggradsdjur, drager de då slutsatsen, att alla däggdjur har denna egenskap. Detta sätt att göra en slutledning kallas induktion. Sättet är vanligt, och orsaken är vår långa erfarenhet av lagbundenheten i naturen. Man iakttagert ett antal enskilda fall av samma typ. Om alla dessa fall företer samma kännetecken i visst avseende, antager man, att detta gäller även om alla övriga fall av samma typ. Genom en sådan generalisering av en serie liknande iakttagelser har vetenskapsmännen formulerat de allmänna satsen, som kallas naturlagar, t ex satsen inom mekaniken, elektricitetsläran, kemin. Att satsen om tyngdlagen har visat sig vara sann beträffande hittills iakttagna skeenden, betyder likväl inte med logisk nödvändighet, att den också gäller för alla framtida skeenden eller att den också har gällt för alla icke iakttagna förflutna skeenden. I själva verket har naturvetenskaperna gång på gång sett sig nödsakade att till följd av nya iakttagelser justera förut fastställda naturlagar. Den moderna fysiken bjuder på flera exempel av detta slag. Ännu flera har naturligtvis misstagen varit inom de mindre exakta vetenskaperna, t ex medicinen eller psykologien. Överhuvudtaget finnes otaliga exempel på att vetenskapliga teorier, som har byggts upp på induktiva slutledningar, har visat sig vara mer eller mindre felaktiga och har fått lämna rum för nya teorier, likaledes grundade på induktion.

Den induktiva slutledningen har en utomordentligt stor betydelse både i vetenskaperna och i det praktiska livet, men den kan i och för sig icke giva någon säker kunskap. Den är icke logiskt bindande. Slutsatsen blir icke mera än en gissning, en hypotes, och den kan vara osann, även om premisserna är sanna. Vår erfarenhet säger oss visserligen, att den induktiva slutledningen ofta är en god vägvisare, att slutsatsen ofta visar sig vara sann, när vi prövar dess riktighet med vår iakttagelse. I exakta vetenskaper såsom fysik, kemi och astronomi kan man tom begagna induktioner med stor säkerhet. Det som ger oss

kunskap om verkligheten är dock icke slutledningen utan iakttagelsen. Genom slutledningar från planeten Uranus' rörelser och de Keplerska lagarna räknades ut, var på himlavalvet som planeten Neptunus borde sökas med teleskopet, men kunskap om dess existens fick man icke genom slutledningar utan genom att kika i teleskopet. De satser om beskaffenheten av vårt solsystem och om planeternas rörelse, vilka Adams och Leverrier utgick ifrån, var resultat av induktion från en mångfald observationer, och de var följaktligen icke med logisk nödvändighet sanna. Utan tvivel gjorde de båda astronomerna deduktiva slutledningar från dessa satser jämte sina iakttagelser av Uranus, men eftersom premisserna var osäkra måste även slutsatsen ha varit osäker. Att den efteråt visade sig vara sann, var icke detsamma som att den dessförinnan kunde hävdas såsom med nödvändighet sann.

Om de båda slagen av slutledningar kan man sammanfattningsvis säga följande. *Den deduktiva slutledningen är logiskt bindande men improduktiv. Den induktiva slutledningen är tvärtom icke logiskt bindande men produktiv.* Sanningen hos en slutsats, vilken är vunnen genom en riktig deduktion från sanna premisser, inses av vårt förstånd utan någon empirisk prövning. Sanningen hos slutsatsen vid en induktiv slutledning kan däremot bekräftas endast genom iakttagelse av det sakförhållande, som satsen refererar till, alltså på samma sätt som sanningen av vilken empirisk sats som helst.

Om slutsatsen av en induktiv slutledning säger man ofta, att den besitter en högre eller lägre grad av *sannolikhet*. Det sakliga underlaget för ett sådant påstående är iakttagelsen av ett frekvensförhållande vid en sanningsprövning av ett större antal slutsatser, som har vunnits i likartade fall på induktiv väg. Den enskilda slutsatsen måste emellertid vara antingen sann eller osann, och något mellanting, som kan kallas sannolikhet och som utgör en egenskap hos denna enskilda sats, existerar ej. Om man tillägger den enskilda satsen en viss grad av sannolikhet, överflyttar man på satsen den grad av visshetskänsla, som man själv förnimmer vid tanke på satsen.

De egenskaper hos deduktion och induktion, som vi sålunda har funnit, utesluter likväl icke, att man ibland tror sig vinna ny kunskap genom deduktion, och icke heller, att man ibland tror sig göra logiskt bindande induktiva slutledningar. Förklaringen till dessa två misstag ligger på det psykologiska planet. Det förra misstaget kan belysas med följande exempel:

Alla människor är dödliga.  
Sokrates är en människa.  
Alltså: Sokrates är dödlig.

Om någon till äventyrs tycker sig på ett logiskt bindande sätt finna en ny sanning genom denna slutledning, beror detta på två omständigheter. För det

första gör han i verkligheten en induktion utan att vara medveten om dess innebörd. Otaliga människor har dött före Sokrates, och sannolikheten för att alla människor är dödliga ter sig därför så överväldigande, att den accepteras såsom visshet. Från denna obevisade men såsom sann betraktade allmänna sats går man vidare och kommer genom deduktion till slutsatsen, att även Sokrates är dödlig, vilket dock redan är utsagt i översatsen, eftersom begreppet alla människor innesluter begreppet Sokrates.

Det senare misstaget har en mera invecklad förklaring. De satser om den okända planetens bana, som Adams och Leverrier räknade sig till, var i själva verket involverade i deras premisser. Slutsatsens innehåll var dock inte utan vidare synligt i premissernas innehåll, såsom fallet är med slutsatsen, att Sokrates är dödlig. Slutledningen ger därigenom intryck av att vara en logisk bindande induktion, trots att den måste vara en deduktion. Detta beror på två egenskaper hos det mänskliga intellektet. Dels saknar människan förmåga att i samma ögonblick föreställa sig mera än ett mycket begränsat saksammanhang. Dels har hon en – hos olika individer mycket växlande – förmåga att successivt gripa över mycket stora saksammanhang med hjälp av språkliga symboler, vilkas betydelse hon fattar på ett abstrakt sätt men ofta icke kan tänka sig åskådligt. Man kan ju utföra komplicerade tankeoperationer med talbegreppen och andra matematiska begrepp utan att kunna föreställa sig deras innebörd åskådligt. Med våra ögon kan vi icke se någon skillnad mellan 50, 51 och 52 kor, betande på en äng, eller lika många flyttfåglar i luften, men vi kan utföra korrekta matematiska beräkningar med användning av respektive tal.

Den sistberörda illusionen av ett logiskt bindande induktivt slutledningsförfarande skall belysas med ett ytterligt enkelt exempel, nämligen följande ekvation:

$$x + 79 = 153$$

Om vi löser ekvationen, får vi resultatet  $x = 74$ . Detta kan se ut som en sats med nytt innehåll, men satsen  $x + 79 = 153$  är endast ett krångligare, ej omedelbart evident sätt att uttrycka alldeles samma sak. Av talbegreppen och deras förutsatta förhållanden till varandra följer nämligen, att innehållet i en sådan sats som  $x = 74$  kan uttryckas på oändligt många sätt. Exemplet visar oss emellertid, att de deduktiva slutledningarna är ett outhärligt hjälpmedel, när vi med vår tanke skall fatta större sammanhang, som vi icke samtidigt kan överblicka i alla deras detaljer på ett åskådligt sätt. I praktiken kan alltså deduktionen begagnas på ett sätt, som med skäl kan sägas vara produktivt. Det rör sig då om långa, svåröverskådliga serier av deduktiva slutledningar och icke om enstaka elementära typfall, motsvarande den klassiska logikens skolexempel.

## § 21. Om juridiska slutledningar

Efter utläggningarna om innebörden av deduktion och induktion återkommer vi till frågan om användningen av slutledningar i juridiken och i synnerhet i rättsstillämpningen.

Beträffande möjligheten att på logisk väg extrahera lägre, speciella normer ur högre, allmänna normer kan man börja med ett viktigt påpekande. Normer är praktiska satser, men såväl deduktions- som induktionslogiken gäller enbart teoretiska satser. Redan detta påpekande är en maning till grundlig eftertanke. Kan det möjligen ändå förhålla sig så, att den speciella normen såtillvida kan härledas ur en allmän norm, att dess innehåll ingår som en del i den allmänna normens innehåll? Nej, det kan det icke, ty med en speciell norm menar man en norm, som äger en större bestämdhet än den ovanför stående allmänna normen. Om den speciella normen endast vore en del av den allmänna, skulle man för övrigt icke se något problem i förhållandet dem emellan eller känna något behov av ett särskilt tillvägagångssätt för att finna den speciella normen med ledning av den allmänna. Vad man i verkligheten gör, när man tycker sig genom bindande deduktion härleda den speciella normen ur den allmänna, är, att man på en mera konkret situation tillämpar de värderingar, som ligger till grund för den allmänna normen. Men dessa värderingar är icke tillgängliga för en exakt mätning, och i den mera konkreta situationen kan tillkomma andra hänsyn än de, som har varit bestämmande för den allmänna normen. Hittills har det visat sig vara omöjligt att gradera våra värderingar, så att de kan uttryckas på ett matematiskt språk. Man kommer inte längre än till mycket grova och mycket obestämda approximationer. Därmed faller tanken på en logiskt bindande metod för deduktion i handlingslivet, alltså på de egentliga värdeomdömenas och imperativsatsernas område. De deduktioner, som begreppsjurisprudensen utgav sig för att använda som medel för att "finna" rättsregler, var i verkligheten inga deduktioner utan antingen maskerade rättspolitiska avvägningar eller ett sofistiskt missbruk av språkliga symboler. Det är följaktligen endast naturligt, att denna form av juridik har råkat i vanrykte. Till dess försvar kan sägas, att den har fyllt en viktig uppgift genom att bidra till den stadga och överskådlighet, som vårt rättssystem har i sina centrala delar.

Bland de redskap, som begreppsjurisprudensen betjänade sig av för att "finna" rättsregler, förekom även påstådda logiska slutledningar i sidled, nämligen sk slutledningar ex analogia och e contrario eller, kortare uttryckt, *analogislut* och *motsättningslut*. Sistnämnda två termer är ännu allmänt i bruk, men det har mer och mer blivit erkänt, att de icke betecknar några slutledningar i logisk mening utan att de är etiketter, som anbringas efteråt på resultaten av redan utförda rättspolitiska bedömningar eller tolkningsoperationer.<sup>1</sup>

Vad härefter angår användningen av logiska slutledningar i rättstillämpningen och närmare bestämt vid avgöranden av enskilda fall på grundval av gällande rätt, är det en självklarhet, att domaren ställes inför många *rena kunskapsfrågor*. Varje rättsligt avgörande måste ju hänföra sig till fastställda fakta. Domarens primära kunskapsmaterial är hans egna iakttagelser, men dessa är aldrig tillräckliga, utan han måste från dem sluta sig till vad som har förekommit av relevans för hans rättsliga bedömning. Härvid är han hänvisad till slutledning- ar. Är dessa slutledningar deduktiva eller induktiva? Svaret är, att de alltid i något led är induktiva och därför, sedda i sin helhet, inte kan vara logiskt bindande. När domaren sluter sig från sina iakttagelser i processen till antaganden om rättsfakta, ingår i hans premisser många allmänna sats- er. Dessa kan vara enkla naturlagar, som envar känner till. De kan vara svårfattliga naturla- gar, som de flesta är okunniga om och som domaren får kunskap om genom att rådfråga sakkunniga på något visst vetenskapligt område. De kan vara veten- skapliga teorier om medicinska eller psykiska orsakssammanhang eller endast sådana "lagar" för mänskligt tänkande, kännande och handlande som grundar sig på vardaglig livserfarenhet. Ett exempel på en vetenskaplig sats, som ibland tillämpas i brottmål, är fingeravtryckslärens sats, att två personer inte kan ha exakt samma mönster i sina fingeravtryck. "Hittills" har forskarna på området nämligen inte funnit något sådant fall. Slutsatsen, att något sådant fall överhu- vudtaget inte har funnits eller kommer att finnas, grundar sig på induktion. Det finns goda skäl att vara "starkt övertygad" om dess sanning men inte tillräckli- ga skäl att vara "absolut övertygad". Antag, att man i ett enskilt fall kommer till slutsatsen, att två fingeravtryck på grund av sina likheter måste härröra från samma person! Vare sig man kommer till denna slutsats genom deduktion från den allmänna satsen eller genom ett analogislut direkt från de förut iakttagna fallen, blir slutsatsen inte med nödvändighet sann. En annan sak är det, att man i praktiken godtager allmänt erkända naturlagar och en mängd andra allmänna satser som "sanna". Alternativet vore ju att upphöra med all rättsskipning. Domaren grundar alltså ytterst sin bevisprövning på induktiva slutledningar, och hans sätt att utnyttja dessa skiljer sig i princip inte från vetenskapsmannens eller lekmannens. All bevisning om fakta, vilka icke kan direkt iakttagas, måste i något led ha karaktär av induktion från andra, iakttagna fakta. Utmärkande för induktionernas användning i synnerhet i en rättegång men även i ett domstols- eller förvaltningsärende är endast de speciella krav på tillförlitlighet som ställes. Någon särskild metod för induktion i juridiken till skillnad från induktion i allmänhet kan man icke tala om.

När domaren med utgångspunkt i de enligt hans bedömning styrkta rättsfak- ta skall *sammanställa den tillämpliga domsregeln* eller de närmast ifrågakommande domsreglerna, föreligger möjligen också *ett induktivt slutedningsförfarande*. Exem- pelvis kan det vara av intresse att veta, huruvida det har varit åsyftat av lagens

upphovsmän att uppställa just den domsregel, som domaren får fram genom sin syntes av fragment från flera lagparagrafer och/eller sedvanerättsliga regler, eller om denna domsregel i något sammansättningsled är en slumpartad följd av lagtextens språkliga konstruktion eller dess redaktionella uppställning. Även om resultatet av sammanställningen framstår som ett pålitligt uttryck för lagstiftarens avsikter, är det emellertid icke säkert, att domaren behöver känna sig ovillkorligen förpliktad att följa den sålunda sammanfogade domsregeln. Spörsmålet om domarens bundenhet i detta avseende skall beröras något mera nedan.

När man i den juridiska doktrinen diskuterar möjligheten av juridiska slutledningar, är det merendels fråga om den tankeverksamhet som domaren utvecklar, när han från den konkretiserade och omedelbart användbara domsregeln samt sin uppfattning om styrkta rättsfakta kommer till resultatet, att han skall meddela ett domslut av visst innehåll. Problemet gäller, huruvida denna tankeverksamhet försiggår i den logiska slutledningens form, och i så fall, av vilket slag slutledningen är.

Såsom omtalades i närmast föregående paragraf, är det en gammal föreställning, att ett riktigt domslut måste grunda sig på en logisk slutledning från rättsregeln och rättsfakta. Den italienske markisen Cesare Beccaria, den store straffrättsreformatorn under 1700-talet, uttalade denna åsikt i sin kampskrift "Om brott och straff" (§ 4): Vid varje brott måste domaren ställa upp en fullständig förnuftsmässig slutledning. Översatsen är lagen, undersatsen är gärningen, som antingen motsvarar lagen eller icke gör det, och slutsatsen är straffet eller friheten. Redan om domaren räknar med två möjliga slutsatser, öppnas osäkerhetens portar.

I positivistisk rättsvetenskap har den riktiga domen ofta förklarats vara en syllogism i överensstämmelse med den första syllogistiska figurens "modus barbara".<sup>2</sup> (Ibland har den framställts som en hypotetisk slutledning enligt "modus ponens", vilket knappast betyder någon saklig skillnad.) Förutsättningen har då varit, att både rättsregeln och det speciella domsimperativet är teoretiska satser ("Sollensurteile"). Översatsen är rättsregeln, undersatsen är domarens omdöme om rättsfakta, och slutsatsen är en individuell rättssats, vari domaren konstaterar det rättsförhållande, som föreligger enligt rättsregeln. Härfter följer domslutet, som är eller åtminstone implicerar domarens auktoritativa omdöme om detta rättsförhållande.<sup>3</sup>

Detta resonemang bygger på en missuppfattning av de äkta rättssatsernas natur, men det kan inte förkastas såsom helt orealistiskt. Lagar och andra rättsregler är påverkningssmedel, och om det skall vara någon mening med att stifta lagar eller introducera nya sedvaneregler, måste domstolar och myndigheter låta sig ledas av dem på något sätt, så att reglerna inte blir verkningslösa slag i luften. Eljest uteblir även den åsyftade effekten på privatpersonernas



beteenden. Mot uppfattningen av domen som en logiskt bindande teoretisk slutledning kan emellertid riktas allvarliga invändningar från såväl vetenskapliga som rättspolitiska synpunkter.

Den viktigaste vetenskapliga invändningen är den redan antydda, att *rättsreglerna är praktiska satser* och att de följaktligen icke kan ligga till grund för deduktiva slutledningar i enlighet med den klassiska formella logiken, vilken ju har giltighet endast för teoretiska satser. Den sats, som är slutmålet för domarens rättsliga överväganden, är också en praktisk sats, nämligen en individuell rätts-sats, ett specificerat mönster för det kommande domslutet.

Dessa avvikelser från det syllogistiska schemat är mindre iögonfallande i civildomar än i brottmålsdomar, vilket beror på den civilrättsliga ideologien och den ymniga förekomsten av rättighetsregler i civilrätten. I dessa faktorer ligger den psykologiska förklaringen till omdömeteorien om civildomens natur. Eftersom straffbud är skrivna i handlingsreglernas form, är domar i brottmål bättre såsom provostentar för syllogismens användbarhet. Vi tänker oss en dom, som är en tillämpning av följande straffbestämmelse: "Den som olovligen jagar på annans jaktområde, dömes för olovlig jakt till dagsböter ...". Nedanför denna översats skjuter vi in undersatsen: "Pål jagade den 1 oktober utan lov på Pers jaktområde." Och som slutsats i syllogismen skriver vi: "Pål skall dömas för olovlig jakt till dagsböter." Slutsatsen har alltså formen icke av ett domslut utan av ett mönster för ett domslut. Den egentliga rättstillämpningen kommer efter syllogismen och består i att domstolen i viss ordning uttalar, att den dömer Pål för olovlig jakt till visst antal dagsböter å visst belopp. Om man betraktar denna syllogism, ser man, att endast undersatsen är teoretisk, att endast denna är antingen sann eller osann. Översats och slutsats är däremot icke teoretiska utan praktiska.<sup>4</sup>

Trots insikten om att det här rör sig om praktiska satser i översats och domsmönster har flera filosofer och rättsvetenskapsmän hållit fast vid det syllogistiska betraktelsesättet. Detta har skett genom att de har antagit möjligheten av *en praktisk syllogism*, alltså ett speciellt slutledningsförfarande på de praktiska satsernas område.<sup>5</sup> Vad som skall förstås med följdriktighet eller giltighet hos den praktiska syllogismen, har dock visat sig vara svårt att definiera. Utan att göra våld på översats och slutsats kan man nämligen inte skriva om den praktiska syllogismen till ett konditionalt påstående, som uttrycker en logisk sanning, såsom man kan göra med en teoretisk syllogism. Den tanken har framkastats, att man kan pröva följdriktigheten hos en praktisk syllogism genom att förvandla den till en teoretisk, nämligen genom att byta ut rättsregel och domsmönster mot motsvarande oäkta rättssatser. Detta kan ske genom att man skjuter in satsdelen "enligt gällande rätt" i respektive satser. Den praktiska syllogismens följdriktighet skulle då endast vara ett sätt att uttrycka, att dess teoretiska motsvarighet är en riktig slutledning.<sup>6</sup>

Ett annat sätt att bevara domssyllogismen, under erkännande av att rättsregeln är en praktisk sats, har varit att uppfatta domarens tankeoperationer som ett handhavande icke av rättsregeln utan av den motsvarande oäkta rättssatsen. Domaren skulle alltså före slutledningen transformera rättsregeln till en oäkta rättssats. Slutsatsen skulle bli en oäkta rättssats, som domaren sedan transformerar i motsatt riktning till en äkta rättssats, som tillsäger honom att avkunna ett domslut av visst innehåll.<sup>7</sup>

Slutligen har försök gjorts att finna ett särskilt kriterium på följdriktighet hos den praktiska syllogismen såsom sådan.<sup>8</sup> Man har då brutit sig ut ur den klassiska logiken och kommit in på ett nytt slag av logik, som har fått namnet *deontisk logik*. Adjektivet deontisk kommer från ett grekiskt verb med betydelsen bära, och deontisk logik är alltså ungefär detsamma som bära-satsernas logik eller kanske rättare *imperativsatsernas logik*. Man har undersökt möjligheterna att formulera tankelagar för de teoretiska satserna såsom ett motstycke till den klassiska formella logikens regler på de teoretiska satsernas område. Om möjligheterna av en deontisk logik är åsikterna emellertid delade, och det ser i varje fall ut, som om dess användningsområde skulle vara tämligen snävt i jämförelse med den aristoteliska logikens.<sup>9</sup>

I en praktisk syllogism av den nu aktuella typen är undersatsen som sagt teoretisk. Det är denna sats, som hävdar existensen av rättsfakta, alltså i vårt exempel satsen, att Pål jagade utan lov på Pers jaktområde. Mot idén om en logiskt bindande praktisk slutledning i detta fall kan man invända, att en praktisk sats aldrig kan på logisk väg härledas ur en teoretisk.<sup>10</sup> Från påståendet om rättsfakta i en rättegång kan man aldrig på rent logisk väg, dvs med användning endast av sitt intellekt komma till att en dom av visst innehåll "skall" meddelas.<sup>11</sup> För att en föreställning om ett sakförhållande skall kunna leda till ett handlande, måste en värdering göras,<sup>12</sup> och det är denna, som ger impulsen till handlandet. Om jag ser på utermotorn, att det är kallt i luften, och jag vill taga en promenad, är det inte någon logisk slutledning, som kommer mig att draga på mig ytterrocken. Insikten om kylan väcker känslan av olust vid tanken på att frysa, och känslan framkallar i sin tur den viljeimpuls, som driver mina armar och händer till att taga på mig ytterrocken. Den som har fått i sitt huvud, att det är nyttigt att hårda sig mot köld, anser tvärtom, att han inte bör taga på sig någon rock, när han går ut. I motsats till mig själv värderar han kölden såsom något positivt, vilket kommer honom att handla på ett annat sätt.

Mot denna invändning, att det ligger en logiskt oöverstiglig klyfta mellan "vara" och "bära", synes det vara omöjligt att hävda, att domarens "slutledning" vid jämförelsen mellan rättsfakta och rättsregel är logiskt bindande i detta uttrycks vanliga betydelse. Om den är "bindande", måste den vara det i någon annan mening.

Av den sistnämnda invändningen har Karl Olivecrona dragit konsekvensen, att

det som domaren gör, när han dömer, icke alls är en slutledning utan någonting annat: "Den mångomtalade 'syllogismen' finnes icke i domen. I stället finnes där en *jämförelse* mellan fakta och lagens rekvisit, åtföljd av en imperativ förklaring."<sup>13</sup> Därmed har vi förts tillbaka till den schematiserade beskrivning av "verklig rättstillämpning", som gavs i början av detta kapitel. När domaren har funnit en kongruens mellan rättsfakta och rekvisitet i en domsregel, ser han i domsregelns handlingsmönster en till honom själv riktad, förpliktande befallning. Detta handlingsmönster säger honom, hur han skall döma, vilket slags domslut som han skall avkunna. I detta idealfall av rättstillämpning består det kvalificerade tankearbetet endast i att finna och sammanställa den tillämpliga domsregeln samt konkretisera densamma med ledning av föreliggande rättsfakta, så att dess handlingsmönster blir fullständigt och därmed även direkt användbart. Vad som sedan återstår är enligt Olivecrona icke något logiskt slutledningsförfarande utan blott och bart ett handlande efter domsregelns anvisning, nämligen ett avkunnande av domslutet.

Denna reduktion av domarens tankeoperationer vid verklig rättstillämpning till ett par enkla iakttagelser är icke överraskande, om man ser den i belysning av det förut påpekade förhållandet, att en deduktiv slutledning icke producerar något nytt utan endast utmynnar i en upprepning av något som redan är påstått i en av premisserna. Om domssyllogismen har en uppgift, skulle den inskränka sig till att klargöra kongruensen mellan å ena sidan domslutet och å andra sidan rättsregeln jämte den sats, som uttrycker påståendet om rättsfakta. Slutsatsen, domsmönstret, skulle icke vara något nytt utan ligga innesluten i domsregelns handlingsmönster.<sup>14</sup> Visserligen finnes skillnader mellan det detaljerade domsmönstret och den ursprungliga domsregelns abstrakta handlingsmönster, men dessa skillnader utplånas genom att domsregeln konkretiseras med hänsyn till beskaffenheten av rättsfakta. Vad finns det för anledning att karakterisera den verkliga rättstillämpningen som en syllogism, om en syllogism överhuvudtaget icke är något sätt att finna en ny sats, som är sann eller "giltig"?

Om man förnekar syllogismen i domen, måste man fråga sig, om det finns något annat kriterium på det riktiga domslutet än att det är framsprunget ur en logisk slutledning. En svårighet ligger i att riktighet här ej kan vara detsamma som sanning. Domslutet är ett dekret, och det kan icke ha egenskapen att överensstämma eller icke överensstämma med ett sakförhållande. Domslutet kan överensstämma med rättsregeln, men rättsregelns egenskap att vara giltig och därmed en *rättsregel* har vi betecknat som metafysisk. Riktighet och oriktighet hos ett domslut måste därför bli något relativt. Endast om rättsregeln accepteras såsom giltig eller såsom lämplig eller rättvis, får riktigheten hos domslutet en motsvarande positiv känsloladdning. Även det riktiga domslutet uppfattas då som respektive giltigt, lämpligt eller rättvist. Man kan acceptera rättsregeln såsom juridiskt giltig men samtidigt finna den olämplig eller orätt-

vis. En med rättsreglen överensstämmande dom ter sig då såsom juridiskt riktig och giltig ehuru olämplig eller orättvis. Omvänt kan en dom, vilken gillas såsom lämplig eller rättvis, framstå såsom juridiskt oriktig, därför att den strider mot en regel, vilken betraktas såsom juridiskt giltig.

I och för sig är det tämligen oskyldigt att pressa in domarens resonemang vid verklig rättstillämpning i det syllogistiska schemat. Det största felet hos teorien om domssyllogismen är föreställningen, att det alltid är möjligt att på denna väg uppnå ett domslut, som är det enda riktiga. I början av detta kapitel framhölls det som något normalt, att en domare eller förvaltningstjänsteman måste döma eller fatta beslut utan att ha stöd i några entydiga direktiv i den gällande rätten. Det är ett värdeobjektivistiskt misstag, att det alltid skulle vara möjligt att med bestämdhet säga, vad som påbjudes av gällande rätt. Tvärtom lämnar den gällande rätten ofta flera möjligheter öppna, ibland ett par eller några alternativ och ibland en hel serie av alternativ i en glidande skala. Som bekant sker också förskjutningar i uppfattningen om lagens innebörd, och genom förändringar i rättspraxis är sedvanerätten föremål för en ständig ”utveckling”. Varje sådan förändring förutsätter, att den gällande rätten medger ett visst svängrum. När domaren skall träffa sitt val mellan flera tillåtna lösningar, kommer han ingenvart med logik, utan han måste göra rättspolitiska avvägningar. Han har lämnat sakförhållandenas fasta mark och kommit ut på värderingarnas gungfly.

Kritiken mot det syllogistiska betraktelsesättet är härmed icke avslutad, utan den går ett stycke längre. Det är inte bara så, att den syllogistiska metoden ofta inte leder till något bestämt resultat. Stundom leder den tvärtom till ett bestämt resultat, som är uppenbart orimligt. I typiska fall är situationen sådan, som lagstiftaren har föreställt sig den vid formulerandet av rättsregeln, och rättsregelns tillämpning överensstämmer då med hans intentioner. Men vid sidan om de formellt både nödvändiga och tillräckliga kännetecknen kan en med rekvisitet överensstämmande situation emellanåt uppvisa ytterligare kännetecken, vilka förändrar eller tom helt kastar om den sociala helhetsbedömningen av situationen utifrån lagstiftarens egna värdeskalor, så att en tillämpning av rättsregeln ter sig omotiverad eller rent av olämplig. Det kan alltså vara så, att domaren i vissa fall, som avviker från det normala och typiska, icke kan följa den formellt tillämpliga rättsregeln utan att råka i konflikt med de rättspolitiska grunderna för rättsregeln eller för någon annan del av rättsordningen. Belysande exempel finnes i straffrättens lära om intressekollisioner, vilken har vuxit fram som ett korrektiv mot strafflagarnas konsekvenser i situationer sådana som de nämnda.

Antag, att en lagstiftare har kriminaliserat förande av bil i berusat tillstånd. Så inträffar det, att en livsfarligt sjuk person snabbt måste föras till sjukhus med bil och att den ende bilförare, som finnes till hands, är onykter. Hans påverkade

tillstånd gör transporten något farofyllt, men den genomföres lyckligt, och den sjuke räddas till livet. Bilkörningen motsvarar lagens beskrivning av rattfylleribrottet, men att döma bilföraren skulle strida mot motiveringen för straffbestämmelsen, nämligen önskemålet att motverka skador till liv, hälsa och egendom. Även om en olycka skulle hända under transporten, skulle man under vissa förhållanden kunna tänka sig att lämna bilföraren straffri. I straffrätten och för övrigt även i den utomobligatoriska skadeståndsrätten finnes sedan länge sedvanerättsliga undantagsregler för sådana fall, men liknande "intressekollisioner" kan tänkas på många rättsområden.

Att en lagregel kan bli formellt tillämplig på fall, i vilka en tillämpning av lagregeln skulle strida mot dess egen ratio eller mot någon annan för rättsystemet grundläggande värdering, beror naturligtvis på lagstiftningsteknikens ofullkomlighet. De kombinationer av omständigheter, som imperativet skall anknytas till, måste av praktiska skäl karakteriseras med få och lätt fastställbara kriterier. Det är praktiskt omöjligt att skriva särskilda regler för alla tänkbara varianter av mänskliga situationer, och lagstiftaren har dessutom icke den profetiska klarsyn, som fordras för att förutse alla dessa varianter. Konsekvensen blir, att om rättstillämpningen skall komma att stämma någorlunda med de rättspolitiska motiveringarna för rättsreglerna, måste domstolar och myndigheter ha vissa möjligheter att under särskilda förhållanden frångå även klara lagregler eller knäsatta sedvanerättsliga regler.<sup>15</sup> Som följd av denna praktiska nödvändighet är det uteslutet att binda rättstillämpningen vid någon viss form av logisk slutledning. Tanken på en deontisk logik såsom bestämmande för domarens handlande måste överhuvudtaget avskrivras.

Den ofullständiga harmonin mellan rättsreglernas och särskilt lagreglernas konsekvenser vid en strikt tillämpning efter deras innehåll och de bakomliggande sociala värderingarna är ett skäl att ställa frågan, om inte rättsreglerna borde betraktas mindre som egentliga handlingsmönster och mera som schematiska uttryck för dessa sociala värderingar, så att domstolar och myndigheter skulle träffa sina avgöranden direkt på grundvalen av dessa värderingar, vilket ibland skulle stämma med reglerna och ibland icke. Denna fråga hör inte så mycket till rättstillämpningens logik men gäller desto mera den juridiska metoden. Den berörda metoden, som är vad man kan kalla en *radikal* teleologisk eller pragmatisk metod, har haft och torde alltjämt ha sina förespråkare. Även den, som icke vill betrakta lagregler och andra rättsregler såsom i stort sett bindande enligt sitt innehåll, måste dock rimligtvis erkänna värdet av att domstolars och myndigheters ställningstaganden kan förutberäknas med någorlunda god säkerhet. Givetvis minskas dessa möjligheter i samma mån som rättstillämpningen frigör sig från det språkliga innehållet i det allmänt accepterade systemet av rättsregler. Därmed reduceras den formella rättssäkerheten, och utrymmet för ovidkommande faktorerers inflytande i rättsskipning och förvaltning vidgas.

Metoden att ”rättfärdiga” ett domslut eller ett beslut genom att hänvisa till dess verkliga eller påstådda formella överensstämmelse med en rättsregel är allmänt begagnad, även om man nuförtiden mera än förr är medveten om att metoden ofta är en eftertionalisering.<sup>16</sup> Föreställningen om domslutet som en ofrånkomlig logisk konsekvens av innehållet i gällande rätt har efterlämnat tydliga spår i sätten att språkligt utforma motiveringar till domar och beslut. De brukliga sätten att skriva domsmotiveringar står i nära sammanhang med problemen angående rättstillämpningens logik. Det kan därför vara av intresse att som en avslutning på reflektionerna över rättstillämpningens logik se på några typiska sätt att motivera domar.

## § 22. Några ord om domsmotiveringar

För att rättsskipningen så mycket som möjligt skall giva effekt åt rättsreglerna under bevarande av lugn och ordning, fordras det naturligtvis, att domstolarnas avgöranden mottages med gillande, åtminstone av berörda parter närmaste omgivning och av andra intresserade samt helst också av parterna själva. Självfallet gäller detsamma om förvaltningsmyndigheters och enskilda tjänstemäns beslut. Eftersom den följande analysen avser teoretiska principfrågor, kan vi emellertid utan större olägenhet begränsa oss till att behandla domstolarnas avgöranden av själva saken i rättegång, alltså deras domar.

På en dom ställes överallt det naturliga kravet, att domstolen skall giva skäl för sitt domslut. Därför skall en dom enligt rättegångsbalken innehålla – förutom vissa andra uppgifter – såväl *domskäl* som *domslut*. Domskälen har flera viktiga funktioner, som vi icke har anledning att beröra i detta sammanhang.<sup>1</sup> I anslutning till problemet om juridiska slutledningar skall vi inskränka oss till att undersöka sätten att motivera domslut från två synpunkter. Dels skall vi tänka efter, hur domskäl bör vara beskaffade för att *övertyga*, och dels skall vi särskilja och granska några *olika typer av domskäl*, vilka förekommer i svensk rättspraxis.

För att domskäl skall övertyga, måste de först och främst upplysa om de *fakta*, på vilka domslutet grundas. Behovet härav har i rättegångsbalken såtillvida beaktats, som domskäl skall innehålla ”uppgift å vad i målet är bevisat”, dvs upplysningar om rättsfakta (RB 17:7 och 30:5). I motiven till rättegångsbalken framhålles emellertid också, att det ”är av vikt, att i domen klarlägges, på vilka grunder rätten stöder sin övertygelse om vad i målet är bevisat”.<sup>2</sup> Det är alltså lämpligt, att domstolen åtminstone summariskt redogör för bevismaterialet och sin bedömning av detta, m a o för de induktiva slutledningar som har bestämt

domstolens övertygelse om rättsfakta. Denna del av domskälen kan växla mycket till omfånget, från ett kort konstaterande av ett erkännande eller ett medgivande till en omständlig och detaljerad redogörelse för en mängd bevisdata jämte domstolens konklusioner från dessa. Ofta omtalas dock endast de enligt domstolens mening styrkta fakta med den inledande frasen "Av utredningen i målet framgår".

En övertygelse om sanningen i domstolens påstående om rättsfakta är emellertid icke tillräcklig för att domslutet skall godtagas. Domslutet är regelmässigt en praktisk sats, ett direktiv.<sup>3</sup> Och det har redan sagts, att man från ett konstaterande av vissa fakta icke kan på logisk väg sluta sig till att en viss praktisk sats skall "gälla" eller att en viss handling "skall" utföras. För att en dom skall bli övertygande, måste *klyftan* mellan rättsfakta och domslut på något sätt *överbryggas*. Egentligen passar inte ordet övertyga på ett domslut, eftersom ordet närmast har en teoretisk innebörd och betyder att förmå någon att acceptera ett påstående såsom sant. Att bli "övertygad" om "riktigheten" av ett domslut är ju något annat, nämligen att godtaga domslutet såsom giltigt, rättvist, klokt, gott e d. Godtagandet av domslutet är en positiv värdering av detsamma, alltså en funktion av känslan. (Såsom har påpekats ovan s 143 f är det dock möjligt, särskilt för en skolad jurist, att samtidigt ogilla ett domslut och finna detsamma vara juridiskt riktigt, liksom även det omvända förhållandet kan förekomma. Båda fallen förutsätter en diskrepans mellan bedömarens egna värderingar och de värderingar som ligger till grund för den tillämpade respektive åsidosatta rättsregeln.)

Principiellt kan klyftan mellan rättsfakta och domslut överbryggas endast av en värdering. Ett domslut kan göras övertygande, t ex för majoriteten av samhällets medlemmar eller för en viss grupp, genom att det anpassas till dessa personers värderingar. Det torde också finnas vissa möjligheter för en domstol att påverka värderingarna hos andra, kanske inte så mycket hos parterna själva som hos deras omgivning eller hos den intresserade allmänheten, åtminstone om inställningen hos dessa personer är indifferent eller vacklande.

Det vanligaste sättet att söka förmå allmänheten till att med gillande mottaga ett domslut är att hänvisa till *lagen* eller *rättsordningen*. En domstol, som har allmänhetens förtroende, kan i andra hand sätta sin egen auktoritet bakom de värderingar, som ger stöd åt domslutet. Själva rättsordningen, den positiva rätten, ställer på domstolarna kravet, att de skall döma enligt lag. Eftersom lagen i ett fredligt och stabilt samhälle är allmänt accepterad såsom giltig, är det också naturligt för domstolarna att såvitt möjligt åberopa lagen såsom stöd för sina domslut. Därmed uppfyller domaren den roll såsom allenast förmedlare av lagens bud, vilken sedan gammalt har tilldelats honom av lekmännen och som av den franske statsläraren Montesquieu har beskrivits med de ofta citerade orden, att domaren ingenting annat är än "munnen, som uttalar lagens ord"

(”la bouche qui prononce les paroles de la loi”)<sup>4</sup>

Den självklara grundtypen för en domsmotivering i ett nutida samhälle är alltså en hänvisning till lagens innehåll. När domslutet kan grundas helt på lagen, anses denna hänvisning tillräcklig, ja, den anses ofta tillräcklig även när lagen endast delvis bär upp domslutet. Strängt taget borde även lagen motiveras, men detta betraktar domstolen som överflödigt. Skälen för lagen gavs på sin tid, när den stiftades, och skälen godtogs då av samhällets lagliga representanter. Sedan är det tillräckligt, att lagen alltjämt ”gäller”. Domskälens uppgift blir alltså endast att påvisa, att domslutet är en följd av lagens innehåll. Eftersom domslutet följer av en subsumtion av det enskilda fallet under lagens allmänna regel, kan metoden att motivera ett domslut med en hänvisning till en lagregel kallas *subsumtionsmetoden*.

Vilka uttalanden skall en domsmotivering enligt subsumtionsmetoden innehålla för att kunna övertyga om domslutets ”riktighet”? Om argumenteringen för påståendet om rättsfakta, dvs bevisvärderingen, har vi redan talat. En beskrivning av *rättsfakta* skall under alla förhållanden lämnas. Även den tillämpade lagregelns eller rättare sagt *domsregelns* innehåll skall klargöras, vilket ofta sker endast genom en hänvisning till en eller flera lagparagrafer. För den rättsbildade läsaren av domen behöves inte mera i domskälen. (En annan sak är lekmannens möjligheter att förstå dessa.) Domslutets ”riktighet” kan sedan kontrolleras genom två jämförelser, den ena mellan rättsfakta och domsregelns rekvisit och den andra mellan domsregelns handlingsmönster och domslutets innehåll.

I princip kan subsumtionsmetoden användas på samma sätt, när den tillämpade domsregeln icke har karaktär av lag utan är en sedvanerättslig regel. Ett vanligt mellanfall torde vara, att domsregeln är sammansatt av element från både lag och sedvanerätt.

Subsumtionsmetodens förmåga att övertyga förutsätter, att överensstämmelserna mellan rättsfakta, rättsregel och domslut uppfattas såsom fullt tydliga och att domen alltså ter sig som en *verklig rättstillämpning*. Något principiellt hinder för att utforma domskälen som en syllogism finnes naturligtvis inte i detta fall.

När domstolen, såsom ej sällan händer, befinner sig i en valsituation, är subsumtionsmetoden principiellt otillräcklig av det klara skälet, att den icke leder fram till ett enda domslut utan till två eller flera, kanske många, alternativa domslut. Valet kan stå mellan att bifalla och att ogilla ett käromål eller ett åtal. Valet mellan de möjliga alternativen måste motiveras med andra medel än en hänvisning till rättsregler, om domskälen skall bli på en gång sanningsenliga och fullt övertygande. Det som i verkligheten fyller tomrummet i domskälen måste då bli *rättspolitiska argument*, dvs värdeomdömen eller åberopande av förefintliga värderingar. De avgörande skälen för domslutet blir alltså av samma art som de skäl, varmed ett lagförslag brukar motiveras.<sup>5</sup>



Mot bakgrunden av distinktionen mellan de två sätt att giva skäl för ett domslut, vilka består i respektive en subsumtion under en rättsregel och ett direkt anförande av rättspolitiska skäl, övergår vi nu till spörsmålet, om och i vad mån domstolarnas domskäl verkligen motsvarar dessa två metoder. Om man studerar ett antal domar i rättsfallssamlingarna, blir det första intrycket mycket förvirrande, och man nödgas konstatera, att sätten att skriva domskäl är många. Med någon möda och med hjälp av abstraktioner från olikheter i detaljer kan man emellertid urskilja några *grundtyper* av argumentering, vilka uppträder i flera *varianter* och även i flera olika *kombinationer* med varandra. Utan anspråk på fullständighet och i medvetande om att det rör sig om en stark schematisering kan man förslagsvis skilja mellan fem metoder, vilka kan benämnas *subsumtionsmetoden*, *naturrättsmetoden*, *värderingsmetoden*, *börametoden* och *faktametoden*.

*Subsumtionsmetodens* innebörd har redan förklarats. Vad beträffar dess användning i praktiken är det anmärkningsvärt, att den utnyttjas långt utöver sitt egentliga användningsområde, alltså även i sådana fall, där man icke kan tala om en i sin helhet verklig rättstillämpning utan det åtminstone delvis är fråga om rättspolitiska bedömningar. Antag, att någon är åtalad för en förseelse mot en speciell författning. Det återopade straffbudet utsäger ingenting om det subjektiva brottsrequisitet i ett visst avseende, och det kan överhuvudtaget icke avgöras, huruvida uppsåt fordras enligt gällande rätt eller oaktsamhet är tillräcklig i detta avseende. Med hänsyn till bevisningssvårigheter och kriminalpolitiska behov bestämmer sig domstolen för att anse oaktsamhet vara tillräcklig för straffbarhet och fäller därför den tilltalade till straff. Det händer i sådana fall, att domstolen nöjer sig med att hänvisa till lagbudet och icke alls talar om, varför den anser oaktsamhet vara tillfyllest. Domstolen har stått i valet mellan att fälla och att frikänna, och den har beslutat sig för det förra. Genom att skriva domskälen i enlighet med subsumtionsmetoden fingerar den, att straffbudet icke fordrade mera än oaktsamhet i det relevanta avseendet, och den fingerar alltså även, att den icke har haft något val utan varit tvungen att bifalla åtalet. Domen såsom helhet, domskäl och domslut, kan man i ett sådant fall karakterisera som ett resultat av två "slutledningar". Den första "slutledningen" från den i viss del "öppna" lagregeln gav två alternativa resultat. Domstolen bestämde sig för det ena och fingerade sedan genom en ny "slutledning" i motsatt riktning, att detta resultat var dikterat av lagbudets innehåll och att lagbudet alltså hade en större bestämdhet än det verkligen hade. Detta sätt att låta det önskade domslutet påverka "översatsen" i domskälen kan med fog rubriceras som en *bakvänd slutledning*.<sup>6</sup> Därmed utmärker man, att det till sist inte alls är fråga om en slutledning utan om ett praktiskt ställningstagande, som döljes genom att klädas i den logiska slutledningens dräkt. Det bör påpekas, att den kritik, som ligger i beteckningen bakvänd slutledning, inte alls behöver drabba

domslutet, som kan vara oklanderligt, utan endast riktar sig mot det sätt, varpå detta motiveras. Domskälen återger ju icke domstolens verkliga resonemang.

Vid sk analogisk lagtillämpning följes handlingsmönstret i en lagregel, trots att situationen icke helt motsvarar regelns rekvisit utan endast är likartad med den typsituation som beskrives i rekvisitet. Det är då icke själva lagregeln, som tillämpas, och man borde därför hellre tala om analogisk laganvändning. Även i sådant fall är det vanligt att utforma domskälen enligt subsumtionsmetoden. I äldre domspraxis markerades analogien genom att domstolen sade sig döma icke jämlikt visst lagrum utan "jämlikt grunderna för" detta lagrum. Det föreliggande fallet subsumerades då skenbart under en gällande regel eller grundsats av mera allmän räckvidd eller "högre" ordning än lagbudet. Numera är det däremot vanligt att vid analogisk laganvändning åberopa lagbudet direkt utan det nämnda förtydligandet. Detta är ett tvivelaktigt framsteg, eftersom subsumtionsmetoden därmed ännu mera undanskymmer den verkliga rättspolitiska bedömningen. Även ett slags omvänd analogi förekommer stundom i rättspraxis, i det att ett fall förklaras icke gå in under ett lagbud utan i stället under en motsatt regel, trots att det uppenbarligen täckes av lagbudets språkliga innehåll. Detta sätt att undandraga sig en ovälkommen konsekvens av en lagregel kallas restriktion eller reduktion och bygger på en rättspolitisk bedömning av i princip samma slag som den, som göres vid en analogisk laganvändning. I samtliga dessa fall döljer subsumtionsmetoden det sätt att resonera, som nyss kallades den bakvända slutledningen.

I de sistnämnda fallen har domstolen först försöksvis gjort en subsumtion under den rättsregel som har synts vara tillämplig. Den har därpå funnit resultatet otillfredsställande, kanske orimligt, och därför har den jämkat eller rubbat det preliminära domslutet, vilket har föranlett domstolen till att "resonera baklänges" och ändra på sitt ursprungliga antagande om innehållet i gällande rätt med avseende på det föreliggande fallet. Jämknings- eller rubbningen av det preliminära resultatet jämte "översatsen" i domskälen har i doktrinen fått den vetenskapligt klingande benämningen *pragmatisk korrektion*.

Det bör tilläggas, att bakom användningen av subsumtionsmetoden även kan ligga en tillämpning av en klar men icke uttryckligen nämnd sedvanerättslig regel, grundad på ett eller flera prejudikat. Om högsta domstolen i en prejudice-rande dom använder och åberopar ett lagbud analogiskt och en lägre domstol sedan följer prejudikatet, brukar den senare domstolen icke uttryckligen stödja sig på prejudikatet utan formulerar sina domskäl på samma sätt som högsta domstolen gjorde, alltså med en hänvisning till lagbudet. Bakom den lägre domstolens domskäl ligger då icke ett rättspolitiskt resonemang, såsom var fallet med högsta domstolens domskäl, utan den nya sedvaneregeln som har blivit införd genom högsta domstolens dom. Ma o är den lägre domstolens dom en verklig rättstillämpning, med den reservation som följer av grundsatsen i

svensk rätt, att prejudikat icke är bindande. Ytterligare kan tillfogas, att även de övriga nämnda metoderna för domsmotivering på samma sätt kan komma till användning både när en dom i verkligheten grundar sig på prejudikat och när den icke gör det.

*Naturrättsmetoden* vid domsmotivering består i att en domstol i sina domskäl, efter att ha anfört rättsfakta, säger sig konstatera ett visst rättsförhållande, t ex att käranden har eller icke har en viss rätt eller att svaranden har eller icke har en viss skyldighet. Många andra sätt att uttrycka rättsförhållanden kan tänkas. Med ett sådant konstaterande i domskälen föregripes i själva verket domslutets innehåll, t ex att käromålet ogillas eller att svaranden förpliktas att betala visst skadestånd till käranden. Såsom redan har antytts, kan detta sätt att skriva domskäl vara uttryck för en verklig rättstillämpning, i det att domslutet följer av en klar sedvanerättslig regel. Domslutet kan också följa av en lagregel, vare sig denna är nämnd i domen eller icke. Om lagregeln är citerad, föreligger en kombination av subsumtions- och naturrättsmetoderna. Domen kan emellertid också vara – och är i många fall – åtminstone delvis grundad på rättspolitiska avvägningar, som då icke är redovisade. Termen naturrättsmetod är från juridisk synpunkt inte särskilt lyckad, men den har här valts i brist på bättre, emedan påpekandet i domskälen av en rätt, en plikt eller ett annat rättsförhållande väddar till lekmannens föreställningar om naturliga eller moraliska rättigheter och plikter, vilka enligt hans mening måste vara bestämmande för den positiva rättens innehåll.

*Värderingsmetoden*, som består i att en domstol, när den inte har någon klar rättsregel att följa, i sina domskäl öppet deklarerar de förmånliga verkningar som den vill uppnå eller de skadliga verkningar som den vill undvika genom att döma så, som den gör, är sällan använd. Exempel på denna metod finner man huvudsakligen i särskilda vota av enskilda ledamöter i högsta domstolen eller i hovrätt. Strängt taget är denna metod den enda helt tillfredsställande metoden att giva skäl för ett domslut. Andra metoder kan förvisso av psykologiska orsaker vara lika effektiva i praktiken. En lekman, som har svårt för att upptäcka bristerna i en domsmotivering enligt subsumtionsmetoden, låter sig naturligtvis i allmänhet lättare övertygas än en erfaren jurist, som strax ser dessa brister. Värderingsmetoden är den enda metod för redovisning av domskäl som kan giva en fullständig motivering till ett domslut och som därigenom håller måttet vid en saklig och grundlig kritik (se ovan s 142 tredje st och s 147 andra st). För att värderingsmetoden också skall vara effektiv, d v s verka övertygande på den som tager ställning till domen, fordras naturligtvis, att denne inte själv har värderingar, som strider mot de i motiveringen framförda.

*Börametoden*, som innebär, att domstolen förklarar sig böra döma på visst sätt och sedan också gör detta, är en icke ovanlig metod. Genom uttryck av typen ”börr”, ”måste anses”, ”kan icke anses” e d, framställes domslutet såsom ofrån-

komligt, under antydande av att det påbjudes av någon "rättsgrundsats" ed, vars innehåll icke omtalas. Frånsett fall, där domstolen endast följer prejudikat, är den verkliga motiveringen även här en rättspolitisk avvägning, men den är icke redovisad. Börametoden förekommer ofta i förening med subsumtionsmetoden, och den avgörande böra-satsen hänför sig då endast till någon del av de rättsliga premisserna, tex till "tolkningen" av någon term i ett åberopat lagbud.

*Faktametoden* är ett om möjligt ännu ofullständigare sätt än börametoden att giva skäl för ett domslut. I domskäl enligt denna metod finnes påståenden om fakta men inga värderingar, inga böra-satser och inga uttalanden om rättsförhållanden, rättsregler eller rättsgrundsatser. På denna typ av domskäl torde man i rättspraxis endast kunna finna få exempel. Om dessa magra domskäl övertygar, beror det på att granskaren själv gör den nödvändiga kompletteringen med de värderingar, som kommer domslutet att framgå som en praktisk konsekvens av föreliggande fakta. Han bygger alltså själv bron från rättsfakta till domslut. Användningen av faktametoden utesluter icke, att det i verkligheten kan föreligga en oredovisad subsumtion under en klar rättsregel.

Som ett allmänt omdöme kan det sägas, att domskäl i praktiken, med undantag för uppenbar verklig rättstillämpning under åberopande av otvetydig lag, mycket ofta är föga upplysande om de verkliga motiveringarna för domsluten. Förklaringen härtill är till stor del att söka i en gammal, från början naturrättsligt betingad tradition, enligt vilken domslut alltid framställdes såsom nödvändiga konsekvenser av innehållet i gällande rätt. Den ideologiska grunden för denna tradition har luckrats upp, och även själva traditionen har försvagats. Den påverkar dock fortfarande domstolarnas skrivsätt, även om en tendens till större uppriktighet och meddelsamhet har gjort sig tydligt märkbar. Också mot de vanliga nuvarande skrivsätten har anmärkningar riktats för ordknapphet och dimbildning. En anledning till kritik har varit svårigheterna att bedöma den prejudicerande betydelsen av avgöranden i högre instans. Vidare har önskemål uttryckts om en domsskrivning, som möjliggör en förbättrad insyn i domstolarnas sätt att argumentera. För några år sedan har *Per Olof Bolding* i skriften "Juridik och samhällsdebatt" klandrat den dominerande "juridiskt-tekniska" metoden i rättstillämpningen och yrkat på en "öppen metod" med i första hand en utåt redovisad diskussion av samhällspolitiska skäl för och emot olika lösningar av rättsliga spörsmål och i andra hand en konfrontation av diskussionens resultat med de sk rättskällorna, varvid resultatet finge korrigeras, när så visade sig nödvändigt.<sup>7</sup> Även om en del finnes att anföra till försvar för nu rådande skick och bruk, måste det erkännas, att också de nuvarande sätten att skriva domskäl i stort sett ger en ofullständig och delvis missvisande bild av de verkliga företeelser, som rymmes inom begreppet rättstillämpning. Det kan därför finnas anledning att ånyo taga frågan om avfattningen av domskäl under omprövning. But that is another story.

# Efterskrift

Denna "Inledning till den allmänna rättsläran" har i många år varit kursbok i allmän rättslära för jur kand – examen vid Lunds universitet. Till de andra arbeten, som utgör kursfordran, hör sedan några år Karl Olivecrona, Rättsordningen, varav dock endast valda delar, tillhoppa något mer än hälften, behöver läsas. Denna bok och min "Inledning" fyller i huvudsak olika uppgifter. Ämnesområdena sammanfaller endast i smärre delar, och min "Inledning" är, som titeln anger, elementär, medan Rättsordningen är ett vetenskapligt arbete. I de ämnesdelar, som behandlas i båda skrifterna, har författarna i flera viktiga stycken olika uppfattning. I och för sig är detta ingenting att beklaga, ty det är nyttigt för de studerande att få problem belysta på olika sätt. Detta är ju ägnat att väcka deras eftertanke och att stimulera dem till ett kritiskt bedömande av de skiljaktiga åsikterna och ett eget ställningstagande till dem. En förutsättning härför är naturligtvis, att de observerar skillnaderna i uppfattning. Min erfarenhet är, att många studerande inte alls eller endast ofullständigt märker olikheterna mellan Olivecronas framställning och min. Därför tror jag mig kunna göra åtminstone de mera ambitiösa studerandena en tjänst genom att peka på dessa skillnader och förtydliga dem.

En brist på överensstämmelse mellan Olivecrona och mig föreligger beträffande synen på civilrättens struktur. Enligt Olivecrona (s 270) kan man i civilrätten särskilja "så att säga tre skikt": 1) reglerna om rättigheter och skyldigheter (den metafysiska civilrätten), 2) handlingsregler för de enskilda medborgarna (den medborgerliga civilrätten), 3) handlingsregler för domstolarna (den judiciella civilrätten). Enligt min framställning har civilrätten (och den offentliga rätten) två huvudgrupper av adressater och kan därför med adressatbegreppet som indelningsgrund indelas i regler för privatpersoner och regler för domare (s 73 f; obs den vidsträckt betydelsen av termen domare i detta sammanhang). Jag räknar endast med dessa två "skikt". Det som Olivecrona kallar "den metafysiska civilrätten" har i min framställning sin närmaste (mycket ungefärliga) motsvarighet i de regler som jag kallar kvalifikationsregler och kompetensregler, vartill man kan lägga de individualnormer som jag kallar kvalifikationsakter och kompetensakter. Dessa regler och akter betraktar jag som "ett gemensamt element i två regelsystem, det ena med privatpersoner som adressater och det andra med domare som adressater" (s 85, 90, 96, 97). Regler

om rättigheter har jag inte behandlat som en särskild kategori av rättsregler, utan jag har antagit, att rättighetsreglerna "skulle kunna omvandlas och lösas upp samt fördelas på de tre kategorierna förhållningsregler, kvalifikationsregler och kompetensregler" (s 114). Mitt "gemensamma element" och Olivecronas "metafysiska civilrätt" förhåller sig till varandra som två cirklar, vilka skär varandra. Å ena sidan innefattar mitt "gemensamma element" alla kvalifikations- och kompetensregler, ej blott dem som döljer sig under benämningen rättighetsregler. Å andra sidan innefattar det inte några regler som skyldigheter. Sådana regler är nämligen för mig identiska med rättsliga handlingsregler för antingen privatpersoner eller "domare" (jfr Olivecronas uttalande s 229: "Idén om en skyldighet åter innefattar direkt en föreställning om att ett visst handlingsätt bör iakttagas.").

Rättsliga handlingsregler är enligt min framställning just regler om skyldigheter (s 64): "Rättsregler anses ju vara gällande, och hos en rättslig handlingsregel innebär den antagna giltigheten, att regeln uppfattas som förpliktande. Den sk *rättsföljden* i en rättslig handlingsregel består i uppkomsten av en *rättslig plikt* att utföra det slags handling som regelns handlingsmönster återger." Med denna syn på handlingsreglerna går det inte att ställa dem vid sidan om en metafysisk civilrätt. Även handlingsreglerna ter sig ju metafysiska, om de uppfattas som regler om rättsliga handlingsplikter. De flesta handlingsreglerna anser jag vidare ha ett metafysiskt inslag även såtillvida, att de påbjudna handlingarna är symboliska och till sin sociala betydelse bestämda av andra rättsregler. De mångfaldiga sammanhangen inom rättsordningen gör det svårt att på helt objektiva grunder göra en enkel klassindelning av rättsreglerna. Mot min indelning av rättsreglerna efter de två adressatgrupperna privatpersoner och "domare" kan naturligtvis invändas, att den bygger på ett kriterium, som är skapat av rättsordningen själv. Det är ju rättsregler, som under vissa betingelser gör privatpersoner till "domare". Indelningen förefaller mig dock att vara ett nyttigt systematiskt hjälpmedel. Den har också en viss saklig grund, i det att de två regelgrupperna i stort sett företer vissa olikheter med varandra.

Min indelning av rättsreglerna i regler för privatpersoner och regler för "domare" är, såsom redan har framgått, inte begränsad till civilrätten utan avser hela rättsordningen. Frågan, huruvida man även i den offentliga rätten kan särskilja olika "skikt", har Olivecrona inte behandlat i Rättsordningen. Förklaringen torde vara, att hans teori om civilrättens tre skikt står i direkt sammanhang med den kritik av den klassiska processrättsdoktrinen lära om civildomens natur som han tidigare har lagt fram i arbetet Rätt och dom (Lund 1960). För min del kan jag med avseende på "skiktindelning" inte se någon principiell skillnad mellan civilrätten och den offentliga rätten. Det är självklart, att den offentliga rätten innehåller handlingsregler både för privatpersoner och för "domare". Ett enkelt exempel är trafikförfattningarna. Även i den offentliga rätten

gäller, att handlingsreglerna sällan, kanske aldrig, är i sin fullständighet framställda i lagtexter. Liksom i civilrätten är vissa gemensamma beståndsdelar, med ett metaforiskt uttryck, språkligt utbrutna ur handlingsreglerna i form av kvalifikationsregler och kompetensregler. Många av dessa regler är själva offentlighetsregler, men även civilrättsliga kvaliteter och kompetenser figurerar i rekvisiten i de offentlighetsreglerna. Tex möter man i skattelagarna bla civilrättsliga begrepp som fastighetsägare, äktenskap och aktiebolag. På motsvarande sätt förekommer offentlighetsregler och kompetenser i civilrätten, inte minst i den del som består av handlingsregler för "domare" (jfr uttrycket "den judiciella civilrätten" hos Olivecrona).

Ännu en skillnad mellan Olivecronas och mitt sätt att presentera civilrätten är, att Olivecrona laborerar med ett speciellt slag av handlingsregler, vilka han säger vara sanktionslösa och vilka han beskriver som regler om det tillvägagångssätt som måste användas för att man skall uppnå ett visst rättsligt resultat (Rättsordningen s 276): "Granskar man uppbyggnaden av ett nutida rättssystem, såsom tex vårt eget, finner man till en början att det ges en mängd civilrättsliga regler, om vilka man inte kan säga, att de är försedda med några sanktioner. Ett exempel är reglerna om formerna för ingående av äktenskap. De är regler om hur man skall gå tillväga för att ett äktenskap skall anses ha kommit till stånd. Försöker man använda någon annan form, blir följden blott den att det avsedda resultatet icke uppnås. För att bilda ett aktiebolag måste man iaktta en rad föreskrifter om tillvägagångssättet. Det är inte straffbart att söka bilda ett aktiebolag på annat sätt. Men man får inte bolaget registrerat och får ingen nytta av en vid sidan av lagen tillskapad bolagsform."

Det är sant, att civilrätten i många stycken antingen är formulerad på detta sätt eller kan formuleras så. Jag uppfattar emellertid dessa formuleringar inte som adekvata uttryck för några rättsliga handlingsregler eller för några rättsregler överhuvudtaget utan som omskrivningar av rättsregler eller som följsatser till sådana. Jag har påpekat (s 70, 85 f), att det finns lagbud, som ger handlingsmönster utan att statuera handlingsplikter. Ett exempel är följande: "Äktenskapsförord skall av de trolovade eller makarna skriftligen upprättas och bestyrkas med vittnen" (GB 8:10). Detta stadgande om två formkrav för äktenskapsförord innehåller inte något förpliktande för de trolovade eller makarna. Dessa kan, såsom de vanligen också gör, underlåta att upprätta äktenskapsförord, och de bryter inte därigenom mot något påbud. Enligt min framställning uttrycker lagbudet på ett medelbart sätt en del av innehållet i en kvalifikationsregel, vars fulla innebörd allmänt talat är, att ett äktenskapsförord (= ett giltigt avtal om en från lagen avvikande egendomsordning i äktenskapet) uppstår, om en rad förutsättningar uppfylles, bland andra att en skriftlig handling om egendomsordningen upprättas och bestyrkes med vittnen. Att denna kvalifikationsregel är sanktionslös, är inte något anmärkningsvärt. Det finns nämligen inte

några sanktionerade kvalifikationsregler. Till regeln i fråga ansluter sig däremot handlingsregler, som är sanktionerade. Den egendomsordning mellan två makar som grundas genom ett äktenskapsförord skyddas ju av brottsbalkens bestämmelser om förmögenhetsbrott och av skadeståndsregler.

Eftersom vår rättsordning inte bara är luftslott utan i ganska betydande grad avspeglar sig i människornas handlande, blir det en konsekvens av den citerade regeln om formerna för äktenskapsförord, att en man och en kvinna, vilka önskar ha en från lagen avvikande egendomsordning i sitt äktenskap, i sitt eget intresse bör upprätta en skriftlig handling härom och låta handlingen bestyrkas av vittnen. Detta handlingsmönster för trolovade eller makar kallar jag inte för en rättsregel utan för en bruksanvisning (s 71). En "handlingsplikt", som står och faller med subjektets egen önskan att utföra handlingen, är naturligtvis ingen plikt. Bruksanvisningar eller, med andra ord, satser av typen "Om du vill A, gör B!" har inom logiken bedömts olika. Sådana satser är inte speciella för juridiken utan förekommer på många tekniska områden. Vad satserna djupare sett uttrycker är enligt min mening betingelseförhållandet mellan medel och mål, mellan orsak och verkan eller mellan rättsfaktum och rättsföljd, och därför anser jag satserna vara teoretiska. Alltså anser jag, att de inte i något fall kan vara några rättsregler. Den nämnda bruksanvisningen för dem som vill göra äktenskapsförord betraktar jag som ett förvanskat uttryck för en oäkta rättssats av ungefär detta innehåll: "Enligt giftermålsbalken uppkommer inte något giltigt äktenskapsförord, om inte en skriftlig handling upprättas och bestyrkes med vittnen."

I det nyssnämnda exemplet är bruksanvisningen en följsats till en kvalifikationsregel. En bruksanvisning kan också vara en följsats till en kompetensregel eller till en rättslig handlingsregel. Låt oss antaga, att en kompetensregel ger allmän domstol behörighet att döma till boskillnad mellan äkta makar och att en handlingsregel förpliktar domstolen att under vissa betingelser också göra detta. På grundval av endera regeln kan man konstruera satsen, att en make eller två makar, som vill ha boskillnad, skall eller bör eller gör klokt i att vända sig till allmän domstol med en begäran om en dom på boskillnad. Även denna sats är en bruksanvisning och inte någon rättsregel.

I det citerade stadgandet om äktenskapsförord (GB 8:10) har själva lagtexten råkat få formen av en bruksanvisning. Detta är ingen ovanlighet. Andra exempel kan anföras både från civilrätten (bl a GB 4:1, 8:2, ÄB 10:1, 23:4, JB 4:1, 13:3) och från den offentliga rätten (bl a KL 6 §, UL 54 och 200 §§, RB 12:12).

Skillnaden mellan en rättslig handlingsregel och en bruksanvisning har som synes inte hindrat, att lagbud ej sällan har fått formen av bruksanvisningar och alltså enligt sina ordalag framträder som sådana. Om Olivecrona endast har velat utsäga detta, föreligger saklig enighet mellan honom och mig. En sådan tolkning av Olivecrona skulle stämma med hans eftertryckliga framhållande av



att lagen är imperativisk till sin innebörd (Rättsordningen s 117): "Olika sätt kan alltså användas för att uttrycka den imperativiska meningen. Denna återfinns alltid . . . Meningen är, väl att märka, icke att man skall handla så eller så för att vinna en fördel eller för att undgå en nackdel . . . Meningen är att man ovillkorligen skall handla så." (Se även Rättsordningen s 237 om kvalifikations- och kompetensreglernas imperativiska karaktär.)

Betydelsen av de påpekade motsättningarna får inte överdrivas. Olika sätt att framställa rättsordningen kan vara vetenskapligt likvärdiga, och valet mellan dem kan bli beroende av pedagogiska eller eljest praktiska synpunkter. Här är inte plats för någon utförlig förklaring av detta påstående. Ett litet exempel må tjäna som en illustration. Ett äktenskap uppkommer enligt giftermålsbalken genom förklaringar av tre personer: de två trolovade och vigselförrättaren. Man kan uppfatta saken så, att äktenskapet åstadkommes av vigselförrättarens förklaring (en *kvalifikationsakt*, se s 93), under förutsättning att denna är i viss ordning föregången av de trolovades jakande svar på vissa av honom ställda frågor. Men man kan också se det så, att de tre förklaringarna tillsammans uppfyller rekvisiten i en *kvalifikationsregel* (se s 85); i kraft av vilken äktenskapet uppstår. Den "kraft" som skapar äktenskapet kan alltså tänkas komma antingen från vigselförrättaren (se GB 4:8) eller direkt från lagstiftaren (se GB 4:1). Så länge som man inte kan konstatera någon enhetlig uppfattning härutinnan hos juristkåren och/eller allmänheten, synes det mig vara en smaksak, vilket av de två betraktelsesätten som man vill ansluta sig till. Om man väljer det senare av dem, blir den logiska karaktären av vigselförrättarens utsaga likgiltig, och utsagan skulle kunna utformas som ett teoretiskt konstaterande av de redan utförda momenten i vigselakten (jfr de olika meningarna om promulgationsaktens innebörd, se Rättsordningen s 153 ff). Man frågar för övrigt inte efter vilken mening som vigselförrättaren själv har lagt in i sina ord. Det räcker, att han har uttalat dem. Som en kuriositet kan tilläggas, att ett äktenskap i kyrklig mening uppkommer redan genom de trolovades löften till varandra jämte brudens mottagande av ringen. Prästens uppgift är att "stadfästa" det ingångna förbundet.

T.S.

# Korta biografiska notiser

om författare, vilkas namn förekommer i den föregående texten.

Björn *Ahlander* (f 1920), jur dr och fil lic, utrikeskorrespondent, Washington. Efter disputation i juridisk encyklopedi i Uppsala 1952 har han varit bl a pressattaché i Washington, radiokorrespondent i U.S.A. och i Moskva samt chefredaktör för Göteborgs Handels- och Sjöfartstidning. Han är sedan 1973 Svenska Dagbladets korrespondent i Washington.

*Aristoteles* (384–322 fKr), grekisk filosof, Platons lärjunge, Alexander den stores lärare och vän. Aristoteles delade upp filosofien i olika grenar (logik, metafysik, etik m fl). Den formella logiken går även i sina moderna former till stor del tillbaka till honom. Aristoteles var även naturforskare. Han lade grunden till zoologien och botaniken. Under medeltiden ansågs Aristoteles, särskilt av den katolska kyrkan, som den största filosofiska och naturvetenskapliga auktoriteten. Hans världsuppfattning var teleologisk: allting är ändamålsbestämt. I Aristoteles' skrifter följde hans filosofiska utredningar efter de naturvetenskapliga. Därav uppkom ordet metafysik, som betyder ”efter fysiken” (metá = efter).

*Arkimedes* (287–212 fKr), grekisk matematiker och fysiker i Syrakusa på Sicilien, en av världens skarpsinnigaste tänkare. Han är bekant bl a för ”Arkimedes' princip”, efter vilkens upptäckt han utropade ”Heureka” (”Jag har funnit det.”), och för yttrandet ”Giv mig en fast punkt, och jag skall rubba jorden!”, vilket han fällde, sedan han med en sinnrik mekanisk anordning hade lyckats sjösätta ett därtill ovilligt fartyg. Honom tillskrives också orden ”Rubba inte mina cirklar!” (”Noli turbare circulos meos!”), som han skall ha riktat till en soldat under romarnas belägring av Syrakusa, medan han ritade geometriska figurer i sanden, varpå soldaten dödade honom.

Cesare Bonesana de *Beccarìa* (1738–1794), markis, italiensk rättslärare och nationalekonom. Med avståndstagande från Rousseau (se denne) härledde Beccarìa ur samhällsfördraget en begränsning av statsmakten till det som är nödvändigt för att giva individerna skydd mot varandra. Han angrep ihärdigt tortyr och dödsstraff och överhuvudtaget den dåtida grymheten i straffrättskipningen.

Per Olof *Bolding* (f 1918), professor, Lund. Preceptor i processrätt i Stockholm 1960–1964 och sedan 1964 professor i processrätt i Lund.

Frede *Castberg* (f 1893), professor emeritus, Oslo. Castberg var professor i statsrätt och folkrätt vid universitet i Oslo 1928–1963. Bland Nordens rättsfilosofer intager han en särställning genom att han inte är ”rättsrealist” utan ”rättsidealist”. Han grundar den positiva rättens giltighet på naturrättsliga principer, vilka han dock ej uppfattar som eviga och oföränderliga (modern naturrättsåskådning).

Auguste *Comte* (1798–1857), fransk filosof. Comte ville giva filosofien en naturvetenskaplig karaktär. Metoden skulle vara induktiv och utgå från iakttagelse och experiment. Comte förkastade all ”metafysik”. Enligt Comte genomgår såväl världsåskådningarna som vetenskaperna tre stadier: det teologiska, det metafysiska och det ”positiva”. Han anses vara grundläggare av den filosofiska ”positivismen” (ej att förväxla med rättspositivism). Såsom ”materialist” kunde Comte inte få någon lärostol utan tvingades att leva på privatlektioner och understöd av meningsfränder.

Johann Gottlieb *Fichte* (1762–1814), tysk filosof. Fichte var professor i Jena men blev avskedad för religiös villfarelse. Fem år senare (1804) blev han professor i Berlin. Som filosof gick han i Kants fotspår men blev en radikalare subjektivist än denne. Han erkände sålunda inte något ”ting i sig”. Som rättsfilosof antog Fichte förekomsten av ett samhällsfördrag. Han var handlingsmänniska och nationalist.

Hugo *Grotius* (egentligen Huig de Groot, 1583–1645), holländsk rättslärare, grundare av den nyare tidens rationalistiska naturrättslära och av folkrätten. Grotius blev juris doktor i Orléans. Indragen i politiska och religiösa tvister i Nederländerna blev Grotius, vilken såsom arminian ivrade för religiös tolerans, 1619 dömd till livstids fängelse och insatt på slottet Loevenstein. Härifrån flydde han 1621 till Paris, där han blev bofast. Genom sin stora skrift ”Om krigets och fredens rätt” (”De iure belli ac pacis”, 1625) vann han internationell ryktbarhet. Efter upprepat erbjudande av Axel Oxenstierna blev Grotius 1634 Sveriges ambassadör vid det franska hovet. Han avgick från denna post 1645, sedan han kallats till drottning Kristinas hov för att föreläsa. Samma år skulle han återvända men dog under hemresan i Rostock.

Ingemar *Hedenius* (f 1908), professor emeritus, Uppsala. Professor i praktisk filosofi i Uppsala 1947–1973.

Friedrich *Hegel* (1770–1831), tysk filosof. Hegel blev professor först i Heidelberg, sedan i Berlin, där han trädde i nära förbindelse med den preussiska regeringen och fick ställningen av officiell statsfilosof. Hegel såg en identitet hos tanke och vara. Det verkliga är ande. Den värld som vi lever i är den enda verkliga världen och tillika absolut fullkomlig, och dess utveckling är Guds eget liv (panteism). För tänkandet gäller dialektikens lagar. Varje tanke (tes), fattad

för sig, upphäver sig själv och slår över i sin motsats (antites), men de motsatta begreppen förenas i en högre enhet (syntes). Av denna enhet blir sedan en ny tes, som slår över i sin motsats o s v. Det dialektiska schemat gäller också för det historiska skeendet och för hela världsförloppet. I Hegels filosofi har individens strävan och gång mot fullkomning (Aristoteles, Thomas ab Aquino) ersatts av mänsklighetens och historiens. ”Tankegangen er udført i mange varianter, men aldrig med mere fantastisk nonsens end i Hegels berømte filosofi”, skrev Alf Ross. Hegels inflytande på eftervärlden har varit mycket stort. Det dialektiska utvecklingsschemat återkommer hos Karl Marx, som i motsats till Hegel var materialist.

Thomas *Hobbes* (1588–1679), berömd engelsk filosof och naturretslärare. Under maktkampen mellan Karl I av England och parlamentet tog Hobbes kungens parti och försvarade i skrift det absoluta kungadömet, dock ej såsom varande av Guds nåde utan såsom grundat i ett samhällsfördrag. Efter utbrottet av den stora revolutionen 1640 flydde han till Frankrike, där han 1645 blev lärare åt den landsflyktige engelske kronprinsen, sedermera Karl II. Hobbes' viktigaste rättsfilosofiska skrifter är ”De cive” (1642, på latin) och ”Leviathan or the matter, form and power of a commonwealth” (1651). I den senare accepterade han Cromwells maktövertagande. Han återvände till England 1651. Hobbes är en av Englands stora filosofer. Han var materialist eller snarare motionalist (allting är rörelse) och blev föregångare till empiristerna John Locke och David Hume (se dessa).

David *Hume* (1711–1776), skotsk filosof. Hume's filosofi, med tankegångar från Locke (se denne), innehåller en radikalt empiristisk kunskapsteori och en utilitaristisk etik. Alla våra föreställningar kommer enligt Hume från våra yttre och inre intryck. Själens enhet förnekas, yttervärldens existens betvivlas. Det som vi tror vara orsakssammanhang är endast en tidsföljd. Moraliska värderingar är subjektiva och framspringer ur våra känslor (se även Hägerström). Genom sin skepticism gav Hume impulser till Kants kritiska kunskapsteori (se Kant).

Axel *Hägerström* (1868–1939), professor i filosofi i Uppsala 1911–1933. Hägerströms filosofi innebar en brytning med 1800-talets transcendentalfilosofi, från Immanuel Kant till svensken Christofer Jacob Boström och dennes lärjungar. Hägerström kritiserade tesen, att endast medvetandet är det omedelbart givna. Ett medvetande är alltid ett medvetande om något, och det förutsätter därför tillvaron av objekt utanför subjektet. Från sin uppfattning, att endast det i rum och tid givna är verkligt, kom Hägerström till sin värdeteoretiska ståndpunkt, att ett värde (etiskt, estetiskt eller av annat slag) inte är en bestämning till något och inte kan vara föremål för kunskap samt att ett värdeomdöme alltså endast är ett uttryck för en känsla hos den som faller omdömet. Påståenden om existensen av objekt utanför rum och tid var för Hägerström tomma ord, och han

kallade dem metafysiska. Hägerström ville utrota metafysiken ur vetenskaperna, och med detta mål för ögonen kritiserade han alla dittills kända former av rättsvetenskap. Bland juristerna upptog särskilt Vilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona hans rättsfilosofiska tankar och tillämpade dem på juridiken. Lundstedts insatser var övervägande kritiska och polemiska, och de präglades av ett livligt, stundom häftigt, temperament. Han angrep i synnerhet gängse läror i straffrätten och skadeståndsrätten. Olivecronas kritik av "rättsmetafysiken" var mera balanserad och mindre överdriven än Lundstedts. Olivecrona fullföljde dessutom i högre grad än Lundstedt Hägerströms antimetafysiska program genom positiva insatser i det allmänna rättsläran och på flera särskilda områden av rättsvetenskapen. Hägerström och hans efterföljare sammanfattas ofta under namnet Uppsalaskolan.

Rudolf von *Jhering* (1818–1892), tysk rättslärare. Jhering verkade som professor i Tyskland, Schweiz och Österrike. Han var kritisk mot den förhärskande begreppsjurisprudensen och hävdade ändamålstankens betydelse för rätten ("Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts"). Jherings rättslära, som länge förblev ganska obeaktad, kallas intressejurisprudens och fick stor betydelse efter hans död. Den är en variant av den ideologiska rättspositivismen.

Immanuel *Kant* (1727–1804), tysk filosof, en av världens största tänkare. Kant tillbragte hela sitt liv i födelsestaden Königsberg eller dess närhet. Han blev docent och professor vid stadens universitet. Enligt egen utsago blev Kant "väckt ur sin dogmatiska slummer" av David Hume (se denne) men kom till helt andra resultat än denne. Han förutsatte jagets ursprungliga enhet och en verklighet utanför jaget. Vad jag erfar, är dock endast "fenomen", ej det verkliga självt ("das Ding an sich"), som är oåtkomligt för kunskap. Rum och tid är inga bestämmingar hos det verkliga utan åskådningsformer, d v s former för min egen subjektiva uppfattning av verkligheten. Kausaliteten är en apriorisk förståndsform (en "kategori"), d v s en form för mitt uppfattande av sammanhängen mellan tingen. Dessa är i korthet grunddragen i Kants kunskapsteori. Hans etik är en pliktlära (ej en nyttomoral). Sedlig är en handling endast om den utföres av plikt. Nödvändiga förutsättningar för ett sedligt handlande är viljans frihet, själens odödlighet och Guds existens. Dessa är Kants "tre praktiska postulater". Sedelagen formuleras av Kant på två sätt: 1 "Handla så, att maximen för din vilja alltid tillika skulle kunna gälla som princip för en allmän lagstiftning!" 2 "Handla så, att du, såväl i din egen person som i varje annans, aldrig behandlar människan blott som medel utan alltid tillika som ändamål!" Sedelagen är ett "kategoriskt imperativ". Moralens grund ligger i sig själv, ej i religionen.

Hans *Kelsen* (1881–1973), österrikisk rättslärare, upphovsman till "den rena rättsläran" ("Wienerskolan" inom stats- och rättsläran). Kelsen blev juris professor

i Wien 1911, senare i Köln och Genève. Under andra världskriget emigrerade han till U.S.A., där han 1943 blev professor i political science vid University of California.

Johannes *Kepler* (1571–1630), tysk astronom. Enligt de av honom formulerade lagarna för planeternas rörelser är dessas banor kring solen elliptiska, ej cirkelformiga, såsom Copernicus hade trott. Lagarna, som har uppkallats efter Kepler, kommer verkligheten mycket nära men stämmer ej helt.

John *Locke* (1632–1704), en av Englands ryktbaraste filosofer, berömd naturrättslärare. Locke studerade först till läkare men övergick till filosofiska och naturvetenskapliga studier. Genom vänskap med lord Ashley, som blev earl av Shaftesbury, fick Locke höga statstjänster. Sedan Shaftesburys ställning blivit ohållbar genom hans opposition mot kungen Karl II, följde Locke honom i landsflykt till Holland och verkade där som författare och politiker 1683–1688. I Holland trädde han i förbindelse med ståthållaren Vilhelm av Oranien, som var svärson till den engelske kungen Jacob II. Sedan Vilhelm blivit kung av England genom den ärorika revolutionen 1688, återvände Locke till England. Där utgav han 1690 "Two treatises of civil government", av vilka den förra innehöll en kritik av Robert Filmers teokratiska statslära och den senare en kritik av Thomas Hobbes naturrättslära jämte en framställning av Locke's egen naturrättslära. Den senare var ett försvar av den konstitutionella monarkin och den ärorika revolutionen. Såsom filosof förnekade Locke "medfödda idéer" och ansåg, att all kunskap grundar sig på erfarenhet. Han var dock inte materialist utan ansåg sig finna stöd för Guds existens i erfarenheten.

Vilhelm *Lundstedt* (1882–1955), professor i civilrätt i Uppsala 1914–1947, från 1938 även i romersk rätt. Se vidare Axel Hägerström.

*Montesquieu* (Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, 1689–1755), fransk statsfilosof. Han studerade och beundrade Englands statskick samt John Locke's skrifter. Påverkad av dennes maktfördelningslära framställde han en mera radikal lära om maktfördelning som den bästa garantin för bevarande av friheten. Statsmakten skulle delas mellan flera, varandra kontrollerande organ. Den verkställande makten skulle tillkomma en monark, den lagstiftande en riksförsamling (sådan som Englands parlament med överhus och underhus) och den dömande makten domstolar, som var oberoende. På Montesquieus maktfördelningslära byggde bla 1795 års franska direktorialförfattning och 1809 års svenska regeringsform. Enligt Montesquieu är rättens innehåll betingat av klimatiska, geografiska och ekonomiska förhållanden m m, och han föregrep sålunda den historiska skolan.

Karl *Olivecrona* (1897–1980), var docent i civilrätt och romersk rätt i Uppsala 1928–1933 samt professor i processrätt i Lund 1933–1964. Se vidare Axel Hägerström.

Blaise *Pascal* (1623-1662), fransk matematiker, filosof och religiös mystiker. Han ägnade sig tidigt åt klassiska språk och matematik men blev senare alltmer intresserad av filosofi och religion. Tilltagande ohälsa förmådde honom att draga sig tillbaka till ett kloster, där han tillbragte återstoden av sitt korta liv under författarskap. Efter hans död ordnades och utgavs ett urval av efterlämnade anteckningar under titeln "Pensées sur la religion". Denna skrift räknas till världslitteraturens stora verk.

Alf *Ross* (1899-1979), dansk rättsfilosof. Efter att ha studerat rättsfilosofi för bland andra Hans Kelsen i Wien (se denne) ämnade Ross fortsätta sina högre studier i Köpenhamn men fann förhållandena där ogynnsamma och flyttade till Uppsala, där han blev lärjunge till Axel Hägerström (se denne) samt disputerade för filosofie doktorsgrad 1929. Han återvände sedan till Köpenhamn, där han blev juris doktor 1934 och docent 1935. Under åren 1938-1969 var han professor i rättsvetenskap vid Köpenhamns universitet. Trots sin nära anknytning till Hägerström räknas Ross inte till Uppsalaskolan men anses jämte Lundstedt och Olivecrona m fl som företrädare för "den skandinaviska rättsrealismen", som alltså är ett vidsträcktare begrepp än Uppsalaskolan.

Jean Jacques *Rousseau* (1712-1778), fransk författare och socialfilosof. Efter en orolig uppväxttid med försummad uppfostran och utbildning försökte sig Rousseau med ringa framgång på olika yrken, tills han plötsligt 1750 slog igenom som författare med en tävlingsskrift, som blev prisbelönt. I denna hävdade han, att människan är god av naturen men har blivit förstörd av kulturen och vetenskaperna. Sina naturfilosofiska idéer utvecklade han vidare i en skrift om ursprunget till bristen på jämlikhet mellan människorna (1755). Rousseau avvek från de förnuftsdyrkande upplysningsförfattarna genom att han var en utpräglad känslomänniska. Genom en kärleksroman ("La nouvelle Héloïse", 1761), som gjorde honom världsberömd, förebådade han romantiken, som slog igenom i början av 1800-talet. I en statsfilosofisk avhandling ("Le contrat social ou principes du droit publique", 1762) framställde han en lära om folksuveräniteten, grundad på en ny tolkning av samhällsfördraget, och i en nästan samtidigt utkommen skrift ("Emile ou de l'éducation", 1762) pläderade han för en fri och naturenlig uppfostran samt för en icke konfessionell religion (deism). Hans fortsatta liv fördystrades av tilltagande förföljelsemani och kroppslig sjuklighet. Efter några år av rastlöst kringirrande slog han sig ned i Paris, där han bl a avslutade sin självbiografi med titeln "Bekännelser" ("Confessions"), ett verk, som intager en rangplats i världslitteraturen. Rousseau's inflytande på politiken (särskilt den franska revolutionen), skönlitteraturen och pedagogiken har varit omätligt.

Friedrich von *Schelling* (1775-1854), tysk filosof. Schelling var professor först i Jena, sedan i Würzburg och slutligen i München. Han började som anhängare

till Fichte men utvecklade sedan en egen "spekulativ naturfilosofi". Även materien var för Schelling ande, med olika grader av medvetenhet. Schellings filosofi är typisk för romantiken.

Arthur *Schopenhauer* (1788–1860), tysk filosof. Hans världsåskådning antydes av titeln på hans viktigaste skrift, "Die Welt als Wille und Vorstellung". Liksom Kant ansåg Schopenhauer, att den av oss upplevda världen är blott en fenomenvärld ("världen såsom föreställning"). För intuitionen avslöjar sig denna värld som en blind, oförnuftig, osalig vilja ("världen såsom vilja"). Livet är en ständig växling mellan otillfredsställdhet och leda. Lyckan uppnår man genom att utplåna viljan till liv. Schopenhauer hade höga tankar om sig själv men skördade länge endast besvikelser, tills han äntligen under sina sista år vann erkännande och uppskattning. Efter sin död var han tom under någon tid den store filosofen på modet.

Tore *Strömberg* (f 1912), professor emeritus, Lund. Preceptor i straffrätt i Stockholm 1958–1961 och professor i allmän rättslära i Lund 1961–1977.



# Noter

## § 1. Frågeställningen

1. Frågan om vad som i vetenskapliga sammanhang bör förstås med en "rättsregel" har naturligtvis icke det ringaste att skaffa med den etiska frågan, hur en domare eller tjänsteman skall förhålla sig till lagar, vilkas tillämpning skulle strida mot hans samvete, se t ex Ross s 44: "Men en deskriptiv terminologi har intet med moralsk godkändelse eller fördömmelse at gøre. Samtidig med at rubricere en vis orden som en 'retsorden' kan jeg anse det for min højeste moralske opgave at omstyrte denne orden." Se även Ekelöf i SvJT 1953 s 75 ("Juristkongress i Berlin"): "Jag kunde mycket väl tänka mig den situationen att de svenska statsmakterna beslutat en lag, vilken enligt min mening vore så orättfärdig eller så ödesdiger för mitt land, att jag som domare skulle döma stick i stäv däremot. Men att kalla detta för rättstillämpning skulle inte falla mig in."

## § 2. Återblick på några äldre uppfattningar

1. Om Schellings roll se Ross, Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis, s 405 ff.
2. Detta framhålls av Ross s 127: "Den romantiske eller historiske skole kan betragtes som en variant af naturretten med den forskel, at den naturlige ret ikke tænkes udledt af abstrakte fornuftprincipper, men af retsiden således som den åbenbarer sig i historien og folkets nationale liv ..." Se även Gihl s 3: "Trots sin mot den naturrettslige opfattningen riktade kritik stod denna emellertid icke så fjärran från naturretten som man skulle tro. Den tillerkände visserligen icke rätten något ursprung i förnuftet, men dess ståndpunkt var allt annat än positivistisk."
3. I fortsättningen av detta arbete användes termen statsviljeteori för att undvika varje sammanblandning med den sk viljeteori inom avtalsrätten.
4. Se särskilt Hägerströms båda undersökningar Är gällande rätt uttryck för vilja? och Till frågan om den objektiva rättens begrepp. – Kelsen s 201: "Med det liberala borgardömet's seger i det 19:de århundradet inträder en bestämd reaktion mot metafysisk och naturrettslära. Hand i hand med de empiriska naturvetenskapernas framsteg, med en kritisk upplösning av den religiösa ideologin, fullbordas den borgerliga rättsvetenskapens omsvängning från naturretts-teori till positivism. Hur radikal denna förvandling än må ha varit, så blev den dock aldrig fullständig. Rätten förutsättes visserligen inte längre som en evig och absolut kategori; det erkännes, att dess innehåll är underkastat historisk växling, och att den som positiv rätt är en genom tidliga och rumsliga omständigheter betingad företeelse. Men tanken på ett absolut rättsvärde går inte helt förlorad, den fortlever i den etiska idén om rättvisan, som också fasthålls av den positivistiska jurisprudenten. Om också skillnaden mellan rättvisa och rätt eftertryckligt betonas, så förbli dock båda förbundna med varandra genom mer eller mindre synbara trådar. För att vara 'rätt', lär man, måste den positivt-statliga ordningen äga någon del

i rättvisan, vare sig att den måste realisera ett etiskt minimum, eller att den måste vara ett om också blott otillräckligt försök att vara riktig rätt, dvs rättvis.” – Jfr Ross s 331 ff ang ”krypto-naturetten”.

### § 3. Några nyare åsikter

1. Hedenius, Om rätt och moral.
2. Hedenius s 89.
3. Se t ex Hedenius s 106 f.
4. Ett exempel är 3 § i lagen 1937 om förvaring och internering i säkerhetsanstalt. Enligt uppgift i Strahl mfl, Om påföljder för brott, 2. uppl 1955, s 195 hade denna sk Lex Nordlund ”hittills icke i något fall kommit till användning”.
5. Hedenius s 97.
6. Hedenius s 97 f.
7. Hedenius s 117.
8. Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget, och Olivecrona, Lagens imperativ (bilagan).
9. Olivecrona, Lagens imperativ s 59.
10. Se Hedenius s 60 ff och 67 ff (underavdelningarna ”En viktig modifikation” och ”Det Hägerström-Lundstedtska misstaget”). – En kort orientering i den hägerströmska ”värdenihilismen” lämnas av Martin Fries i inledningen till Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser. – Ang Hedenius’ ”modifikation” i ”värdenihilismen” jfr de här ovan i not 8 omnämnda skrifterna.
11. Se t ex Hedenius s 65 f och 85 ff.
12. Se exempelvis Hedenius s 69 f. 77, 80, 82, 86 f.
13. Olivecrona, Lagens imperativ s 47 f.
14. Rättsreglernas icke-existens har med skärpa hävdats av Lundstedt, se t ex Obligationsbegreppet s 91: ”*Lika litet* som det finns några (till individerna riktade) imperativer, *finns det överhuvud några rättsregler.*” Flera uttalanden av Lundstedt pekar i och för sig på att han kan ha menat endast att rättsregler i den traditionella betydelsen av *bindande* regler icke finnes, se t ex fortsättningen av det citerade uttalandet: ”Man måste ju därmed mena ’skrivna’ eller ’oskrivna’ satser, vilka *in abstracto* skulle ha existens och ha åtminstone den betydelse, att de vore att följa av, vore bindande för, domstolar och andra resp myndigheter vid fattandet av beslut. Men sådana satser finnas icke. De äro helt enkelt otänkbara.” Se även rubriken anf st: ”Positiv rätt i jurisprudentens mening obefintlig.” (Det citerade avsnittet kan även läsas i tysk översättning i Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Erster Band, s 252.) Jfr emellertid Olivecronas recension av Lundstedts sista arbete – *Legal Thinking Revised. My Views on Law.* – i SvJT 1957 s 552: ”Däremot måste jag bestämt ta avstånd från satsen att det inte finns några rättsregler. Med detta avsåg Lundstedt ingalunda blott, såsom man närmast är böjd att tro, att det inte finns några rättsregler i meningen av befallningar eller deklARATIONER av en mystisk statsvilja. Om blott detta varit åsyftat hade det icke funnits någon anledning att – *vid sidan av* kritiken av viljeteorien – ägna över 100 sidor åt att utveckla att det inte finns några rättsregler. Vad Lundstedt egentligen vill säga härmed är icke lätt att fixera. Tesen kan endast förstås i samband med läran om samhällsnyttan såsom den riktiga principen för rättsvetenskapen och rättstillämpningen.

15. En sammanfattning av Kelsens rättsteoretiska åskådning har han själv lämnat i Statsvetenskaplig tidskrift 1933 s 193 ff. (Den rena rättsläran. Dess metod och grundbegrepp.)
16. Se särskilt Olivecrona s 47 ff.
17. Se tex Olivecrona s 27, jfr s 48, 49, samt Olivecrona, Rätt och dom, s 21.
18. Olivecrona s 35.

#### § 4. Om rättsreglernas logiska natur

1. Se Olivecronas undersökningar av den egentliga befallningens natur, Lagens imperativ s 10 ff och Rättsordningen s 118 ff.
2. Vid sammanförandet av tidigare lagtexter till ärvdabalken av 1958 gjordes många ändringar från konjunktiv till indikativ, vilket icke var någon förbättring ur logisk synpunkt. Indikativformen är emellertid mycket vanlig i såväl svenska som utländska lagtexter. Tex heter det ofta i tyskspråkiga strafflagstexter "wird bestraft" i stället för "soll bestraft werden".
3. Se även tex Gihl i SvJT 1953 s 359: "Exempelvis satsen 'Åktenskap ingås med kyrklig eller borgerlig vigsel' kan efter omständigheterna antingen vara en teoretisk sats, innefattande ett påstående, eller en norm, och huruvida den är det ena eller det andra, därtill kan man sluta sig av att man i den teoretiska satsen kan inskjuta orden 'enligt svensk rätt', varav dess karaktär av referat framgår." Ytterligare kan hänvisas till Hedenius s 63 ff och 124 ff, Ross s 18 ff och Gihl, Studier, s 288 f.
4. Se bl a Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser (inledningen av Martin Fries) och D:e, Filosofi och vetenskap (Kap 3 och 4). – För ett grundligare studium hänvisas till Fries, Verklighetsbegreppet enligt Hägerström.
5. Jfr Olivecrona, Rätt och dom, s 87.

#### § 5. Vad skiljer rättsregeln från andra praktiska satsar?

1. Strahl i SvJT 1941 s 312 ff (jämförelse mellan rättsreglerna och reglerna för ett kortspel), Ross s 22 ff (analys av schackreglerna såsom utgångspunkt för en analys av rättsreglerna).
2. Strahl ger i Makt och rätt s 102 en elementär men mycket instruktiv framställning av frågan om vad som skiljer rättsreglerna från andra slag av "normativa handlingsmönster".
3. Skillnaden mellan stipulativ och lexikalisk definition framhålles av Gihl, Studier, s 289: "...ty en definition behöver i och för sig varken vara sann eller falsk, utan kan vara en utfästelse eller en konvention, gående ut på att man skall begagna ett uttryck i viss bestämd mening, och medför således en åtminstone moralisk förpliktelse att begagna uttrycket i denna mening och icke i någon annan; men den kan också vara en utsaga om den faktiska omständigheten, att uttrycket i fråga användes i den eller den betydelsen inom juridik, veterinärväsen, fysik, bridge eller vad det nu kan vara."
4. Gihl s 1: "Det är emellertid icke ovanligt att folkrättsliga arbeten inledes med en diskussion av frågan, huruvida någon folkrätt verkligen existerar ... Förhållandet kan synas egendomligt, eftersom vederbörande arbeten sedan i regel framställa folkrätten såsom på det internationella området fyllande de för en rättsordning typiska funktionerna, således som en mycket reell faktor i det internationella livet och en beståndsdel av den sociala verkligheten. Det kan därför synas – och är i själva verket också – överflödigt att ifrågasätta de folkrättsliga reglernas rättskaraktär eller folkrättens existens." – Olivecrona s 184 f: "Utan tvivel existerar en folkrätt i betydelsen av

ett system av regler om mellanstatliga förhållanden. Reglerna ha delvis utvecklats ur tradition och sed, delvis ha de uppställts genom fördrag. Här, likaväl som i fråga om den inomstatliga lagen, bestå reglerna av föreställningar om vissa handlingsmönster, uttryckta i imperativform. Visserligen är systemet mindre sammanhängande än ett modernt inomstatligt lagsystem, men detta är endast en gradskillnad.”

5. Att dessa notoriska förhållanden påpekas i den folkrättsliga litteraturen är naturligtvis helt i sin ordning. Se t ex Gihl s 1 f, 144 f, 255 och Undén, Neutralitet och folkrätt (början). Se även Olivecrona s 182 ff.

## § 7. Några nyare åsikter

1. Hedenius s 70.
2. Hedenius s 71 ff.
3. Hedenius s 74.
4. Hedenius s 71.
5. Hedenius s 86 f.
6. Hedenius s 87.
7. Hedenius s 89.
8. Hedenius s 116.
9. Hedenius s 89.
10. Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s 69.
11. Se t ex Karlgren, Kutym och rättsregel, s 47: ”Om vid bestämning av rättsbegreppet, såsom ofta sker, uteslutande fästes avseende vid de ifrågavarande reglernas natur av imperativ, blir bilden av rättens verkliga innebörd ofullständig. Det kräves tillika, att reglerna faktiskt fungera, såsom i första hand ett handlande å domstolars (eller andra statsmyndigheters) sida. Obsoleta rättsregler äro icke några rättsregler.”
12. Ross s 51 ff.
13. Ross s 52.
14. Ibidem.
15. Ross s 53.
16. Ibidem.
17. Ross s 55.
18. Ross s 46.
19. Tankegången har beröringspunkter med vissa drag i Kelsens rena rättslära, se citaten av Kelsen i fortsättningen av texten. Icke utan skäl kallas Kelsen av Ross ”min ungdoms læremester” (s 4). Icke desto mindre är skillnaderna mellan deras åskådningar numera himmelsvida (”Les extrêmes se touchent!”), vilket synbarligen sammanhänger med de starka intryck som Ross tagit av Hägerström. – Intressant är den upplysning om sin rättsfilosofiska utveckling som Ross själv lämnar s 41 not 1: ”I mine tidligere arbejder . . . har jeg på ensidig måde bestemt retten som virkelighedsfænomen. I modsætning hertil fremhæver jeg nu, at retten er såvel ide som fænomen.” Ehuru Ross menar, att antagandet av rättsreglernas ”giltighet” har ett ”verklighetsunderlag” och att ”giltigheten” såtillvida är en realitet, menar han uppenbarligen, att reglerna själva blott är idéinnehåll och såsom sådant ett ”tydningsschema” för den sociala verkligheten.

20. Ross s 49.
21. Kelsen s 194.
22. Ibidem.
23. Kelsen s 219.
24. Ibidem.
25. Kelsen s 221.
26. Ibidem.
27. Kelsen s 223.
28. Se i synnerhet Olivecrona s 11 ff (inledningskapitlet om rättens bindande kraft).
29. Olivecrona, *Lagens imperativ*, s 61 f.
30. A a s 62 f.
31. A a s 26.
32. A a s 62 f.
33. A a s 19.
34. A a s 32 f.
35. Olivecrona s 43 f.
36. Olivecrona, *Lagens imperativ*, s 26.
37. När det gäller den normativa betydelsen av uttalanden i lagmotiv är Ross inne på samma spår, se s 166: "Egentlig beror forarbejdernes betydning på en ren og skær konvention."
38. Om man stryker över det konventionella momentet i begreppet gällande rätt, kan man utan svårighet komma till sådana resultat som att idéer om rättigheter och skyldigheter inom ett rövarband hör till rätten eller att det finns lika många rättssystem som individer. Se Olivecronas skildring av Petrazhitzkys åskådning i *Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt* s 170, 173.
39. Se tex följande uttalanden av Hult i *Juridisk debatt*: "Endast sådana regler, som sanktioneras genom en för ändamålet organiserad tvångsmakt, kallar jag rättsregler." (S 11). – "Det är hos oss en regel, att vi hälsa på mötande bekanta, men det är ingen bindande regel, ingen rättsregel, ty om den åsidosättes, kan man icke få någon av våra myndigheter att inskrida. Det kan emellertid förhålla sig annorlunda. Det gör det av gammalt inom militärväsendet. Och det kunde tänkas, att man även inom civilförvaltningen påbjöde hälsningsplikt vid äventyr av straff. I så fall skulle en bindande rättsregel om hälsningsplikt komma till stånd. Regeln blir bindande i samma stund en sanktion för dess genomtvingande anordnas." (S 12). – "En viss regel, innefattande vad *Olivecrona* kallar ett handlingsmönster, blir en rättsregel genom att sättas i viss relation till ett i samhället existerande maskineri för reglers genomtvingande." (S 14).
40. Olivecrona s 42.
41. Begreppet vecka torde ha uppstått ur mån månads indelning i månkvarter, men en "synodisk" mån månad är drygt 29 1/2 dygn i genomsnitt och ett månkvarter alltså i medeltal bortåt 7 1/2 dygn. Romarna hade under republiken en åttadagsvecka.
42. Se härom författarens arbete *Åtalspreskription*, s 33 ff, särskilt s 37 nedtill.
43. Se Strahl, *Makt och rätt*, s 102 och 103. Strahl karakteriserar där rättsreglerna som ett slags normativa handlingsmönster och tillägger, att det icke är tillräckligt att bestämma rättsreglerna på detta sätt, varför man bör lägga till någon ytterligare bestämning för att utesluta vad som icke är rättsregler. Sedan följer denna ungefärliga bestämning av begreppet gällande svensk rätt: "På det hela taget torde man återge språkbruket riktigt, om man såsom gällande rätt i

Sverige betecknar regler – normativa handlingsmönster – som tillkommit genom svensk lagstiftning, framför allt konungens och riksdagens samfälliga lagstiftning men även annan, eller genom svenska domstolsavgöranden. Dessa är i allt fall de typiska rättsreglerna.”

## § 8. Ytterligare synpunkter

1. Jfr Gihl i SvJT 1953 s 362: ”Om tex i ett privaträttsligt mål en parts *lex patrie* skall tillämpas, måste domstolen naturligtvis veta, i vilket land vederbörande är medborgare, och det är tänkbart, att domstolen för att kunna konstatera detta måste rådfråga ett främmande lands medborgarskapslag. Men vederbörandes medborgarskap förblir likväl alltid, liksom anknypningsmomenten över huvud taget, en i saksammanhanget ingående rent faktisk omständighet, och anlitandet av en lag för att komma underfund med detta faktum innebär icke någon tillämpning av lagen ...”
2. Fahlbeck-Jägerskiöld-Sundberg, Medborgarrätt, s 75: ”Samhällsmedlemskapet eller statstillhörigheten betecknas såsom ’medborgarskap’: ... Svenskt medborgarskap innebär sålunda, att den person, varom fråga är, tillhör det svenska statsfolket.”
3. Uppkomsten av en nationsgemenskap har naturligtvis ett psykologiskt underlag, såsom framhålles av Ross s 424 f: ”Vil forholdet ikke være det, at der findes lige så mange indstillingssæt som individer, vekslede med hver enkelt personligheds mentale struktur, hans tro og særlige interesser? Svaret herpå ligger i den kendsgerning, at et folk ikke ville være et folk, et samfund ikke tænkeligt, om der ikke fandtes et omfattende fællesskab i tro og vilje, ideologi og interesser. Det er det, vi kalder *kulturens og nationens enhed*.” – Utrikespolitiske maktforholdene kan naturligtvis leda till att detta ”fællesskab” icke överallt sammanfaller med nationaliteten i rättslig mening, vilken är något annat.
4. Se tex Gihl s 164.
5. Jfr Ross s 211: ”At dette område har karakter af ’territorium’ er i sig selv uden al mening. En sådan opstår først i forbindelse med et andet sæt af regler, hvori udtrykkes hvilke retsfølger der knytter sig til et områdes karakter af territorium.” Uttalandet sammanhänger med Ross’ uppfattning, att metafysiske utsagor saknar logisk mening, se tex s 52. I enlighet härmed säger Ross s 210, att ”rettighedsbegrebet er uden enhver semantisk referens”.
6. Gihl s 120.
7. Det senare är ju den vanliga definitionen av statsterritoriet, se not 4 här ovan.
8. Av stort intresse i detta sammanhang är Olivecronas rätthistoriska undersökning Döma till konung (se särskilt s 13 f).
9. Ordet kejsare är sig självt särdeles intetsägande, vilket stämmer väl med dess utveckling ur egennamnet Caesar.
10. Jfr Ahlander s 67: ”En stat är inte någon person som kan vara utrustad med en vilja. Ingen har exempelvis sett den svenska staten. Det enda som kan studeras är människor som står i vissa relationer till varandra och som uppträder och handlar på olika sätt. En av dem är kung, andra är ledamöter av regering och riksdag, ytterligare andra är underordnade myndighetspersoner. Andra individer slutligen är medborgare i allmänhet eller utlänningar.” Ahlander synes mena, att ordet kung betecknar en realitet, nämligen en viss social relation.
11. Beträffande termerna kvalifikations- och kompetensregel se nedan kap III § § 12 och 13.
12. Ang maktbegreppet se Olivecrona s 165 ff.
13. Ross s 73.

14. Ross s 49.
15. Genom en revolution kan det rättsliga "meningssammanhanget" delvis brytas och ersättas av ett nytt. Därigenom kan sådana till synes underliga fenomen uppstå som att ett juridiskt straff byter skepnad och framträder som sin motsats, nämligen som ett juridiskt brott. Exempelvis blev "avrättningarna" av Ludvig XVI och Marie Antoinette efter kungadömet's restauration omklassificerade till "mord". Joseph Fouché, som i nationalkonventet hade röstat för Ludvig XVI:s "avrättning", dömdes sedermera enligt 1816 års lag mot "kungamördarna" till landsförvisning och skildes från sin befattning som fransk minister i Dresden. Ännu något senare blev kungaparets kroppar som en symbolisk botgöring för "morden" placerade i ett nyuppfört "Chapelle expiatoire". – Jfr den svenska exdrottningen Kristinas åtgärd att låta avliva sin överhovstallmästare Monaldesco för "förräderi", se bl a Curt Weibull, Drottning Christina och Monaldesco, Stockholm 1936. Blev Monaldesco avrättad eller mördad? Detta juridiska skenproblem har i korthet berörts även i författarens arbete Åtalspreskription, s 33 f.
16. Hägerström i TfR 1931 s 83 f: "... det i ett samhälle i det hela faktiskt upprätthållna regelsystemet betecknas som detta samhälles rätt ...". Kelsen uttrycker detta förhållande så, att det är effektivitetens princip som bestämmer grundnormen för den enskilda statens rättsordning (s 223).
17. Se Olivecrona s 62 ff om den ordinära lagstiftningens innebörd.
18. Se NJA 1951 s 39.
19. Olivecrona s 15: "Rätten anses bindande för envar, alldeles oberoende av det faktiska grepp som lagen har om honom. Man menar ju icke att lagen upphör att vara bindande för en person, därför att han befinner sig i ett sådant läge att han riskfritt kan överträda densamma. – Rättens bindande kraft måste sålunda vara någonting alldeles skilt från det förhållandet att vi utsätta oss för sanktionsrisker när vi överträda de av lagen uppdragna gränserna. Vilken är då dess innebörd? Kanske kunde det anföras att vi ha en viss känsla av att vara bundna genom lagen och att denna känsla utgör ett faktiskt hinder för lagbrott. I själva verket är varje normal människa genom sådana hämningar hindrad från att begå ett stort antal handlingar. Men det skulle vara alldeles oriktigt att identifiera den bindande kraften med förekomsten av sådana hämmande känslor. Känslan av att vara bunden och den åtföljande hämningen måste skarpt skiljas från den bindande kraften själv. Känslan kan saknas. Den bindande kraften tänkes likafullt äga bestånd. Ingen säger att rätten inte är bindande för människor som inte känna sig bundna av den. Detta skulle betyda att rätten inte ansågs vara bindande för brottslingar utan endast för laglydiga medborgare!"
20. Olivecrona s 11 ff (inledningskapitlet om rättens bindande kraft), se särskilt s 20: "Om vi hålla oss till fakta, ha vi endast att skaffa med *idén* om den bindande kraften. Den är en psykologisk realitet som är betydelsefull nog. Men det är också allt. – Det psykologiska underlaget för denna idé är den starka *känsla* av bundenhet som vi erfara inför rättsordningen. En dylik känsla är mycket utbredd. Den uppstår helt naturligt på grund av det faktiska tryck från rättsordningens sida, för vilket vi ständigt äro utsatta genom att dess regler tillämpas konstant och med överlägsen makt. Därtill kommer också den instinktiva förståelsen för behovet av att ha en viss ordning. – När man nu tillskriver rätten en bindande kraft, innebär detta i själva verket att man s a s objektiverar känslan av bundenhet. Man överför den på rättsordningen själv och känslan blir bestämmande för uppfattningen om rättsordningens objektiva beskaffenhet. Så får man en 'bindande kraft' som omöjligt kan återfinnas i verkligheten."
21. Jfr Gihl i SvJT 1953 s 359 not 1: "... Det sannolika är väl, att redan de först tillfrågade domarna komma att svara: 'Vi komma att tillämpa lagen, emedan den är gällande rätt, och den är gällande rätt emedan den är i laga ordning tillkommen och vederbörligen promulgerad'.

Skulle icke den tillfrågade rättsvetenskapsmannen redan från början kunnat ge samma svar? Ma o: lagen är 'gällande rätt' – varmed icke menas något märkvärdigare än att den utgöres av rättsregler ingående i ifrågavarande rättssystem – därför att den införlivats med rättssystemet medelst de av rättssystemet självt föreskrivna metoderna för rättsbildningen . . .”

22. En skillnad mellan tron på rättsordningen och tron på häxor är, att den förra tron är övervägande nyttig, medan den senare är enbart skadlig. Eljest kan man rent principiellt draga en parallell: ”det finns intet häxeri annorstädes än där man tror därpå, tro ej därpå, och det finnes icke mera!” (Den holländske prästen Balthasar Bekker i skriften ”Den förtrollade världen” av 1691.) Även tron på häxor var en social konvention. Säger man, att denna tro skingrades av en vaknande insikt om häxornas överklighet, så har man icke förklarat hela sammanhanget. Häxtron såsom social konvention bröts ned genom energisk propaganda av en minoritet av intelligenta och orädda personer, i vårt land med Urban Hjärne i spetsen. Det var hos denna lilla grupp som insikten om häxornas överklighet fick praktisk betydelse. Slutresultatet blev en ny social konvention: det var icke längre comme il faut att tro på häxor.
23. Se not 20 här ovan.

## § 9. De sedvanerättsliga reglernas karaktär

1. Se t ex Karlgren, Kutym och rättsregel.
2. ”Today we recognize that the so-called custom is a custom of judicial decision, not a custom of popular action.” (Roscoe Pound, *Common Law and Legislation*, 21 *Harvard Law Review*. Citerat ur Cohen and Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, s 503.)
3. Om betydelsen av ordet prejudikat se Hjärner s 16.
4. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, s 149 f: ”I think adherence to precedent should be the rule and not the exception . . . Perhaps the constitution of my own court has tended to accentuate this belief. We have had ten judges, of whom only seven sit at a time. It happens again and again, where the question is a close one, that a case which one week is decided one way might be decided another way the next if it were then heard for the first time. The situation would, however, be intolerable if the weekly changes in the composition of the court were accompanied by changes in its ruling. In such circumstances there is nothing to do except to stand by the errors of our brethren of the week before, whether we relish them or not.”
5. Avgöranden av negativt innehåll – ett ogillande av ett åtal eller ett käromål, ett avslag å en ansökan – kan, om de är tillräckligt utförligt motiverade, ha samma prejudicerande funktion som motsvarande avgöranden av positivt innehåll. Ett exempel är rättsfallet NJA 1954 s 406. Ehuru ett åtal där ogillades, är rättsfallet ett positivt bidrag till bestämmandet av den sk försökspunkten vid olovlig varuutförelse. – Ett diskutabelt spörsmål är, vilken betydelse som skall tillmätas en regel som har uttalats i en dom eller ett beslut av högsta instans men som icke har inverkat vare sig positivt eller negativt på avgörandet. I anglosachsiskt rättspråk kallas uttalandet om regeln i fråga för ett ”obiter dictum”, medan den tillämpade regeln kallas ”ratio decidendi”. I anglosachsisk rätt anses ett prejudikat bindande endast i vad angår ”ratio decidendi”. Då i svensk rätt icke ens ”ratio decidendi” anses vara bindande, har distinktionen här icke samma vare sig ideologiska eller praktiska betydelse.
6. Detta gäller i viss mån även i brottmål. Det är ju vanligt, att en viss grad av obestämdhet vidlåder lagens brottsbeskrivningar. När en fällande dom meddelas av högsta domstolen i ett tveksamt gränsfall, som ej förekommit tidigare, kan man ej gärna säga, att domen är en tillämpning av redan förut ”gällande rätt”. Noga taget är den retroaktiv. Ur rättssäkerhetssyn-



punkt vållar detta likväl inga betänkligheter, när risken för en fällande dom måste ha stått klar för den som kände lagens lydelse. Undantagsvis är omständigheterna sådana, att det ej rimligtvis kan begäras, att den tilltalade skulle ha insett risken för en fällande dom i händelse av åtal. I sådant fall förekommer det i viss utsträckning inom specialstraffrätten, att den tilltalade frikännes med motiveringen, att han har befunnit sig i ursäktlig "rättsvillfarelse". På detta sätt kan ett prejudikat skapas utan retroaktivitet. Ett belysande exempel finnes i NJA 1948 s 384, se Thornstedt s 191 f samt Strahl i SvJT 1953 s 555 f (där två personer har råkat bli identiska). När den tilltalade i ett sådant fall frikännes på grund av ursäktlig "rättsvillfarelse", fingerar man, att straffbudet har haft ett annat innehåll än det som gärningsmannen med skäl har antagit. I verkligheten har ju straffbudet saknat innehåll i det relevanta hänseendet. Ett straffbud kan inte sägas vara gällande rätt i vidare mån än det utsäger något. En fällande dom skulle ha betytt, att den genom prejudikatet skapade regeln hade fått tillbakaverkande kraft (såsom förhållandet brukar vara). Ett klart fall av retroaktiv strafflagstillämpning är hovrättsdomen i SvJT 1944 rf s 11. I NJA 1966 s 84 frikändes den tilltalade på grund av brist i det subjektiva brottsrekvisitet, varigenom en retroaktiv strafflagstillämpning kunde undvikas utan att man behövde fingera rättsvillfarelse.

7. Genom brottsbalkens promulgationslag 12 § "upphävdes" den onöjaktiga grundsats om åtalspreskription som fastslogs i plenimålet NJA 1941 s 251.
8. Jfr avtalslagen 1 §, köplagen 1 §, kommissionslagen 1 § och sjölagen 71 §.
9. Se Jägerskiöld i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1959 s 100.
10. Engströmer i SvJT 1947 s 288.
11. Se SvJT 1967 s. 221 f.
12. För att diskussionen om prejudikatens juridiska betydelse skall få någon mening måste denna fråga hållas isär från frågan om prejudikatens faktiska inflytande på rättstillämpningen, jfr Jägerskiöld i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1959 s 107: "Inom doktrinen finner man ofta uttalanden, att avgörande in pleno faktiskt sett kommer nära författningstexten såsom en bindande norm: se t ex Olivecrona, Domen i tvistemål, s 92. – Det möter icke heller någon svårighet att med ledning av praxis påvisa, att prejudikatmålen äga bindande verkan såtillvida som HD:s egna ledamöter i senare avgöranden stött sig på plenimål." Om pleniavgöranden uttalar Olivecrona på det anförda stället endast: "Dessa ha en reell betydelse, som kommer lagstiftningens mycket nära."
13. Jfr Jägerskiöld i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1959 s 93 f: "Prejudikatsläran uppfattas, som nyss sagts, i första hand som ett processrättsligt problem. Detta avser i princip frågan om och i vad mån en dom verkar normerande utanför området för dess egna materiella rättskraft."
14. Därför talar Ross s 103 om "det ideologiske spørsmål, om præjudikater overhovedet besidder 'bindende kraft' eller ej".
15. Se Justitieombudsmannens ämbetsberättelse 1947 s 113 ff.
16. Vid granskningen av Justitieombudsmannens ämbetsberättelse till 1947 års riksdag (se föregående not) gjorde första lagutskottet följande uttalande (utlåtande nr 1 s 3–4): "Enligt utskottets mening bör man emellertid såsom allmän princip fasthålla vid den uppfattningen, att endast tyngden av de skäl som av högsta domstolen åberopas till motivering för domsluten bör vara avgörande för högsta domstolens inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna." Se vidare SvJT 1947 s 231 f samt s 285 ff med uttalanden av professorerna Thore Engströmer, Åke Hassler, Karl Olivecrona och Per Olof Ekelöf. Se även Jägerskiöld i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1959 s 108–110.
17. Ross s 393.

18. Symptomatiskt för utvecklingen eller kanske rentav "före sin tid" är följande uttalande i Justitiebombudsmannens ämbetsberättelse 1960 s 181: "Med dessa uttalanden, som jag upptog i en till nykterhetsnämnden avläten skrivelse, lät jag bero vid vad i ärendet förevarit, därvid jag förutsatte, att nykterhetsnämnden framdeles i sitt betydelsefulla arbete nogta beaktade vad som enligt förarbetena vore lagens rätta innebörd." – Se vidare Åke Lögdberg, Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten, i Festskrift tillägnad Karl Olivecrona, Stockholm 1964, s 432 ff.
19. Domarens skyldighet att följa skriven lag inskräpes i rättegångsbalken 4:11, jfr 1809 års regeringsform § 47 och brottsbalken 20:1.
20. Jägerskiöld i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1959 s 123 synes mena, att prejudikat icke "utgöra rättskälla".
21. I debatten om begreppet gällande rätt har stundom på filosofiskt håll hävdats, att endast regler för domstolar och myndigheter kan vara rättsregler. Så Ross, se här ovan s 33, jfr Hedenius här ovan s 31.

## § 10. Rättsliga handlingsregler

1. Betr den hypotetiska befallningens natur se Hedenius, Hypotetiska befallningar.
2. Exempelvis innehåller handlingsmönstret i 1 § hittegodslagen begreppet polismyndighet, som är ett rent juridiskt begrepp och såsom sådant konventionellt. Vilka personer som är polismyndighet bestämmas av rättssystemet – och kan bestämmas endast av detta – genom regler och kvalifikationsakter (se nedan § 14), till vilka lagen om hittegods alltså refererar. Även rekvisitet i paragrafen refererar i själva verket icke i alla delar till fakta utan delvis till andra rättsliga satsar. Det måste nämligen underförstås, att hittegodset kan vara föremål för äganderätt (är "res in commercio") och tillhör någon annan än upphittaren själv. Paragrafen hänvisar alltså till reglerna om äganderätt (om dessa se nedan § 17). Somliga lagregler består nästan helt och hållet av rent juridiska begrepp, så t ex denna regel i jordabalken 20 kap. 1§: "Den som med äganderätt förvärvat fast egendom skall söka inskrivning av förvärvet (lagfart) inom tid som anges i 2 §." Om icke en rättsordning funnes, skulle handlingen ej kunna utföras. Endast genom att sättas i relation till andra delar av rättssystemet kan en handling framstå såsom den handling som är föreskriven i denna lagregel, sådan som den föreligger språkligt i jordabalken.
3. Termen domsregel efter Olivecrona, Rätt och dom, s 18, 149.
4. Se Nils Herlitz i Svensk Juristtidning 1968 s 495 f.

## § 11. Handlingsreglernas adressater

1. Ross s 47 ff.
2. Jfr Olivecrona, Rätt och dom s 146 ff. Reglerna för domare kallas av Olivecrona *domsregler*, se a a s 18, 149.
3. Se Olivecrona s 26 f, särskilt följande å s 26: "En rättsregel säger t ex att den som begått mord skall dömas till livstids straffarbete. Här beskrives domarens slutliga åtgärd i en rättegång om mord. Handlingsmönstret ställes för ögonen på honom. Den i rättsregeln angivna handlingen är avsedd att tjäna som förebild för hans eget handlingssätt när han befinner sig i en situation motsvarande den i lagen tänkta, dvs när en person står inför honom, anklagad för mord enligt processrättens regler och befunnen skyldig."

4. Se tex Ekelöf, Processuella grundbegrepp, s 18, och d:e i Festskrift för Karl Olivecrona s 168 ff.
5. Ross s 45 f, 48, 188, 252,
6. Ross s 47.
7. Ross s 48.
8. Ross s 45.
9. Ross s 45, 67.
10. Ross s 45 f. – Se även Moritz i Theoria 1954 s 86: "Es scheint mir möglich zu sein, das Rechtssystem ausschliesslich mit Hilfe von Anweisungen an den Richter zu konstruieren. Für das Rechtssystem ist es, soviel ich sehen kann, selbst nicht notwendig, primäre und sekundäre Normen anzunehmen. Es genügt dafür, wenn sekundäre Normen, also ausschliesslich Anweisungen an den Richter, zur Verfügung stehen."
11. Ross s 46.
12. Rättsfallet NJA 1961 s 14 föränleddes av ovisshet om adressaten eller adressaterna till en bestämmelse i vägtrafikförordningen om högsta tillåtna hastighet vid visst slags bogsering av fordon.

## § 12. Kvalifikationsregler

1. Se tex Ross s 15, 188, 189.
2. Se tex Ross s 189: "Lovens tilsyneladende teoretiske udsagn er i virkeligheden ment som direktiver til påvirkning af menneskers – borgernes og dommernes – handlemåder."
3. Se bl a Olivecrona s 40 f och d:e, Rättsordningen s 133 ff, 165 f och 237 f.
4. Olivecrona, Rättsordningen s 243: "De performeriska imperativerna har ingen adressat. Detta kan tyckas paradoxalt. Men det är ett faktum. De är blott inriktade på åstadkommande av ett resultat."

## § 13. Kompetensregler

1. Hägerström i TfR 1931 s 49.
2. Ross s 45.
3. Ibidem.
4. Ross s 45 f.
5. Ross s 251.
6. Se även Ross, Directives and Norms, s 96, 118, 130.
7. Undantag från denna rättsats följer av principerna för delegation av lagstiftningsmakten till lägre organ.
8. Se även Ross, Directives and Norms, s 130.

## § 14. Kvalifikationsakter och kompetensakter

1. Se Sundberg s 148: "Förläningsakter eller *kvalifikationsakter* grunda en viss status hos en person eller en sak (vilken status konstateringsakten sedan kan konstatera vara för handen). Exempel

därpå erbjuda naturalisationen, varigenom utlänning upptages till svensk medborgare (MedbL § 6); ...”

2. Se närmaste föregående not.
3. Se Olivecrona, Rätt och dom, s 29 f och 173 samt d:e, Domen i tvistemål, s 76.
4. Se bl a Olivecrona, Rätt och dom, s 62, och Rättsordningen, s 233 ff.
5. Se Olivecrona, Rättsordningen, s 235 ff.
6. Se not 4 till § 12.

## § 16. Sammanfattning och kommentar

1. Ross s 67.
2. Se vidare Håkan Strömberg i Statsvetenskaplig tidskrift 1959 s 7 ff.
3. Se bl a Olivecrona, Rätt och dom, s 118 ff (Rättighetsidén i lagstiftningen). Olivecrona säger bl a s 121 f: ”Dessa bestämmelser om rättigheters existens ha en utomordentligt stor lagteknisk funktion genom att de knyta ihop skilda kategorier av regler på ett enkelt sätt. Det skulle t ex vara ytterst besvärligt och bli oöverskådligt om man direkt anknöte alla de regler, som förutsätta att någon är ägare till ett objekt, med alla de regler som finnas om olika laga fång. För att ta en liknelse skulle man kunna säga att metoden vore jämförlig med att man endast byggt direkta järnvägslinjer mellan olika orter utan att någonsin låta linjerna sammanstråla till trafikknutar, från vilka de åter utstråla åt olika håll. Genom inskjutande av rättighetsidén åstadkommes en motsvarighet till en trafikknut.” – ”Det ligger i öppen dag att denna sammanknytande tekniska funktion är synnerligen betydelsefull. Den är i själva verket så viktig att det är svårt att se hur man skulle kunna undvara den.” Se även d:e, Rättsordningen, s 231 ff.
4. Svårigheterna för människan att existera utan en social tvångsorganisation har belysts av många historiska händelser. En av de mest kända är följande: ”Under ledning af styrmannen Fletcher Christian gjorde besättningen på ett engelskt fartyg 'Bounty' i närheten af Tongaöarna i april 1789 myteri mot sin kapten Bligh ... samt utsatte honom och 18 andra i en båt, hvarefter en del af den öfriga besättningen (ledaren och 8 andra engelsmän, jämte 6 män och 12 kvinnor från Tahiti) i jan 1790 landsteg på Pitcairn och uppbrände Bounty. Förräderi, mord och dryckenskap voro i början regel på ön, så att 1800 af de ursprungliga kolonisterna endast en man fanns vid lif, nämligen Alex Smith (senare kallad John Adams). Under tiden växte ett yngre släkte upp, som under Smiths ledning bildade ett fullkomligt patriarkaliskt samhälle, utmärkt genom arbetsamhet, sederenhet och religiositet. Kolonien var obekant för den yttre världen ända till 1808, då den påträffades af ett amerikanskt fartyg.” (Nordisk Familjebok 2 uppl art Pitcairn.)
5. Se t ex Undén, Svensk sakrätt I.
6. Olivecrona s 97 ff.
7. Olivecrona, Rätt och dom, s 103 ff. Under rubriken ”Rättighetsidén i samfärdseln” utreder Olivecrona där dels den handlingsdirigerande funktionen och dels den upplysande funktionen hos rättighetsidén. Se även d:e, Rättsordningen, s 219 ff.
8. Se not 3 här ovan.
9. Se t ex författarens arbete Åtalspreskription, s 14 ff.
10. Bl a märkes, att det i den straffrättsliga konkurrensläran göres en klar skillnad mellan ”brottslig handling” och ”brott”. En handling kan ju utgöra flera brott. – Om förhållandet mellan begreppen ”gärning” och ”brott” se Ekelöf, Processuella grundbegrepp, s 90 ff jämte där anvisad litteratur.

11. Jfr författarens arbete Åtalspreskription s 33 ff.
12. Däremot överstiger det lagstiftarens förmåga att i ett slag bryta sammanhanget mellan idéerna "brott" och "straff" i det allmänna föreställningssättet, jfr författarens uttalanden i *Theoria* 1957 s 83: "In the social sense punishment is abolished only if it be eliminated from the imagination both of criminals and public . . . To really abolish punishment would entail a mass psychological process of transformation, which – if it be possible – would demand a very long period of time and would certainly involve consequences that no man at present can foresee."
13. SOU 1953:14 och 1956:55.
14. Begreppet mord är icke identiskt med begreppet "upsåtligt dödande av annan människa". Det senare begreppet täcker även andra handlingar än dem som kvalificeras såsom mord, t ex en avrättning, ett tillåtet dödande i krig. Ett uppsåtligt förkortande av annans liv faller enligt "livets regel", när samtycke föreligger, i vissa fall utanför begreppet mord, t ex att tillhandahålla sprit åt en svårt alkoholiserad människa. Då gränsen mellan mord och tillåtet dödande icke överallt är skarp, kan en fällande dom för mord i realiteten få konstitutiv karaktär, t ex i en krigsförbrytarprocess. Jfr Gihl i SvJT 1953 s 361 f.

## § 17. Regler om rättigheter

1. Så gör Olivecrona i Rättsordningen s 165 f. Däremot räknar Ross endast med två grupper av rättsregler, förhållningsregler och kompetensregler, se s 45: "Retsnormerne kan efter deres umiddelbare indhold indeles i to grupper, forholdsnormerne og kompetence- eller fremgangsnormerne." Dessutom är kompetensnormen enligt Ross egentligen en förhållningsnorm, nämligen "en indirekte udtrykt forholdsnorm". Se ovan i texten § 13.
2. Jfr Olivecrona, *Rätt och dom*, s 135: "Härvid måste emellertid . . . frågas, huruvida det rättsliga regelsystemet verkligen är givet *utan användning av rättighetsbegreppet*? Endast om detta är fallet kan det tänkas, att rättighetsbegreppet skulle vara fritt konstruerat (av rättsvetenskapen) i syfte att klarlägga och underlätta förståelsen av det rättsliga regelsystemets innehåll. Men förutsättningen i fråga brister. Det regelsystem vi ha framför oss på civilrättens område framträder ju som ett system av regler om rättigheter och skyldigheter. Själva rättighetsbegreppet är icke konstruerat av rättsvetenskapen utan upptaget från den allmänna rättsåskådningen." Se även D:e, *Om lagen och staten*, s 96 f, och Rättsordningen, s 169 ff.
3. Se bl a Ross s 206 ff samt Olivecrona, *Rätt och dom*, s 92 ff och Rättsordningen, s 169 ff, särskilt s 209 f, ävensom Nils Kr Sundby, *Legal Right in Scandinavian Analyses*, i *Natural Law Forum* Vol 13 (1968) s 72 ff (Notre Dame, Indiana).

## § 18. Reglerna om avtal

1. Begreppet viljeförklaring har, med olika resultat, diskuterats ingående av Hägerström i *Theoria* 1935 s 32 ff och 121 ff, av Karlgren i *Avtalsrättsliga spörsmål* s 181 ff och i *Festskrift till Håkan Nial* s 324 ff samt av Ross s 283 ff. Se vidare Arnholm i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1948 s 368 ff och Olivecrona, *Rätten och viljan*.
2. Stang s 299: "Gjennem en eiendommelig sammenknytning av to rettshandler fremgår avtalen (kontrakten)."
3. Jfr Stang s 300: "Imidlertid har det i mange anvendelser praktiske fordeler å bruke ordet kontrakt (avtale), idet det sammenfatter to viljeserklæringer (tilbud og aksept) i et felles uttrykk; . . ." Jfr även ibidem: "Ordet kontrakt brukes hos oss i noget forskjellige betydninger. Jeg

bruger det til betegnelse av det aksepterte tilbud." Jfr ytterligere Stang s 302: "De to rettshandler som utgjør kontrakten . . ."

4. Jfr Olivecrona, Rätt och dom, s 71: "Två personer som ingå ett avtal, konstatera icke att de ha de och de rättigheterna och skyldigheterna mot varandra. De avse i stället att *konstituera* sådana. Detta sker genom förklaringar av imperativisk natur. En utfästelse att betala 1 000 kronor betyder: 'vare jag förpliktad att betala 1 000 kronor!'"
5. Se t ex Almén-Eklund.
6. Jfr Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål, s 187 f.
7. Se även Avtalslagen 1 § första stycket. – Jfr Stang s 207 f: "Rettshandlere er, som jeg før har nevnt, private viljeserklæringer gjennom hvilke individene ordner sine rettslige forhold. Til dem knytter loven det almindelige bud at deres innhold skal efterleves -enhver plikter å holde det han har lovet (5–1–2)." D:e s 210: "Ved rettshandel forstås jeg de private viljeserklæringer, til hvilke rettsordenen knytter den følge at det erklæringen går ut på skal efterleves."

## § 19. Begreppet rättstillämpning

1. Gihl, Studier s 281: "Tillämpar man lagen, när man betalar en skuld eller fullgör sin värnplikt?"
2. Detta förklarar terminologien hos Olivecrona, Rätt och dom, se s 21 f: "Man *tillämpar* en trafikregel när man, på grund av kännedom om regelns innehåll, handlar så som anges i det mönster för handlandet i en dylik situation som trafikregeln innehåller.
3. Olivecrona, Domen i tvistemål, s 84.
4. Olivecrona, Rättsordningen s 115.
5. Observera följande uttalande av Olivecrona i Domen i tvistemål s 87: "När nu domaren i sin motivering säger, att käranden finnes ha rätt att erhålla tusen kronor av svaranden eller att svaranden finnes pliktig att betala tusen kronor till käranden, så betyder detta ett angivande av vad lagens generella imperativ innebär, tillämpat på fallet. Den operation domaren utför består med andra ord däri, att han så att säga konkretiserar lagens imperativ med avseende å den föreliggande situationen. I sak säger han: reglerna i lagen betyda under de omständigheter, som här föreligga, att svaranden skall betala tusen kronor till käranden." – Det kan tilläggas, att domaren konkretiserar icke blott den till svaranden riktade rättsregeln utan också den till honom själv adresserade sanktionsregel efter vilken domen utformas och som i detta fall betyder, att svaranden skall *dömas* att betala tusen kronor till käranden.
6. Ang omdömet se Olivecrona, Rätt och dom, s 21–29, 46 f, 57–65.
7. Ross s 160: "Udgangspunktet må være, at dommerens opgave er en *praktisk handleopgave*. Han skal træffe beslutning om, hvorvidt der skal anordnes tvangsudøvelse mod den indstævnte (anklagede) part eller ej. Det er sandt at kundskab om forskellige forhold (de foreliggende fakta, retsreglernes indhold m m) spiller en rolle for, hvorledes afgørelsen falder ud, og at retsudøvelsen for så vidt er beroende på teoretiske processer. Men dette røkker naturligvis ikke den kendsgerning, at retsudøvelsen, om end forberedt gennem teoretiske processer, i sig selv og definitivt er en beslutning, en viljesakt."
8. Cardozo, The Nature of the Judicial Process, s 21.
9. Se bl a Ross s 130.
10. Bolding s 14, 19, 25, 54.

## § 20. Deduktion och induktion

1. Castberg, *Forelesninger over rettsfilosofi*, s 75. Jfr d:e, *Rettsfilosofiske grunnspørsmål*, s 42: "Hele det menneskelige handlingsliv er basert på idéen om norm og plikt og på muligheten av å trekke logiske slutninger på dette område."
2. Minnesversen jämte exempel på alla fyra figurerna finns bla i art. Figur i *Nordisk Familjebok*, 2 uppl.
3. Den grekiske filosofen Sextus Empiricus gjorde påpekandet omkring år 200 e Kr.

## § 21. Om juridiska slutledningar

1. Ross s 181: "Det er ikke dem der bestemmer resultatet, men resultatet der bestemmer dem."
2. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, s 10, och d:e, *Einführung in das juristische Denken*, s 49 samt Klug, *Juristische Logik*, s 49.
3. Se bla Kallenberg i *SvJT* 1944 s 371 f: "I närmaste sammanhang med omdöme-teorien och kritiken av densamma står frågan, huruvida domen utgör en slutledning (en syllogism) eller, närmare utfört, huruvida domsdomdömet – vare sig nu det innehålles i själva domslutet eller ligger till grund för detta – är slutsatsen i en syllogism, vars premisser äro, i korthet uttryckt, en rättsregel såsom översats och fakta såsom undersats. Att så är fallet, har jag för min del och säkerligen alla vårt lands jurister eller åtminstone en överväldigande majoritet av dem tagit för en given sak . . . Imperativet måste vara lagligen grundat, och endast på slutledningens väg kan man komma till ett resultat i sådant avseende."
4. I nyare svensk rättsfilosofi har detta förhållande påpekats flerstädes. Se Hedenius s 120 f, Ekelöf i *TfR* 1945 s 213 och Moritz i *Theoria* 1954 s 82.
5. Se Hedenius s 120 ff, Ekelöf i *TfR* 1945 s 213, 214, Moritz i *Theoria* 1954 s 78 ff samt von Wright i *TfR* 1955 s 465 ff och 1957 s 177 ff.
6. Ekelöf i *TfR* 1945 s 213 ff avstår från att bestämma, vari den praktiska slutledningens följdriktighet består, men finner s 216 på anförda grunder, att en juridisk slutledning är "juridiskt korrekt", "såvida den med slutsatsen korresponderande teoretiska satsen är en konsekvens av undersatsen jämte den teoretiska sats, som korresponderar mot den tillämpade rättsregeln" (mot rättsföljden "skall betalning ske" korresponderar uttrycket "sker betalning" i de teoretiska satserna). – Strahl i *TfR* 1946 s 204 f synes mena, att den juridiska slutledningen måste klädas i den teoretiska slutledningens form ("är börande" i stället för "skall") för att kunna (på ett övertygande sätt?) användas som grund för ett domslut. Han uttalar även, "att domstolarna enligt den juridiska metoden, som själv har rättsregels karaktär, skola resonera som om rättsreglerna vore teoretiska satser".
7. Se Gihl, *Studier* s 309. Vad som förekommer i domens motivering är icke rättsregler utan påståenden, åsikter om rättsregler, ma o oäkta rättssatser, säger Gihl i viss anslutning till uttalanden av Hedenius (som dock har en annan syn på de juridiska syllogismerna). "Hur skulle de satser med juridiskt innehåll, som ingå i domens motivering, eljest kunna ingå som led i en slutledning tillsammans med påståenden och åsikter om fakta i målet?" Gihl tillägger i en not: "En slutledning bestående av varvvals indikativsatser och imperativer (direktiv) vore väl något ganska monstruöst." Enligt a a s 290 f skulle en domstol, som dömer för mord, resonera eller åtminstone kunna resonera så här: "NN har begått mord. Om någon begått mord, skall han enligt svensk rätt dömas till livstids straffarbete: alltså skall NN enligt svensk rätt dömas till livstids straffarbete."

8. Olika möjligheter att definiera följdriktigheten i en praktisk syllogism diskuteras av Moritz i *Theoria* 1954 s 78 ff.
9. Hägerström påpekar i TfR 1931 s 50, att ett imperativ såsom sådant icke kan utgöra grund för en logisk slutledning. Se även bl a Jørgen Jørgensen, *Imperativer og Logik*, *Theoria* 1938 s 183 ff. – I Ross' arbete *Directives and Norms* finnes ett kap med rubriken "Deontic Logic", där Ross uttalar följande s 143: "The possibility of a deontic logic is now generally recognized but there are great divergencies of opinion as to the interpretation of its values and its relation to the logic of indicatives." Dock tillägger Ross i en not: "The possibility of deontic inferences is occasionally denied . . ."
10. Olivecrona i *Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt* s 192: "Vad som är logiskt omöjligt, det är att från ett faktum sluta till ett böra." Ross s 388 (§ 75. *Erkendelse og handling*): "Erkendelsens funktion i handlingslivet kan herefter angives således: den kan aldrig *motivere* en handling, men under forudsætning af et givet motiv (interesse, indstilling) *dirigere* den aktivitet der udløses." Gihl i SvJT 1953 s 361: "... denna skillnad, som för mig framstår som en oöverstiglig klyfta: klyftan mellan ett teoretiskt resonemang och en handling."
11. Olivecrona, *Rätt och dom* s 129: "Något *logiskt* samband mellan domskäl och domslut finnes icke."
12. Olivecrona, *Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt*, s 4: "Man kan aldrig genom en förutsättningslös undersökning av fakta komma till något svar på frågor sådana som den om hur ett bud kan förpliktat eller någon ha rätt att styra. Svaret beror på en värdering. Det handlar om vad som *bör* ske, såsom att den och den statsmaktens bud böra följas. Men från vad som faktiskt sker kan man aldrig utan förmedling av en värdering komma över till vad som *bör* ske."
13. Olivecrona, *Domen i tvistemål*, s 45.
14. Detta har påpekats av Hoel s 24.
15. Bolding s 54: "Men varken lagregler eller domarregler skall ovillkorligen följas."
16. Strahl i TfR 1946 s 205: "Det bör tilläggas, att översatsen i en juridisk slutledning aldrig bör fastställas utan hänsyn till slutledningens resultat. Domaren är enligt min mening tvärtom skyldig att inom rimliga gränser utlägga rättsreglerna så, att slutledningens resultat blir tillfredställande (den teleologiska metoden). Genom att domslutet ändock framträder som resultatet av en slutledning får det karaktären av en regeltillämpning."

## § 22. Några ord om domsmotiveringar

1. Se Per Olof Ekelöf, *Rättegång*, Femte häftet, Stockholm 1966, s 201.
2. SOU 1938:44 s 218.
3. Ett domslut i form av teoretiska satser synes kunna förekomma vid sk bevisstalan angående brottslig gärning av minderårig enligt lagen 1964 med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. Jfr uttalanden av undersökningskommissioner om uppmärksammade brottsfall, naturkatastrofer eller olyckshändelser. En omstridd fråga är fastställelsemornas natur.
4. *Esprit des lois*, livre 11, chap 6.
5. Jfr den schweiziska civillagen av 1907 Art 1 Abs 2: "Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde." Domarens handlingsfrihet blir dock betydligt mera begränsad än lagstiftarens.
6. Se not 16 till närmast föregående paragraf.
7. Se Bolding, särskilt s 107 ff.



# Litteratur

- Ahlander, Björn, Om rätt och rättstillämpning. 2. uppl Uppsala 1952 (Cit Ahlander.)
- Ahlander, Björn, Är juridiken en vetenskap? Uppsala 1950.
- Almén, Tore, och Eklund, Rudolf, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättsens område. 9. uppl, ombesörjd av Torkel Nordström, Stockholm 1968.
- Arnholm, Carl Jacob, Omkring rettshandelsteorien, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1948 s 368 ff.
- Bolding, Per Olof, Juridik och samhällsdebatt. Uppsala 1968.
- Brusiin, Otto, Über das juristische Denken. Helsingfors 1951.
- Brusiin, Otto, Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949.
- Cardozo, Benjamin Nathan, The Nature of the Judicial Process. 9 printing. New Haven 1937.
- Castberg, Frede, Forelesninger over rettsfilosofi. Oslo 1965.
- Castberg, Frede, Rettsfilosofiske grunnspørsmål. Oslo 1939.
- Ekelöf, Per Olof, Förhållningsregler och domsregler, i Festskrift tillägnad Karl Olivecrona, Stockholm 1964, s 166 ff.
- Ekelöf, Per Olof, Juridisk slutledning och terminologi, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1945 s 213 ff.
- Ekelöf, Per Olof, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Stockholm 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning VIII.)
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken. Stuttgart 1964.
- Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung. Dritte, ergänzte Auflage. Heidelberg 1963.
- Engströmer, Thore (samt Hassler, Olivecrona och Ekelöf), Domstolarnas bundenhet av HD:s prejudikat, i Svensk Juristtidning 1947 s 288 ff.
- Fahlbeck, Erik, Jägerskiöld, Stig och Sundberg, Halvar G F, Medborgarrätt. Helsingfors 1947.
- Fries, Martin, Verklighetsbegreppet enligt Hägerström. Uppsala 1944. (Uppsala universitets årskrift 1944:3.)
- Gihl, Torsten, Aktuella problem inom folkrätt och allmän rättslära, i Svensk Juristtidning 1953 s 356 ff.
- Gihl, Torsten, Huvuddragen av den allmänna folkrätten. Stockholm 1956. (Cit Gihl.)
- Gihl, Torsten, Om s k praktiska slutledningar m m, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1967 s 25 ff.
- Gihl, Torsten, Studier i internationell rätt. Stockholm 1955. (Cit Gihl, Studier.)
- Hedenius, Ingemar, Hypotetiska befallningar, i Ajatus XVII, Helsingfors 1952.
- Hedenius, Ingemar, Om rätt och moral. Stockholm 1941. (Cit. Hedenius.) (Ny oförändrad uppl Stockholm 1963.)
- Hjerner, Lars, Om rättsfallstolkning. Stockholm 1965 (stenc).
- Hoel, Astrup, Den moderne rets metode. Oslo 1925.

- Hult, Phillips, Juridisk debatt. Uppsala 1952.
- Hägerström, Axel, Begreppet viljeförklaring på privaträttens område, i *Theoria* 1935 s 32–57 och 121–138. (Se även nedan Olivecrona, Rätten och viljan.)
- Hägerström, Axel, *Filosofi och vetenskap*, postumt utgiven och kommenterad av Martin Fries. Örebro 1957.
- Hägerström, Axel, *Socialfilosofiska uppsater*. Med inledning av Martin Fries. Stockholm 1939. (Ny uppl Stockholm 1966.)
- Hägerström, Axel, Till frågan om begreppet gällande rätt, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1931 s 48 ff.
- Hägerström, Axel, Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I. Viljeteorien. Uppsala 1917.
- Hägerström, Axel, Är gällande rätt uttryck för vilja? i *Festskrift tillägnad Vitalis Norström*, Göteborg 1916, s 171 ff. (Se även nedan Olivecrona, Rätten och viljan.)
- Jägerskiöld, Stig, Prejudikatens betydelse på förvaltningens område, i *Förvaltningsrättslig Tidskrift* 1959 s 93 ff.
- Jørgensen, Jørgen, *Imperativer og Logik*, i *Theoria* 1938 s 183 ff.
- Kallenberg, Ernst, Grundfrågor angående domen i tvistemål, i *Svensk Juristtidning* 1944 s 353 ff.
- Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*. 2. uppl Lund 1954. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning IV.) (Cit Karlgren.)
- Karlgren, Hjalmar, *Kutym och rättsregel*. Stockholm 1960. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXIII.)
- Karlgren, Hjalmar, Till frågan om den rättsliga viljeförklaringens imperativa natur, i *Festskrift till Håkan Nial*, Stockholm 1966, s 324 ff.
- Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran, dess metod och grundbegrepp*, i *Statsvetenskaplig tidskrift* 1933 s 193 ff. (Cit Kelsen.)
- Klug, Ulrich, *Juristische Logik*. 2. Aufl. Berlin 1958.
- Lundstedt, Vilhelm, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget*. Uppsala 1942.
- Lundstedt, Vilhelm, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*. Erster Band. Uppsala 1932.
- Lundstedt, Vilhelm, *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten: III. Obligationsbegreppet*. Senare delen. Första häftet. Uppsala 1930. (Cit Lundstedt, Obligationsbegreppet.)
- Lögberg, Åke, Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten, i *Festskrift tillägnad Karl Olivecrona*, Stockholm 1964, s 432 ff.
- Moritz, Manfred, *Der praktische Syllogismus und das juristische Denken*, i *Theoria* 1954 s 78 ff.
- Olivecrona, Karl, *Anmälan av Vilhelm Lundstedt, Legal Thinking Revised, My Views on Law*, i *Svensk Juristtidning* 1957 s 551 ff.
- Olivecrona, Karl, *Domen i tvistemål*. Lund 1943.
- Olivecrona, Karl, *Döma till konung, En rättshistorisk studie*. Lund 1942.
- Olivecrona, Karl, *En sociologisk rättslära*, i *Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt*, Uppsala 1947, s 167 ff. (Uppsala universitets årsskrift 1947:6.)
- Olivecrona, Karl, *Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt (I. Hägerströms rättsfilosofi, II. Vilhelm Lundstedt)*, 2. uppl Lund 1968 (stenc.).
- Olivecrona, Karl, *Lagens imperativ*. Lund 1942.
- Olivecrona, Karl, *Om lagen och staten*. Lund 1940. (Cit Olivecrona.)

- Olivecrona, Karl, Rätten och viljan. Två uppsatser av Axel Hägerström, ånyo utgivna (med inledning) av Karl Olivecrona. Lund 1961.
- Olivecrona, Karl, Rätt och dom. Lund 1960. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXIV.) (Ny uppl 1966)
- Olivecrona, Karl, Rättsordningen, Idéer och fakta. Lund 1966.
- Pound, Roscoe, Common Law and Legislation, 21 Harvard Law Review (se även Cohen and Cohen, Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy, New York 1951, s 498 ff.)
- Ross, Alf, Directives and Norms. London 1968.
- Ross, Alf, Endnu en gang om retsanvendelse og *ordre public*, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1967 s 637 ff.
- Ross, Alf, Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. København u. Leipzig 1933.
- Ross, Alf, Om ret og retfærdighed. København 1953. (Cit Ross.) (Ny oförändrad uppl 1966.)
- Stang, Fredrik, Innledning til formueretten. 3. utg. Oslo 1935.
- Strahl, Ivar, Makt och rätt. Rättsidéns gång genom historien – från Babylon till FN. En överblick. 2. uppl Stockholm 1959.
- Strahl, Ivar, Om praktiska slutledningar inom juridiken, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1958 s 40 ff.
- Strahl, Ivar, Till frågan om rättighetsbegreppet, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1946 s 204 ff och 1947 s 481 ff.
- Strömberg, Håkan, Några reflexioner om lagstiftningens innebörd, i Statsvetenskaplig tidskrift 1959 s 1 ff.
- Strömberg, Tore, Lathund för lagläsare, i Logik, rätt och moral, Filosofiska studier tillägnade Manfred Moritz, Lund 1969, s 191 ff.
- Strömberg, Tore, Some Reflections on the Concept of Punishment, Theoria 1957 s 71 ff.
- Strömberg, Tore, Åtalspreskription. Lund 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XII.)
- Sundberg, Halvar G.F., Allmän förvaltningsrätt. Stockholm 1955. (Cit Sundberg.)
- Sundby, Nils Kr., Legal Right in Scandinavian Analyses, i Natural Law Forum Vol. 13 (1968), Notre Dame, Indiana, s 72 ff.
- Thornstedt, Hans, Om rättsvillfarelse. Stockholm 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning X.)
- Undén, Östen, Neutralitet och folkrätt. Stockholm 1939. (Göteborgs Högskola, Forskningar och föreläsningar.)
- Undén, Östen, Svensk sakrätt I. Lös egendom. Sjätte genomsedda upplagan. Lund 1969.
- von Wright, Georg Henrik, Om sk praktiska slutledningar, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1955 s 465 ff.
- von Wright, Georg Henrik, Om "praktiska slutledningar", Ett tillägg, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1957 s 177 ff.



# STUDENTLITTERATURS UTGIVNING I JURIDIK

<i>Björkblom m fl</i>	Lagen och vi – rättskunskap
<i>Edvardsson</i>	Praktisk beskattningsrätt 1–3
<i>Edvardsson</i>	Övningsuppgifter i beskattningsrätt <sup>1</sup>
<i>Elwing</i>	Konkursrättens grunder
<i>Eriksson–Ingblad</i>	Redovisningsförfattningarna 1980
<i>Essén—Pålsson</i>	Konventionssamling i internationell privaträtt
<i>Fiskesjö m fl</i>	Svenska författningstexter 1980
<i>Gorton</i>	Internationell handelsrätt
<i>Grosskopf</i>	Ekonomiska föreningar
<i>Grosskopf</i>	Företagens skatter <sup>1, 2</sup>
<i>Grosskopf</i>	Handledning för beskattning av fåmansföretag
<i>Grosskopf–Haglund</i>	Introduktion i beskattningsrätt
<i>Grosskopf–Haglund</i>	Skattebrott och administrativa avgifter
<i>Grundström</i>	Skatteaspekter på pensionsregler
<i>Hemström</i>	Ideella föreningar
<i>Holmström</i>	Allmänna avtalsvillkor
<i>Holmström</i>	Företagslagstiftningen
<i>Hydén</i>	Rättens samhälleliga funktioner
<i>Hydén</i>	Rättsregler
<i>Iseskog</i>	Rättsfallssamling i avtalsrätt
<i>Johansson</i>	Bokföringslagen — lag och kommentar
<i>Jonsson</i>	Skatteplanering i fåmansbolag
<i>Kalderstam</i>	Brottslingarna vi förtjänar
<i>Karlgren</i>	Felansvaret vid fastighetsköp enl jordabalken
<i>Kedner</i>	Kommentarer till aktiebolagslagen
<i>Klette</i>	Brottnålsprocessen ur den tilltalades perspektiv
<i>Lihné</i>	Rättegången i tvistemål om mindre värden
<i>Melander–Strömberg</i>	Traktatsamling i folkrätt
<i>Nelhans</i>	Utlänningsrätt
<i>Paulsson</i>	Författningar om arbetsmiljö och teknisk utrustning
<i>Pettersson</i>	Medbestämmanderätt
<i>Pålsson</i>	EG-rätt
<i>Pålsson</i>	Författningssamling i internationell privaträtt
<i>Strömberg, H</i>	Den offentliga organisationen
<i>Strömberg, H</i>	Handlingsoffentlighet och sekretess
<i>Strömberg, H</i>	Inledning till statsrätten
<i>Strömberg, H</i>	Sveriges författning
<i>Strömberg, H</i>	Tryckfrihetsrätt
<i>Strömberg, H</i>	Översikt över tryckfrihetsrätten

<sup>1</sup> Till denna bok finns läroslösningar.

<sup>2</sup> Till denna bok finns övningsuppgifter.

<i>Strömberg, T</i>	Frågekompendium i allmän rättslära
<i>Strömberg, T</i>	Inledning till den allmänna rättsläran
<i>Strömberg, T</i>	Rättsfilosofins historia
<i>Strömberg-Melander</i>	Folkrätt
<i>Sundberg</i>	Fr. Eddan t. Ekelöf
<i>Svensson</i>	Den svenska marknadsföringslagstiftningen
<i>Tullberg-Flodhammar</i>	Ersättningsrätt
<i>Welinder</i>	Beskattning av inkomst och förmögenhet 1-2
<i>Åhström</i>	Svensk och internationell etableringsrätt



I **Inledning till den allmänna rättsläran** behandlas juridiska problem av principiell natur, såsom frågorna om vad som menas med gällande rätt och om vad som kännetecknar olika typer av lagregler och andra rättsregler. Även frågorna om logikens användning i den dömande och beslutande verksamheten diskuteras. Författaren har ägnat särskild uppmärksamhet åt uppgiften att skapa en enkel och praktiskt användbar kategoriindelning av rättsreglerna, vilken underlättar förståendet av lagtexter och prejudikat. Boken har i åtskilliga år använts som lärobok i allmän rättslära för juris kandidatexamen.

Framställningen bör intressera var och en som önskar tränga in i det juridiska tänkandet från filosofiska utgångspunkter och som har upptäckt sammanhanget mellan juridikens teoretiska och praktiska sidor.

Författaren **Tore Strömberg**, professor emeritus, har efter disputation i straffrätt varit docent, t f professor och preceptor i detta ämne samt därefter professor i allmän rättslära vid Lunds universitet under åren 1961—1977.



Studentlitteratur – ett förlag  
inom Utbildningshuset

Box 1719, 221 01 Lund. Tel. 046–30 70 70

ISBN 91-44-17311-3