

III.

OBLIGATIONSBEGREPPET

SENARE DELEN:

DEN I FÖRRA DELEN HÄVDADE
ASKÅDNINGEN YTTERLIGARE KONFRONTERAD
MED JURISPRUDENSENS LÄROR

FÖRSTA HÄFTET

AV

A. V. LUNDSTEDT

Professor vid Uppsala Universitet



UPPSALA

A.-B. L. NORBLADS BOKHANDEL

III

OBLIGATIONSBEGREPPET

SEKONDÄR DELEN

INOM DEN I FÖRSTA DELEN HÄVDADE
ÅSÄDNINGEN YTTRELLIGARE KONKORDANS
MED JURISPRUDENSENS FÄROR

FÖRSTA HÄFTET

A. N. LUNDSTEDT
Föreläsare vid Uppsala universitet



UPPSALA

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från 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>

FÖRORD.

För att kunna använda ett offentligt tryckningsbidrag, som prekluderas kort efter mitten av denna månad, nödgas jag nu i ofullbordat skick publicera Senare delen till mitt arbete »Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner» (i det följande kallat Förra delen) och sätta punkt nära nog mitt i sammanhanget. Fortsättningen kan på grund av riksdagsuppdrag dock icke följa före 1932.

Avvikande från en å s. 97 n. 1 i Förra delen angiven plan, giver jag redan här i Senare delen en framställning av samhällsnyttans principiella betydelse i juridiken. Tyvärr hinner en del av denna framställning icke att inflyta förrän i häfte n:r 2, nedan kallat Andra häftet. — Kapitlet »Rättspositivismen och rättsmedvetandet» har till största delen varit publicerat förut (i Minnesskrift utgiven av juridiska fakulteten i Uppsala, 1929). Det nytillkomna i detta kapitel återfinnes huvudsakligen under rubrikerna »Några antydningar om rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet» och »Positiv rätt i jurisprudentens mening obefintlig».

Angående min användning av sådana ord som rätten, rättsregler och rättsordning hänvisar jag till s. 91 ff. samt s. 102 n. 1. Anmärkningar rörande terminologien ha i övrigt meddelats å s. 115 f., 121 f., 123, 129, 196, 273 n. 1.

En del formella ojämnheter bero på, att olika partier författats på vitt skilda tider och att tillfälle saknats till en gemensam överarbetning av det hela. För den värdefulla hjälp vid korrekturläsningen, som jur. kand. *Arnold Sölvén* lämnat mig nu likaväl som vid flerfaldiga föregående arbeten, uttalar jag ett hjärtligt tack.

Uppsala i november 1930.

V. Lundstedt.

INNEHÅLL.

Förord	s. 3
Allmänna anmärkningar	s. 9—17
Naturrätt = att antaga överkliga källor till stöd för rättsliga institut, s. 9 f. — Allmänna rättsmedvetandet och »positiv rätt» sådana källor, s. 11—13. — Allmänt om arbetets syfte och läggning, s. 13—17.	
Historiska rättsskolan. Några erinringar.....	s. 18—25
Rättigheter och skyldigheter baseras på rättsmedvetandet, s. 18—21. — Skolan laborerar även med de absoluta naturrättskategorierna, s. 21—23. — <i>Jherings</i> »Zweck im Recht», s. 23 f. — Historiska rättsskolans positivitets, s. 25.	
Rättspositivismen och rättsmedvetandet	s. 26—102
Vissa grunddrag i Bergbohms lära.....	s. 26—39
Bergbohms kritik av historiska skolan, s. 26—28. — Grundtankarne hos Bergbohm, s. 29—33. — Kritik av dessa grundtankar, s. 33—39 (se även s. 43 f., s. 74—76, s. 91 ff., s. 103 f.).	
Ytterligare belysning av oförnuftigheten i tanken, att rättigheter och plikter hade sin grund i positiv rätt ..	s. 39—44
Vissa sidor av imperativteoriens orimlighet, s. 39—41. — <i>Zitelmanns</i> omdömeslära, s. 41 f. — Rättighetshavarens bemyndigande att utöva statens befallningsmakt, s. 42 f. — Cirkeln i talet om makten bakom rätten, s. 43 f.	
Några ord om andra rättspositivistiska åskådningar	s. 44—62
<i>Austin</i> , s. 44—51. — <i>Jellinek</i> , s. 52—58. — <i>Kelsen</i> , s. 58—62.	
Uttalanden av Hägerström	s. 62—73
Några antydningar om rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet	s. 74—91
<i>Bergbohms</i> tal om »kompetente rechtbildende Macht», ett grundlöst påstående, s. 74. — <i>Bergbohms</i> tanke, om rättsmedvetandet såsom produkt snarare än producent av rätten, motsagd av hans egen framställning, s. 75 f. — Falskheten i tanken att rätten vilade på människans sociala och förnuftiga natur (alltså på allmänna rättsmedvetandet) utvecklas under erinring om vissa synpunkter från vår erfarenhet angående människosläktet samt om romarrättens inflytande på folkets andliga utveckling, s. 76—83. — Allmänna rättsmedvetandets betydelse för rättsmaskineriets fungerande beror på en kombination av social instinkt och känslornas primitiva förenkling av vad som försiggår, s. 83—85. — Rättsmedvetandet ledes omedelbart av rätten, men förutsättningen för detta ledband utgöres därav, att rätten själv i viss grad bestämmes av samhällsnyttiga intressen, s. 85 f. — Betydelsen för rättsmekanismen av just känslornas sätt att verka, s. 87—90. — En växelverkan mellan rättskänslorna och rätten, s. 90. — Rätten dock det omedelbara stödet för rättsmedvetandet, s. 90 f.	

Positiv rätt i jurisprudensens mening obefintlig .. s. 91—102

Rättsregler *in abstracto* otänkbara, följaktligen ologiskt tala om »rättens tillämpning» el. dyl., sid. 91 f. — Den realiserbara innebörden av att »den eller den regeln gäller», s. 92 f. — Stundom men icke alltid uppkommer ett sken av gällande regler *in abstracto*, s. 93 f. — Begreppsförvirringen i föreställningen om »gällande rätt» och distinktionen *de lege lata* och *ferenda*, s. 95—98. — Skulle då icke domaren vara bunden av rättsregler? — Nej!, s. 99—102.

Svensk rättspositivism..... s. 102—186

Dualismen rättspositivism och rättsmedvetande, dold hos *Bergbohm*, framträder mera öppet i svensk litteratur, såsom exempel varpå nämnas *Björ-ling* och *Thyren*, s. 103—108. — Allmänna anmärkningar angående *Undéns* rättsmetod, s. 108 f.

Undéns rättighetsbegrepp i hans systematiska framställning s. 109—126

Undéns formulering av äganderättsbegreppet påminner ytligt om vissa mina uttalanden i ämnet och utger sig utan grund för att överensstämma med »rättsspråkets» användning av detta begrepp, s. 110 f. — *Undéns* formulering, sedd mot bakgrunden av försöket att få min åskådning betraktad som »nutida juridik», s. 111—113. — Trots sin formulering är *Undéns* ståndpunkt lika irrationell som den vanliga rättspositivismen, s. 114—117. — *Undéns* närmare analys av äganderätten motsägelsefull och även i övrigt ohållbar, s. 117—123. — *Undéns* tal om överensstämmelse mellan min och nutida juridikens uppfattning i ämnet belyses, s. 123—126.

Det vetenskapliga underlaget för Undéns rättighetsbegrepp s. 126—149

Undéns uppfattning av rättigheten såsom funktionsbegrepp innefattar en serie av överkligheter, sammanhängande med tron på »positiv rätt», s. 127—131. — *Undéns* antagande att ett osant rättighetsbegrepp vore ändamålsenligt i juridiken, s. 131—133. — *Undén* fasthåller icke vid rättigheten såsom »funktionsbegrepp» utan laborerar därmed såsom »substansbegrepp», s. 134—137. — *Undéns* tro på rättsliga »lägen» såsom föremål för bevis i processen beror på skilda tankefel, s. 137—140. — *Undéns* frigjordhet från naturrättsliga tänkesätt, s. 141 f. — *Undéns* filosofiska camouflage s. 143—149.

Undéns försvar för Lassens tillitsteori s. 149—180

Allmänna anmärkningar, utvisande att *Undén* tager miste, när han tror den uppfattning, jag hävdar, ha varit känd av nordisk rättsvetenskap, s. 149—151. — *Undéns* försvar för *Lassens* »realistiska syn» meningslöst, s. 151—160. — *Aagesens* åskådning, *Lassens* av denne själv åberopade teoretiska underlag, s. 160—164. — Liksom *Aagesens* innefattar även *Lassens* åskådning det övernaturliga viljekraftsaxiomet. Skola vissa hans uttalanden anses strida häremot, härfluta de av en extraordinär förvirring, samtidigt som de ådagalägga en lika primitivt skolastisk uppfattning som viljekraftsaxiomet. Under dessa omständigheter har *Lassen* varit oförmögen att *rättsvetenskapligt* befrämja realitetens beaktande i juridiken, s. 164—171. — Både *Undén* och *Lassen* ha till grundåskådning viljekraftsaxiomet och utbygga detta med ny ordmagi, som skall verka utan vilja bakom ordet, s. 171—179. — *Undéns* rättspositivism upplöser sig i rättfärdighetstro, s. 179 f.

(Rättspositivistiskt uttalande av en nybörjare, s. 180—183. — Två exempel på viss anda inom svensk rättsvetenskap, noten å s. 183—186.)

Samhällsnyttans betydelse för lagstiftning och rättstolkning s. 187—273

Allmän anmärkning s. 187 f.

Rätten väsentligen resultatet av en kamp mellan två intressen: ett irrealt, framgående ur rättfärdighetsidéen, och ett realt, bestämt av hänsyn till de i samhället levande människornas faktiska strävanden s. 189—241

Belyses genom erinringar om vissa rättsvetenskapens

läror s. 189—210

Tron på straffets rättvisa stödes av dogmen om viljans frihet, s. 189—192. — Utan chimäriska föreställningar skulle intet annat än samhällsintresset kunna utletas såsom bestämmande för stiftande och tolkning av strafflag, s. 192—194. — Rättvis-föreställningarna ha lett både inom straffrätten och skadeståndsrätten till rättstridighetskonstruktionen, som kritiseras, s. 194—204. (Motsättningen samhället contra individen falsk, s. 195 f.; det finns inga rättsnormer, s. 196 ff.; rättsnormen, om sådan finnes, kunde rimligtvis blott ha giltighet för den, som kände dess existens, s. 198; vidare blott för den, som moraliskt gillade normen, s. 198 f.; försöket att rädda logiken med begreppet »rättsplikt», s. 199 f.; den särskilda cirkeln i hela resonemanget, s. 200 ff.: skadeståndet går icke till statskassan och bestämmes icke efter »skuld»-graden, s. 202 f.) — Culpabegreppet, såvitt sakligt användbart, sekundärt i förhållande till skadeståndsrätten, s. 204. — Den chimäriska culpaföreställningen har föranlett rättsgrundskonstruktioner även vid skadestånd utanför culpaområdet. Garanti- och fara-konstruktionerna innefatta förstuckna sådana konstruktioner, s. 205 ff. — Talet om skadeståndets syfte att överflytta skadan är rättfärdighetsbetonat och beror på *petitio principii*, s. 207 f. — Särskild sterilitet genom de chimäriska rättsföreställningarna därutinnan, att man tror principen om ersättning vid expropriation vara grundläggande för läran om skadestånd oberoende av culpa, s. 208 f. — Rättfärdighetssynpunkterna i avseende å avtalets effekt, s. 209. — Sammanfattning av syftet med framställningen, s. 209 f.

Jämväl lagstiftaren ur stånd att helt beakta hänsynen till det allmänna bästa s. 211—241

Rättfärdighetstanken ett direkt hinder för beaktande av samhällsnyttiga intressen s. 211—231

Köpelagen: 13 och 66, §§, s. 212—215; 24 §, s. 215 f.; 51 och 52 §§, s. 216 ff.; 55 och 56 §§, s. 218. — Lagen om avtal etc.: 29 §, s. 219 f.; 33 §, s. 220—225; 10 §, s. 225 f. — Ansvarighetsförsäkring, s. 226 f. — Äganderätten: 4 § i lag angående vad till fast egendom är att hänföra, s. 228—230; 1 § i lagen om avbetalningsköp, s. 231.

Äganderättskonstruktionen framför allt ett indirekt hinder för klart beaktande av samhällsnyttiga intressen s. 232—241

Allmänt om expropriation s. 231 f. — Hyresrätten, s. 232—239 f. — Allmänt om arvsrätt och laglott, s. 239 f.

*

Jurisprudensen i skarpare motsättning till samhällsnyttiga synpunkter än lagstiftningen, s. 240 f.

Samhällsnyttans beaktande i juridiken oundvikligt s. 241—249

»Positiv rätt» kan icke vara bestämmande för lagstiftaren, s. 242. — Rättsmedvetandets betydelse för lagstiftaren möjliggöres just genom dess sociala inriktning, s. 243. — Replier lagstiftaren icke på rättsmedvetandet, finns i våra dagar intet annat för honom att beakta än samhällsintresset, s. 244. — Motsvarande i avseende å jurisprudensen, s. 245. — Billighetssynpunkter i jurisprudensen, s. 246—249.

- Den närmare innebörden i samhällsnyttan som rättslig princip s. 249—273
- Allmän anmärkning s. 249 f.
- Om den värdering, som bestämmer samhällsnyttan såsom princip i juridiken* s. 250—255
- Samhällsnyttan princip även för lagar, som strida mot flertalets direkta intressen* s. 255—258
- Ett observandum* s. 258 f.
- Samhällsnyttan och utilitarismen* s. 259—273
- Utilitarismen innefattar genomgående en omkastning av primärt och sekundärt, s. 259—264. — Rättighetschimären i *Mills* lära, s. 265—269. — Samhällsnyttan enligt *Mill* en objektivt giltig moralprincip, enligt min åsikt åter bestämd av människornas faktiska föreställningar och strävanden, alldeles oberoende av huru dessa efter någon »högre» måttstock kunna bedömas, s. 269—273.
- Samhällsnytteprincipen belyst genom bemötande av framställda invändningar** s. 274—308
- Kan rättsvetenskapen gå utanför erfarenheten av det i tid och rum givna och rätten tillhöra en andlig värld?.. s. 274
- Huvudpunkten i Walz' kritik av min metod* s. 274—282
- (Utmynnar däri, att jag icke visat det ovetenskapliga i att räkna med andar i juridiken.)
- Dubbelvärldsteoriens oduglighet* s. 282—287
- Ett objektivt böra kan icke placeras i det rumstidliga sammanhanget utan blott i en därifrån skild andlig värld, s. 282 f. — Föreställningen om en sådan leder emellertid, om man är konsekvent, till den naturliga världens försvinnande, s. 283 f. — Men å andra sidan blir det ofrånkomligt att själva föreställningen tillhör den rumstidliga världen, varigenom idealvärlden sålunda till sist blir definitivt oantaglig, s. 284 f. — Äganderätten enligt *Kant* en *possessio noumenon*, d. v. s. något som existerade endast för människans av allt till den naturliga världen hörande absolut oberoende ande, s. 285 f.
- Rätten såsom ett böra* s. 287—292
- Avståndstagandet i nutida svensk juridik från rättsmetafysiken beror på bristfällig logik* s. 292—297
- Utan varje egen kritik av hela den rättsidealistiska grundvalen och oberörd av den kritik, som i ämnet framställts, fortsätter man med de gamla begreppen, helt framt deklarerande, att de nu blott blivit fiktioner eller funktionsbegrepp, s. 292—294. — Därigenom hamnar man i något säreget meningslöst, s. 294 f. — Några frågor ställas, s. 296 f.
- Knapp, Seydel och Gumpowicz såsom mina föregångare* s. 298—312

Allmänna anmärkningar.

Att efter utredningen i Förra delen uppehålla mig vid ytterligare någon av rättsvetenskapens rättighetsteorier skulle kunna anses tämligen meningslöst. Varje med ämnet någorlunda förtrogen torde nämligen nödgas medgiva, att de av mig anlagda synpunkterna äro jurisprudensen främmande. Äro nu dessa synpunkter likväl verklighetstroga, så innebär detta följaktligen, att jurisprudensens egna läror icke kunna ha kontakt med verkligheten. Enligt min mening kan det nu också påstås, att den härskande jurisprudensen genomgående står på den naturrättsliga metafysikens grund. Detta gäller om samtliga i Förra delen berörda författare inom juridiken. Och det torde icke finnas anledning att undantaga *någon enda* inom jurisprudensen från en naturrättslig åskådning, särskilt icke i fråga om sådant, som plägar kallas rättigheter. Man tror visserligen, att naturrätten skulle på något sätt ha övervunnits redan av den historiska skolan. Men sådan tro är lika meningslös som idén att söka driva ut djävulen med Belzebub. Naturligtvis kan man använda orden, som man behagar. Men man har ju aldrig med naturrätt avsett någon speciellt utformad rättsteori utan därunder innefattat de mest differentierande läror, vilka blott alla haft ett visst gemensamt underlag, det s. k. naturrättsliga. Och det synes icke kunna utletas något skäl, varför numera »naturrätt» skulle tagas i en mera begränsad betydelse. Frågan blir därför, om den nutida rättsvetenskapen — den må gå under namn av eller vara influerad av historiska skolan, historisk eller sociologisk positivism, frirättsliga skolan, Wienskolan o. s. v. — frigjort sig

från *väsentliga* naturrättsliga moment. Det väsentliga i naturrätten måste för en realistisk uppfattning vara, att man antagit vissa källor till stöd för de rättsliga instituten utan att kunna påvisa dessa källors tillvaro i verkligheten. Ser man bort ifrån det direkt teologiska inslaget (*natura = deus*), så kan naturrätten sägas alltifrån Aristoteles ha utgjorts av vissa inbillade principer, vilka man upptäckte genom »förnuftet» och vilka dels ansågos vara normerande för den positiva rätten och dels ansågos suppleras denna. Om man, såsom både på Aristoteles' tid och i senare dagar, fann kraften ligga i deras allmänna erkännande av civiliserade människor eller, såsom efter stoikerna mångenstädes alltjämt hävdades, bero på deras överensstämmelse med människans förnuftiga och sociala natur¹ är i detta sammanhang utan intresse. I båda fallen ansåg man sig givetvis på förnuftig väg deducera fram de naturrättsliga principerna. Bland självfallna naturrättsliga principer, vilka *alltjämt skola ha juridisk giltighet* och därför för oss äro av omedelbart intresse, märkas följande:

1. Det finns rättigheter, t. ex. äganderätt och fordringsrätt, liksom rättsliga plikter.
2. Äganderätt förvärfvas originärt bl. a. genom ockupation och specifikation (enligt vissas åsikt jämväl genom annat arbete än specifikation i teknisk mening).
3. Avtal måste hållas (*pacta sunt servanda*) och grunda därigenom ömsesidigt rättigheter och plikter samt förmedla övergång av redan bestående rättigheter från en till annan.
4. Det senare sker även genom arv och testamente o. s. v.

Alla sådana satsers giltighet ligger nu innesluten i naturrätten. Nu har i Förra delen visats, att det icke finns några rättigheter. Och jag har där hänvisat till utredningar, som ådagalägga, att det icke kan existera några rättsplikter. Vidare har jag därsammastädes påvisat fakta, som äro oförenliga med att »avtal måste hållas», ävensom utrett en sådan inne-

¹ Jfr härtill bl. a. *Pollock*, *Essays in the Law*, 1922, s. 32 ff.

börd i begreppet laga fång, att de två sista satserna även ur den synpunkten måste anses ohållbara. Talet om en förnuftig motivering för angivna och andra liknande satser kan därför icke vara riktigt. Man har i själva verket förväxlat vad som är förnuftigt med faktiskt allmänt rådande rättsföreställningar, d. v. s. det allmänna rättsmedvetandet. M. a. o., det som i verkligheten framför annat har utmärkt den gamla naturrätten — såvitt vi nu hålla oss till privaträtten och straffrättens betydelse för denna — är intet annat, än att den som urkälla för rättsinstitutet i verkligheten om också icke till namnet antager det allmänna rättsmedvetandet. För riktigheten häri kan åberopas en sådan på detta område hemmavan auktoritet som *Pollock*, vilken framhåller, att naturrätten i England framför allt spelat en betydande roll under namn av »justice, equity and good conscience».¹ — Det torde sålunda kunna fastslås, att den gamla naturrätten faktiskt utmärkes bl. a. av att den dels laborerar med rättigheter och rättsplikter och dels finner dessa grundade i det allmänna rättsmedvetandet. Att det förre är verklighetsfrämmande torde nu få anses utrett. Och omöjligheten att betrakta det allmänna rättsmedvetandet såsom rättskälla har — ehuru förgäves — ofta påpekats, bl. a. särskilt av *Bergbohm*,² som dock icke förstått rättsmedvetandets inställning i förhållande till rätten. Den som har öppnat ögonen för den verkliga situationen är *Hägerström*.³ På basis av hans undersökningar har jag själv sökt påvisa den ödesdigra betydelsen av den gängse missuppfattningen av rättsmedvetandets karaktär. Jag har också, på samma basis, sökt visa att både rättsmedvetande och s. k. rättsmoral snarare är en produkt av rät-

¹ *Pollock*, a. a., s. 61.

² *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I*, 1892.

³ Direkt i uppsatsen »Naturrätt i straffrättsvetenskapen?» i Sv. J. T. 1920, och indirekt i en mängd föregående skrifter liksom framför allt i sitt senare arbete »Der römische Obligationsbegriff etc.»

tens uppehållande än grund för densamma.¹ — Naturligtvis är det i och för sig likgiltigt, om man *betecknar* denna chimäriska föreställning — om rättsmedvetandet såsom grund för rätten — såsom ett väsentligt moment i *naturrätten* eller icke. Föreställningen ifråga är ju ur vetenskaplig synpunkt lika omöjlig i ena som i andra fallet. Det synes emellertid ofrånkomligt, att en på sig själv vilande naturrättsordning icke kan på förnuftig väg motiveras, utan att den faktiskt har sitt underlag i ett irrationellt och med olika tidsskeden, kulturkretsar och samhällsklasser växlande »samvete» hos människorna, d. v. s. vissa, stundom hos hela folket, stundom hos en mera betydande eller eljest ledande grupp rådande känslor, som småningom inom vetenskapen sammanfattades under termen det allmänna rättsmedvetandet eller liknande. Att beteckna föreställningen, att det allmänna rättsmedvetandet vore en källa för rätten, såsom ett väsentligt moment i naturrätten torde därför få anses väl motiverat. Att denna sålunda i och för sig motiverade beteckning också faktiskt kommer till användning tror jag har en viss betydelse. Realistiska strävanden inom juridiken torde befrämjas därav, att man får upp ögonen för att gängse teorier icke äro något annat än själva kärnan i den gamla vidskepliga naturrätten.

Om emellertid nu rättsvetenskapen, helt eller till någon del otillfredsställd med det allmänna rättsmedvetandet som grundlag för rättsföreteelserna, inskjuter något annat *lika överkligt* såsom den rättsliga grunden — t. ex. positiv rätt (positivismen) eller en rättslig grundnorm (*Kelsen*) — så synes mig efter närmare övervägande starka skäl föreligga att hänföra även en sådan grund till den naturrättsliga kategorien. Visserligen måste naturligtvis medgivas, att detta till sist blir en terminologisk smakfråga. Jag skall om positivismen — både den historiska och den sociologiska — i det

¹ Se bl. a. min »Superstition or rationality in action for peace?», London 1925. Se också nedan s. 74 ff.

följande¹ visa, att den innefattar tron på tillvaron av en rättsordning, som endast kan finnas till i inbillningen. Naturligtvis tro sig även positivisterna på förnuftig väg komma fram till sin åsikt om existensen av denna rättsordning. Och vid bestämmandet av dess innehåll låter man sig faktiskt ledas — utom av givna lagparagrafer — framför allt av det allmänna rättsmedvetandet. Detta helt enkelt därför att man, med det förbiseende av realiteterna som man begår, faktiskt huvudsakligen icke *kan* ha något annat att gå efter. Denna ledning tages ofta helt öppet av sådana, som utan egna undersökningar i ämnet bekänna sig till »positivismen». För en sådan s. a. s. professionell positivist som t. ex. *Bergbohm* ställer det sig visserligen annorlunda. Men det blir blott i ord, icke i verkligheten, som han kan komma ifrån allmänna rättsmedvetandet såsom princip för bestämmande av rättsordningens innehåll. Under dessa omständigheter synes mig rättspositivismens avvikelse från den gamla naturrättsläran lämpligen blott böra betraktas som en naturrättslig variant och icke såsom något från naturrätten artskilt. Alldeles så ställer det sig visserligen icke med den Kelsenska grundnormen. Men den har dock med den egentliga rättspositivismen bl. a. det gemensamt, att den just genom att icke fatta hela vidden av den gamla naturrättens chimäriska art och genom att *sålunda vara ur stånd att verkligen rycka sig loss ur densamma* drivits till nya verklighetsfrämmande föreställningar.

* *

*

Det kunde kanske, som nämnt, synas överflödigt att med vad som följer komplettera min i Förra delen utförda kritik av rättighetsbegreppet. När jag likväl företager denna komplettering, så är mitt motiv den upprepade erfarenheten av jurisprudentens sätt att reagera på mina undersökningar.

¹ Om den sociologiska positivismen dock först i ett senare häfte.

Icke sällan söker man avfärda mina framställningar därmed, att mina »nyheter» äro sagda förut. Meningen skall naturligtvis vara, att det jag vill säga, såvitt det har hållbar karaktär, redan kommit till heders inom jurisprudence. Visserligen heter det, att »intet är nytt under solen». Men en sådan sentens måste givetvis användas med försiktighet. Man får icke glömma, hur den gamle potentaten plögade anföras skriften. Avgörande är ju icke blott vilka *ord*, som uttalats, utan jämväl, i vilket *sammanhang* de fällts, och den *argumentation*, varav de åtföljts. Och i sådant avseende vågar jag hävda, att rättsvetenskapen genomgående stått främmande för den framställning av rättighetsbegreppet, som jag i Förra delen (liksom på andra ställen) givit. Nu spelar det ju visserligen icke i och för sig någon roll, huruvida jag framfört varit sagt förut eller icke. Vad som har väsentlig betydelse är, att de framförda synpunkterna dock förbisetts av den rådande jurisprudence och sålunda icke inom denna kommit till användning. När jag likväl är angelägen att hävda, att min framställning varken i kritiska eller positiva delar har någon som helst släktskap med andra rättsteorier, så är anledningen den, att jurisprudencens intresse givetvis måste skärpas, om den har klart för sig, att det icke går att förkasta eller bagatellisera mina åsikter med en hänvisning till att saken prövats förut och vunnit behörigt beaktande. Att det här icke är fråga om någon överdriven känslighet från min sida skall envar nödgas medgiva, som följt med den hittillsvarande diskussionen i ämnet.¹

Efter dessa antydningar går jag nu att söka klargöra nödvändigheten för jurisprudence, nämligen såvitt den vill vara saklig, av att uppgiva de vägar, som hittills följts, de må vara utstakade av de mest ansedda klassiker eller av »moderna» eller »radikala» rättsteoretiker av det mest utom-

¹ Se min anmärkning, s. 109 f., i Festskrift, tillägnad *Axel Hägerström*, ävensom min kritik nedan av *Undéns* rättsåskådning.

ordentliga skarpsinne. Naturligtvis är härvid »fullständighet» i min framställning utesluten. Men jag söker dock vara så »praktiskt» fullständig som möjligt inom ramen för ett arbete av förevarande slag. Och jag tror icke, jag behöver frukta, att man emot mitt försök att bibringa jurisprudence den angivna övertygelsen skall kunna framföra någon rättsteori, som inom jurisprudence vunnit beaktande men icke vid djupare reflexion visar sig vara åtminstone indirekt vederlagd av vad som i det följande framföres. — Emellertid ber jag att särskilt få understryka en visserligen av det sagda redan framgående sak. Min framställning måste bedömas med hänsyn till syftet med densamma. Den är icke på minsta sätt, icke i någon punkt, att fatta såsom en *lärobok* el. dyl. över de behandlade teorierna. Vidare måste ihågkommas, att det är min kritik av *rättighetsföreställningarna*, som ligger i bakgrunden, och att det är till ytterligare fondering av denna kritik, som framställningen gives. Frågan om dennas s. k. fullständighet får ses mot bakgrunden av min egentliga önskan att endast visa upp så mycket, att de olika åsikternas ohållbarhet gentemot sagda kritik klargöres. Att jag därvid begagnat mig av en författares befoget att stundom — när jag trott det i klargörandets intresse vara nyttigt — något överskrida den sålunda antydda gränsen, är jag fullt medveten om.¹

¹ Jag tillåter mig här begagna tillfället att söka förebygga ett species av nu berörda invändning, nämligen att min framställning icke tillräckligt försetts med notiser om den litteratur, från vilken jag tager avstånd. (Invändningen framställd bl. a. av Canadian Forum, okt. 1926, som eljest vore beredd beteckna mitt engelska arbete som »a great text».) Dyliga litteraturhänvisningar hava synts mig meningslösa, eftersom jag ju — med undantag för *Hägerströms* arbeten, på vilka jag bygger, ävensom andras arbeten på samma forskningsbasis — tager avstånd från *all* av mig känd rättslitteratur, som har kontakt med de av mig här behandlade frågorna, och följaktligen min egen kontakt med denna litteratur icke kan vara av annat än rent negativ art.

Till sist tillåter jag mig här avtrycka följande ord ur ingressen till mitt föredrag å nordiska juriststämman 1926, i vilket jag kritiserade några rättsvetenskapsmän:

»För de rättsvetenskapliga författare, som jag kritiserar, har jag emellertid naturligtvis den allra största egard. Jag aktar dem icke blott såsom personer synnerligen högt. Jag hyser också den största respekt för deras utomordentliga skarpsinne. Detta strider på intet sätt med det faktum, att jag utvalt dem såsom Nordens främsta exponenter för denna av mig nyss värdesätta s. k. rättsvetenskap. Lika litet som respekten för skarpsinnet hos sådana stormän inom andens värld som en Augustinus eller en Thomas ab Aquino behöver strida mot det faktum, att dessa voro de kanske mest framträdande exponenterna för *sin* tids vidskepelse. Jag ber, att man ville ha denna anmärkning i minnet under den följande framställningen . . .»

Av dylika ord, som givetvis äro underförstådda i samtliga mina kritiska framställningar, borde kunna begripas, att jag icke kan vara blind för att andra rättslärdas uttalanden (hur ohållbar jag än finner deras allmänna grundåskådning) i enstaka punkter — den enes i en punkt, den andres i en annan — kunna stå sig inför saklig kritik. Att sålunda vissa sidor av den historiska positivismen blivit framgångsrikt angripna av t. ex. en *Kelsen* får naturligtvis icke hindra mig att utifrån min grundåskådning, som icke har något som helst gemensamt med *Kelsens* lära, påvisa ohållbarheten i positivismen. Därvid finns alls icke någon anledning för mig att omnämna *Kelsens* kritik. Ty dels har denna — såsom envar kan övertyga sig om — icke haft den ringaste betydelse för min egen framställning. Dels är syftet med min framställning varken att utgiva någon lärobok, teoretisk systematik etc. eller att vara en värdering av olika rättslärdas insatser. Syftet med min framställning är, kort sagt, endast att visa, att jurisprudencens grundåskådning över hela linjen — med eller utan »radikalism» eller »modernitet» — är oduglig och att därifrån icke kan härledas någon möjlighet att på vare sig det ena eller andra sättet komma min kritik av

rättighetsbegreppet till livs. — Dessa sista anmärkningar föranledas av vissa skrivelser emot mig av *Alf Ross*,¹ en yngre rättsforskare, som synes mycket oangenämt berörd av mina framställningar.

¹ Senast i Ugeskrift for Retsvæsen, 1930, s. 133 ff.

Historiska rättsskolan.

Några erinringar.

Ifråga om verklighetsfrämmande underlag betecknar den historiska skolan, som redan antytts, ingen förändring i jämförelse med den äldre jurisprudensen. En sak för sig är, att denna skola bestred rättsprincipernas absoluta karaktär, deras karaktär att vara en gång för alla oföränderligt givna. Vad som emellertid här närmast är av intresse är, att den i varje fall fann rättens stödjepunkt i det allmänna rättsmedvetandet, låt vara att detta icke såsom den nominella naturrättens källa ansågs utgöra en konstant faktor. Man såg saken här så, att rätten vore grundad i nationens, det ifrågavarande folkets, medvetande — ofta kallat folksjälén — sådant som det på varje tid vore utdanat. I detta historiskt bestämda folkmedvetande skulle i all hemlighet rätten leva på samma sätt, som språket och moralen däri leva.¹ Detta folkets av histo-

¹ Se t. ex. *Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3 Aufl., 1840, s. 8 ff. Det kan ha sitt intresse att se, hur den »historiska skolans» store mästare i denna skrift uttrycker saken, och därför citerar jag följande å s. 11 f.:

»Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen, Character des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten, und auch hierin ist es der Sprache zu vergleichen. So wie für diese, giebt es auch für das Recht keinen Augenblick eines Absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Notwendigkeit, wie jene früheste Erscheinung. Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert. Allein diese innere Fortbildung

riska förhållanden färgade rättsmedvetande såsom källa för rätten har naturligtvis sin omedelbara grund i känslan av behovet av att *allom* vederfares »*rättvisa*» och av reaktioner emot »*rättskränkning*». Men därmed förutsätter detta folkets rättsmedvetande föreställningar om folkets medlemmar såsom ägande vissa rättigheter och skyldigheter mot varandra ävensom förmågan att förvärva sådana och att genom avtal och andra rättsärenden omgestalta sålunda för-

auch in der Zeit der Kultur hat für die Betrachtung eine grosse Schwierigkeit. Es ist nämlich oben behauptet worden, dass der eigentliche Sitz des Rechts das gemeinsame Bewusstsein des Volkes sei. Dieses lässt sich z. B. im Römischen Rechte für die Grundzüge desselben, die allgemeine Natur der Ehe, des Eigentums u. s. w. recht wohl denken, aber für das unermessliche Detail, wovon wir in den Pandekten einen Auszug besitzen, muss es jeder für ganz unmöglich erkennen. Diese Schwierigkeit führt uns auf eine neue Ansicht der Entwicklung des Rechts. Bei Steigen der Kultur nämlich sondern sich alle Tätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen. Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewusstsein des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewusstsein der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentiert wird. Das Dasein des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter in dem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Teil des ganzen Volkslebens, was es zu sein nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen. Aus dem Zusammenwirken dieses doppelten Lebensprincips erklären sich alle spätere Erscheinungen und es ist nunmehr begreiflich, wie auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise, ohne eigentliche Willkür und Absicht, entstehen konnte. Der Kürze wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das politische Element, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das technische Element desselben.»

Må man observera en särskild egendomlighet. I detaljerna begränsades rättens grund till *juristernas* medvetande. Varför icke exempelvis till skomakarnes? Jo, därför naturligtvis att juristerna, men icke skomakarne, ha *studerat* rätten. Men då går ju rätten utifrån in i medvetandet och kommer icke, tvärtom, *inifrån* medvetandet, såsom *Savigny* hävdar. — Till detta

handenvarande rättsförhållanden.¹ Det är alltså fullt utbildade naturrättsliga föreställningar, som här gå igen.² Olikheten mot den gamla naturrätten är av *ingen* betydelse ur den enda syn-

Savignys uttalande må nu även läggas åtskilliga uttalanden av *Puchta* — *Gewohnheitsrecht* II, 1837, s. 125; *Kursus der Institutionen*, I, 8 uppl., 1875, s. 19; *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen, Vorlesungen*, 1825, s. 12 — gående ut på att *rätten utgjordes av innehållet i folkets rättsmedvetande*.

¹ Jag behöver ju här blott hänvisa till *Savignys* rättighetsbestämning, angiven i Förra delen, s. 87 n. 1, eller till citatet i noten härovan, där han talar om äganderättens allmänna natur såsom bestämd i folkets allmänna medvetande. Se även uttalanden av *Stahl* här nedan.

² Den historiska skolan kan väl sägas vara grundad i slutet av 1700-talet av engelsmannen *Edmund Burke*. Såsom dess första stiftarnamn i Tyskland torde få anses *Gustav Hugo*, dock snart överglänst av *Savigny*, vilken praktiskt taget torde böra betraktas som skolans lärofader. I betydelse honom närstående var den särskilt såsom systematiker berömd *Puchta*. Efter honom kunna en mängd kända rättslärare nämnas, t. ex. *v. Keller*, *v. Bethman-Hollweg*, *Stinzing*, *Stobbe*, *Thoel*, *Unger*, *Brinckmann*, *Bruns*. Till riktningen hörde nu jämväl det underbara, att det var just den *romerska* rätten, som skulle leva i det *tyska* folkmedvetandet. Det är bl. a. med hänsyn härtill, som man hit kan generellt medräkna de s. k. romanisterna i motsättning till germanisterna. Vi få sålunda till den historiska skolan ytterligare namn sådana som *Wächter*, *Vangerow*, *Brinz*, *Windscheid*, *Jhering*, *Rümelin*, *Zitelmann* o. s. v. Själva programmet för den historiska skolan — kort uttryckt: en sig organiskt utvecklande rättsvetenskap för hela tyska nationen i stället för *Thibauts* förslag att åstadkomma en gemensam tysk lagbok — förlorade egentlig aktualitet med tyska rikets uppkomst och igångsättandet av det enhetliga tyska lagstiftningsarbetet. Stark opposition hade också framkommit mot skolan i åtskilliga avseenden, bl. a. för dess för rättslivets behov alltför »vetenskapliga» karaktär. (En kort antydande sammanfattning av anmärkningarna mot den historiska skolan finnes bl. a. hos *Bergbohm*, *Jurisprudenz* I, s. 481—484.) En sak är emellertid hur det gick med »programmet» (bäst utvecklat i *Savignys* nyssnämnda skrift) som här är utan intresse; en annan sak, att skolans allmänna åsikt om rätten, såsom havande sin grund i det av de historiska förhållandena betingade folkmedvetandet, alljämt har en högst betydande livskraft. Rätten är visserligen något som ständigt växlar och utvecklar sig, säger t. ex. *Kohler*, men den »ruht mit seinem innigsten Gefaser in den Wurzeln der Volksseele und

punkt, som här intresserar. Det är nämligen ett faktum, att båda åskådningarna laborera med *lika överkligt* underlag för s. k. rättigheter och plikter.¹

För övrigt kan det ha sitt intresse att beakta, att den historiska juristskolan, sina proklamationer till trots, på alla väsentliga punkter laborerade just med de absoluta naturrättskategorierna. Det, som skulle vara utmärkande för den historiska skolan, är rättens grundande i det särskilda folkets av historiska fakta betingade medvetande. Denna dess utgångspunkt är dock intet annat än en fullkomligt missvisande etikett. Historiska juristskolan uppställer faktiskt lika väl som den äldre naturrättsläran för olika både länder och tider *absolut* gällande satsar. Jag erinrar ånyo om *Savignys* rättighetsföreställning. Icke äro väl för *Savigny* rättigheterna beroende på ett föränderligt folkmedvetande? De äro ju viljemakter! Och viljans autonomi är för *Savigny* helt enkelt en allmängiltig grundprincip, ur vilken följer bl. a. kontraktets rättsligt förbindande verkan.² — Eller låt oss gå till *Stahl*, den historiska juristskolans rättsfilosofiska systematiker.³ Visserligen skall för honom liksom för *Savigny* rätten vara

entspricht dem kulturentwickelnden Drange, der das Volk durchzieht, das Volk, seien es alle Mitglieder, seien es einige hervorragende, weitschauende Geister» (Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, I, 1915, s. 6). — Både *Nordlings* och *Berglunds* i Förra delen anförda försök att bestämma »privaträttigheten» är uppenbarligen starkt influerade av den historiska rättsskolans åskådningssätt.

¹ »Das Naturrecht in seiner *gröbsten* Gestalt, das Vernunftsrecht, dem ihre Zeitgenossen huldigten, haben sie (anhängarne av historiska skolan) von sich gewiesen», *Bergbohm*, Jurisprudenz I, s. 485. — Angående åtskilliga differentieringar i den historiska skolans åsikt om rättsmedvetandet såsom grundval för rätt, se *Zitelmann*, Arch. f. civilistische Praxis, N. F. 16, s. 374—412, vilken författare också kritiserar dem, ib. 412—427.

² Se t. ex. citatet i Förra delen s. 129 n. 1.

³ Jfr härtill *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, 2 uppl., I, 1847, s. 563 ff samt II, 1, 1845, s. 187 f.

»positiv rätt» i motsats till den »naturliga» rätten.¹ Men detta oaktat uppställas de mest väsentliga gammal-naturrättsliga satsar. Några exempel må anföras:

»Der Mensch ist als Person ein ursprünglicher und selbstständiger, also absoluter Zweck der Schöpfung und des Weltplanes, und zwar der Mensch nicht als Gattung, nicht der Gedanke des Menschen, sondern das Individuum, jeder einzelne Mensch. Als solchen muss auch das Recht ihn erfassen. Der einzelne Mensch ist danach absoluter Zweck auch in der Rechtsordnung, dies ist das *Recht der Person* oder das '*angeborene Recht*'. Inhalt desselben ist dann eben das, was zur *Existenz als Person* gehört: *Integrität, Freiheit, Ehre, Rechtsfähigkeit, Schutz in den erworbenen Rechten*. Einzeln bezeichnet man diese Rechte als die 'angeborenen', richtiger als die im Wesen der Persönlichkeit liegenden Rechte.»²

»Die *erworbenen* (kurs. här) Rechte sind, wie der Begriff selbst sagt, nicht schon mit der Existenz als Person gegeben; sondern setzen bestimmte Handlungen oder bestimmte Vorgänge und Lagen voraus. Sie gehören also nicht zum Rechte der Persönlichkeit. Aber das gehört doch zum Rechte der Persönlichkeit, dass sie, *nachdem* sie erworben sind, auch *unverbrüchlich* erhalten werden. Die einzelnen erworbenen Rechte sind ein Gegensatz gegen die angeborenen Rechte, aber der Schutz in den erworbenen Rechten überhaupt ist selbst ein angeborenes Recht.»³

Av särskilt intresse äro också, ehuru väl utförliga för att här citeras, *Stahls* deduktioner på basis av en allmän princip om vissa inskränkningar i den enskildes frihet. Därav följer t. ex., att förvärvade rättigheter icke kunna gälla såsom oantastbara, såvitt de upphäva »das Recht der Persönlichkeit Anderer», o. s. v.⁴

Historiska juristskolans försök att bryta med den äldre »förnufts-rätten» var i själva verket av allra ytligast slag. Hela den naturrättsliga grunden förde den faktiskt med sig.

¹ *Stahl*, II, 1, s. 178 ff.

² *Stahl*, II, 1, s. 257.

³ *Stahl*, II, 1, s. 266.

⁴ *Stahl*, II, 1, s. 268 f.

Därav motsägelserna. Det ytliga låg visserligen icke i beaktandet av att de olika folkens nationalkaraktärer i viss mån kunde avspelas i rättsordningarne utan i uppfattningen om vad som inom ett folk uppbar dess rättsordning, uppfattningen av rätten såsom varande till *in abstracto*, uppfattningen av rätten såsom *en sak*, av dess tillämpning såsom en *annan*. Med sådan uppfattning blir förnekandet av naturrätten blott ett tomt ord och användandet av den naturrättsliga apparaten i huvudsak en nödvändighet. Vi ha hos oss i boströmianismen ett praktiskt exempel på naturrättens outhärlighet, hur mycket än rättens nationella karaktär hävdas. *Boström* bekände sig visserligen icke till den historiska rättsskolan. Men han utgick dock ifrån, att den särskilda staten bestämde sin egen rätt; ja rätten var enligt denne filosof den särskilda statens *väsen*. Men detta hindrade honom icke att uppställa *allmängiltiga* naturrättsliga satsar, t. ex. om människans naturliga rättigheter o. s. v.

Det är sant, att inom den historiska skolan på sistone framträdde en mera *socialt* betonad uppfattning av rätten. Standardarbetet här är *Jherings* »Der Zweck im Recht». ¹ Tog *Jhering* måne här avstånd från sitt i »Geist des röm. Rechts» utvecklade rättighetsbegrepp? Ingalunda; tvärtom utgör hans »Zweck etc.» endast en fortsättning på den »Grundlegung der Theorie der Rechte im subjectiven Sinn», som han givit i sin »Geist etc.». Det var just hans »från den härskande läran avvikande bestämning av rättighetsbegreppet», som föranledde honom att sedermera i »Zweck etc.» utveckla grundlaget för den objektiva rätten. ² Mera behöver icke sägas, för att man skall förstå, att den »sociala» tendensen hos *Jhering* icke innebär någon frigörelse från det, som här ovan betecknats såsom ett utmärkande drag i naturrätten. Den felsyn hos *Jhering*, som jag i Förra delen kriti-

¹ Två delar utgivna 1877 och 1883.

² *Jhering* i företalet till sin »Zweck etc.».

serat, framträder särskilt skarpt i 1 och 8 kapitlen av hans arbete »Zweck etc.». Emellertid må det också framhållas, att *Jhering* i detta arbete på det mest oförblommerade sätt bygger på den naturrättsliga metafysiken. »Naturen vill att mänskligheten består», säger han och utvecklar, hur »naturen» tämjer egoismen och tager denna i sin tjänst. Och uppenbarligen skall naturen vara den kraft, som dirigerar det ändamål, som skall vara »der Schöpfer des ganzen Rechts». Ty *Jhering* anser — med full rätt f. ö. — att ett ändamål icke låter sig tänkas utan en medveten vilja. Denna blir då för *Jhering* »naturen», d. v. s. Gud. Läger man det ena till det andra från *Jherings* uttalanden, så blir resultatet, att det är det av Gud satta ändamålet i världen, som är »die bewegende Kraft der Welt» och därmed också kraftkällan för all rätt.¹ *Jherings* ifrågavarande arbete har stort symptomatiskt intresse. När ett verk, sådant som detta, syftande till en radikal uppgörelse med rådande rättsuppfattning och till att komma rättens verklighet in på livet, har en sådan översinnlig grundläggning, då förstår man ju, att någon egentlig *vetenskap* om rätten näppeligen kan ha funnits på hans tid, utan att det blott varit fråga om *rättsmetafysik*. Beaktar man vidare *Jherings* utomordentligt stora inflytande icke blott på hans samtid utan jämväl på nutidens rättslärare,² så blir kanske den tanken icke så orimlig, som man först gärna vill tro, att också i vår tid bedrivs icke någon egentlig rättsvetenskap utan i stället rättsmetafysik, låt vara av livets tryck kramad och inpressad i sådana former, att den därigenom erhåller ett visst verklighetstroget sken.³

Till undvikande av missförstånd må till sist särskilt be-

¹ *Jhering*, *Zweck etc.*, företalet och kap. III. Under sådana omständigheter kan *Jherings* iakttagelse, att rättskänslan icke är grunden för rätten utan tvärtom, icke tillmätas någon vetenskaplig betydelse.

² Se t. ex. *Undén*, *Svensk sakrätt*, 1927, s. 49 ff.

³ Jmfr *Förra delen*, s. 63 ff.

tonas en sak — som dock eljest för denna framställning är utan intresse — nämligen att, såsom redan antytts, historikerna krävde *positivitet* hos rätten. Icke vilket rättsligt folkmedvetande som helst hade karaktär av objektiv rätt. Dess rättsidéer måste till innehållet framträda *preciserade* och vidare *faktiskt uppehållas*, så att rätten framstode såsom »eine selbständige äussere Macht, gelöst vom innern Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft (des Volkes)».¹ En dylik begränsning var givetvis nödvändig, för att icke hela lärans fantastiska karaktär skulle bli omedelbart påtaglig. Men de båda begränsande momenten visa sig vid närmare eftertanke *orealiserbara*. Hur skall en precisering kunna ske, utan att därmed hela det förmenta grundlaget uppgives? Det är framför allt på denna punkt, som den historiska rättspositivismen satte in sin dock tyvärr föga verklighetstroga kritik. Den andra tanken — rättsidéer preciserade till rättsnormer, vilka därefter skulle uppehållas — är, såsom i kritiken av den historiska rättspositivismen nu skall visas, en logisk orimlighet.²

¹ Se t. ex. *Stahl*, II, 1, s. 179 f.

² Se särskilt s. 91 ff. nedan.

Rättspositivismen¹ och rättsmedvetandet.

Vissa grunddrag i Bergbohms lära.

Efter historiska juristskolans misslyckade försök att utdriva naturrättsliga chimärer ur rättsvetenskapen ljuder till sist som en 1800-talets final den Bergbohmska parollen mot naturrätten i alla dess former, jämväl sådana som de framkommit i den historiska skolan. Det är den *historisk-positivistiska* åskådningen, som gör sitt inträde. Det är icke lätt att i korthet insätta *Bergbohms* digra arbete² i det sammanhang, som för min framställning kan vara av intresse. Ett kriterium för *Bergbohm* på naturrättslig jurisprudence är emellertid i *allmänhet*, att denna laborerar med en »dubbelrätt»,

»als gehe dem positiven Recht beständig ein ihm übergeordnetes oder antagonistisches mit ihm rivalisierendes anderes Recht parallel, in welchem das erstere bald die Quelle und das Fundament seiner eigenen Herrschaft, bald seinen Vorläufer oder Stellvertreter oder Korrektor, bald auch nur sein Vorbild oder Ideal u. s. w., zu respektieren habe».³

Utan tvivel är detta en ganska träffande karakteristik av naturrätten. Med allt erkännande åt den historiska skolan för dess vilja att taga avstånd från denna rättsdualism⁴ visar

¹ Jag avser här den historiska rättspositivismen till skillnad från den franska (sociologiska) rättspositivismen, representerad framför andra av *Duguit*. Angående dennes åskådning se min uppsats i Festskrift tillägnad *Axel Hägerström*, 1928, ävensom Andra häftet.

² *Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

³ *Bergbohm*, a. a., s. 109, jfd med s. 502 n. 27.

⁴ *Bergbohm*, a. a., s. 487.

nu *Bergbohm*, att skolan trots sin »i princip monistiska rätts-teori» genom sina oupplösliga motsägelser råkar in i antagan-det av icke mindre än tre olika arter av objektiv rätt, samtliga underordnade rättsmedvetandet och framgående av det sätt, varpå detta skall vindiceras: sedvanerätt, lagrätt och jurist-rätt (d. v. s. den juridiska vetenskapen).¹ Folkets rättsmedvetande — vars orimliga karaktär i historikernas lära utredes på ett förträffligt sätt² — skall emellertid enligt historikerna vara den egentliga rätten och de tre nämnda arterna blott de former, i vilka den utåt framträder.³ Men historikerna tvingas å andra sidan att motsäga sig själva och betrakta de nämnda formerna såsom självständiga rättskällor.⁴ Det naturrättsliga i den historiska skolans laborerande med rätts-medvetandet har *Bergbohm* onekligen blick för, om också hans eget fel är att bl. a. icke ha förstått rättsmedvetandets egen inställning i samhällsmaskineriet. Han visar emellertid upp, hur den historiska rättsteorien vilar på en falsk psyko-logi, när den laborerar med folksjälens.⁵ Såvitt den härleder rätten ur en a priori såsom rättsmedvetande karakteriserad modifiering av medvetandet, rör den sig i cirkel.⁶ Härav följer emellertid enligt *Bergbohm* blott, att teorien är odug-

¹ *Bergbohm*, a. a., 16 §, särskilt ss. 486 f., 492 ff., 503—512.

² *Bergbohm*, a. a., s. 492—502, 507—520.

³ *Bergbohm*, a. a., s. 503—512.

⁴ *Bergbohm*, a. a., s. 512—522.

⁵ *Bergbohm*, a. a., s. 493—496; 501; s. 518—520.

⁶ *Bergbohm*, a. a., s. 497, 518 f. Särskilt träffande visar *Bergbohm* upp förvirringen, när det gäller att förklara den romerska rätten såsom *levande* i det tyska (alltså germanska) folkets rättsmedvetande. *Bergbohm* synes stundom rent av mena, att rättsmedvetandet snarare är »ein Erzeugnis des Rechts als sein Erzeuger». Denna utan tvivel riktiga mening har han dock icke på något sätt gjort fruktbringande, vilket sammanhänger därmed, att han icke förstått denna sak i hela dess vidd, varom nedan. Han råkar också på väsentliga punkter in i resonemang, som stå i rak strid med meningen ifråga.

lig och måste uppgivas, men icke att den »formligen förfaller till naturrätt». Sådant sker därigenom, att skolans representanter

»das sog. Rechtsbewusstsein nicht bloss für eine entfernte 'Quelle', die allein oder im Verein mit andern Agentien den Inhalt des Rechts bestimmt, sondern für die nächste Quelle, aus der das Recht auch seine Verbindlichkeit mitbekommt, ausgeben, sodass es *Recht ist, ohne einen geschichtlichen, d. h. in äusserlichen Vorgängen erkennbaren Prozess der Positivierung durchgemacht zu haben.*»¹

Det är därför egentligen blott den tesen hos historikerna, att rättsmedvetandets diktat såsom sådana utgjorde perfekt rätt, vilken statuerar en (anonym) naturrätt i deras lära.²

Till detta sista må endast sägas, att *Bergbohm* här gör en opraktisk begreppsdistinktion, som dessutom synes strida mot hans sätt att karakterisera den dualism, som skulle utmärka naturrätten.³ Om naturrätt eller icke blir visserligen liksom alla beteckningar till sist en rent terminologisk fråga. Men det är opraktiskt att lösa densamma på av *Bergbohm* angivet sätt. Vill man verkligen söka utrensa vidskepligheten ur rättsvetenskapen, så är icke rätta sättet att begränsa naturrätten till just de former, vari densamma framställdes under den äldre epoken, före historiska skolans framträdande. Vad som har väsentligt intresse och som det framför allt gäller att söka motverka är givetvis detta: laborerandet med överkliga faktorer såsom ursprunget till faktiskt uppehållen rätts-

¹ *Bergbohm*, a. a., s. 497 f.

² *Bergbohm* a. a., s. 500. Till sist utvecklar *Bergbohm* det öppet naturrättsliga och verklighetsfrämmande i historikernas tro på *rättsvetenskapens* rättsproducerande kraft, s. 521 ff.

³ Begreppsdistinktionen synes mig också på sitt sätt råka i konflikt med andan i *Bergbohms* arbete (se t. ex. s. 486). Men detta tycks i verkligheten na två själar. Den éna strävande till klarhet angående realiteterna. Den andra dominerad av en häremot stridande fix utgångspunkt, den nämligen, att det finnes en visserligen osynlig, men likväl absolut fullständig rätt, *framträdande i positiverande fakta*. I den ifrågavarande begreppsdistinktionen är det den senare själen som talar.

ordning, likgiltigt om sådana chimärer själva *identifierades* med rätten eller blott *indirekt* ansågos bestämmande för denna. Ett motsatt tillvägagångssätt är så mycket mera meningslöst, som icke ens 1600- och 1700-talets naturrättslärare kunde så blint rida spärr emot verkligheten, att de icke nödgades att i sak, om icke i ord, uppgiva »naturrättens» identitet med den faktiskt uppehållna rätten. *Bergbohms* ståndpunkt i detta ämne sammanhänger med fundamentalmisstaget i hans egen lära, till vilken jag nu övergår.

Ett *historiskt* moment är för *Bergbohm* nödvändigt för begreppet rätt. Utan detta råkar man in i föreställningar om en »evig» och »universell» rätt, chimäriska motsatser till de i verkligheten givna rättsordningarna, vilka äro underkastade ständiga växlingar, givetvis icke blott i anseende till tiden utan jämväl så, att olika länders rättsordningar sinsemellan kunna vara olika.¹ Den historiska skolan själv tager i verkligheten icke fasta på betydelsen av historiskt givna fakta. Den saknar varje förklaring av, *huru* rättssatserna och de rättsliga institutionerna just hava fått denna sin *rättsliga kvalitet*, *huru* de »gerade zu Recht geworden sind».² Därför hade man egentligen att vara den historiska skolan tacksam blott för själva ordet »historisk». Det gällde nu att — föranledd av en sådan fingervisning — bestämma principen för den *äkta historiska* rättsteorien.³ Till den ändan uppställdes frågan: hur kom det sig, att den och den rättssatsen, det och det rättsinstitutet eller det och det rättssystemet verkligen finga rättslig karaktär? Och svaret utvecklas på följande sätt.

»Der Inhalt des Rechts wird durch so viele Motive bestimmt, dass sie sich weder sämtlich herzählen, noch in erschöpfende allgemeine Kategorien unterbringen lassen. Die Rubriken des sittlichen Bewusstseins und der religiösen Überzeugung, des in der Menschennatur liegenden Grundes

¹ *Bergbohm*, a. a., s. 532.

² *Bergbohm*, a. a., s. 536.

³ *Bergbohm*, a. a., s. 539.

und des politischen Zweckes, des Bedürfnisses und der Vernunft, der Sicherung gegen den Missbrauch der Stärke und der humanen Fürsorge für den Schwachen, und wenn man sie verdoppelte und verdreifachte, sie alle zusammen vermögen noch lange nicht die Gesamtheit der Motive zu umfassen, aus denen in Wirklichkeit die Menschen dem Recht hier gerade diesen und dort gerade den anderen Inhalt gegeben haben. Alle diese fälschlich 'Quellen' genannten Agentien liefern kein Recht, sondern nur die Anregungen oder die Gedanken zu Recht. Das edelste 'Bewusstsein' und die schönste 'Idee' als solche tragen auch nicht eine Linie zum Wachstum, zur Änderung, überhaupt zur Entstehung des Rechts bei. Sie sind ohne *That* nichts. Der Gedanke muss erst noch einen besonderen Weg gehen, auf dem er das empfängt, was ihn zu *Recht* macht. War er vorher ein Vernunftsatz, eine sittliche Norm, eine auf praktischer Erfahrung beruhende technische Regel, oder war er vorher garnichts als ein Einfall, eine 'Idee' — einerlei, ohne diesen Gang ist noch keiner Recht geworden, wird keiner Recht und kann keiner Recht werden. Erst auf diesem Gange wird er zu einer vorbestimmten Lebensregel, erhält er die Kraft auch den Widerwilligen zum Gehorsam zu zwingen, wird er als mächtiger Willen besonderer Art objektiv verbindlich, rechtsverbindlich. Auf diesem Gange, der zeitlich nur einen Augenblick lang zu sein braucht und strenggenommen auch nie länger ist — es ist der Augenblick, wo der Rechtssatz als solcher anerkannt, sanktioniert, *gesetzt* wird d. h. eben *Positivität* erlangt — liegt seine individuelle Entstehungsgeschichte als *Rechtssatz*. Die *That* oder *Thaten* aber, die ihm die spezifische Rechtseigenschaft oder Rechtsform verleihen, sind immer etwas äusserlich Wahrnehmbares, etwas *Geschehendes*, und dieses, das historische Ereignis oder die Reihe der historischen Ereignisse, das ist eben das *Geschichtliche*, was unter allen Umständen zum Rechtswerden erforderlich ist... *Positives Recht sein und auf einem geschichtlichen Wege ins Dasein als verbindliche Regel gesetzt sein, ist schlechthin ein und dasselbe*. — Und nun brauchen wir nur noch, was wir jetzt auch ohne jede Gefahr des Missverständnisses thun können, die Kategorie der 'formellen Rechtsquelle' einzuführen, um den Abriss der echten geschichtlichen Rechtstheorie zu vollenden. — Wenn wir die Frage stellen: *Wer* macht die ihrer Tendenz nach als unverbrüchliche Normen des Zusammenlebens der Menschen in diesem oder jenem, nach dem einen oder andern Gesichtspunkte umgrenzten Kreise geltenden Regeln eben zu Recht?, so weisen die zur Antwort gegebenen Namen von konkreten rechtbildenden Gemeinschaften, deren Willensorganen und sonstigen Instanzen auf Begriffe, die unter der noch abstrakteren Kategorie der 'materiellen Rechtsquellen' zusammengefasst werden können. Werfen wir dann weiter die Frage auf: *Woraus* erkennt man d. h.

aus welchen in die Sinne fallenden Dingen — deren wir immer bedürfen, um den Schluss zu ziehen, dass die Existenz, das Funktionieren eines Abstraktums zu bejahen sei — können wir schliessen, dass was und auf welche Weise durch welche rechtbildende Macht als Recht gesetzt worden?, so geben die Antworten uns diejenigen Einzeldinge an, die man unter den generellen Begriff der 'Rechtszeugnisse' subsumieren kann. Wenn wir aber so fragen: *Wie* ist dieses Recht, dieser Rechtssatz, von dem die Rede ist, zu Recht geworden?, dann nennt uns jede richtige Antwort einen der in der *Geschichte* liegenden äusseren und darum, wenn er nicht notorisch ist, erst festzustellenden Vorgänge, eine der Formen des rechtlichen Werdeprozesses, kurz eine Rechtsbildungsform oder '*formelle Rechtsquelle*', durch welche ein gewisser Inhalt die Rechtsform erhalten kann, ohne die er dagegen nimmer zu einem *Rechtssatz*, *Rechtssprinzip*, *Rechtsinstitut* u. s. w. zu werden vermag. — Wenn wir nun das letztgenannte Erfordernis einer, das eigentliche Werden jedes Rechtssatzes in der Geschichte umspannenden Quelle für seine Rechtsform festhalten, so ergibt sich folgende *Bedeutung des 'geschichtlichen Prinzips'* in Beziehung auf das Recht und die Rechtsbildung. Damit eine praktische Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel positives Recht im Sinne der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft, in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerlässliche Bedingung die, dass sie zu dem wesentlichen normativen Inhalt die ebenso wesentliche Rechtsform erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, dass ihr eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten, äusserlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betr. Norm bildet, die Rechtsqualität verlieh. Der Verzicht auf diese Bedingung dagegen würde ein Prinzip involvieren, dem ein derartiges geschichtliches Element fehlt, und folgeweise auf ein Recht leiten, das nicht durch eine formelle Rechtsquelle hindurch in die Wirklichkeit, wo es seine objektive Verbindlichkeit als formelles Recht bewähren könnte, eingetreten ist, d. h. auf ein ungeschichtliches oder nichtpositives oder Naturrecht, das kein durch eine Theorie zu erklärendes Rechtsphänomen, kein Erkenntnisobjekt der Rechtswissenschaft, weil juristisch überhaupt gar kein Recht ist.»¹

Jag har tillåtit mig här så utförligt citera *Bergbohm*, enär jag trott det vara av vikt, att man verkligen uppfattar de historiskt positivistiska grundtankarna och sålunda kan inse deras ologiskhet. *Bergbohms* framställning giver sålunda vid han-

¹ *Bergbohm*, a. a., s. 544—549.

den, att den objektiva rätten skall ha sin omedelbara grund i bestämda historiska fakta, åstadkomna av dem, individer eller icke, vilka äro utrustade med den makt, som är nödig för att dessa fakta skola producera rättssatser.¹ Men här springer genast och starkt i ögonen den bristande överensstämmelsen mellan *Bergbohms* lära och verkligheten. En blick på ett vilket som helst lands prejudikatsamling visar ju omedelbart, att den »objektiva rätten» ingalunda *kan* vara på detta torftiga sätt begränsad. En våldsamt konstruktion måste uppenbarligen bli av nöden för att få det hela att gå ihop. Och den saknas icke. Till det sagda måste nämligen nu läggas *Bergbohms* framställning i en tidigare del av ifrågavarande arbete, varav skulle följa, att den *sålunda frambragta rätten vore utan luckor, absolut fullständig*.² De nyss antydda fakta — akter av lagstiftning i vidsträcktaste mening, även vissa prejudikat och andra »normativa» beslut — vore blott att betrakta såsom »*Zeugnisse des Rechts*». Man finge nu icke bedöma själva rätten blott efter dessa *Rechtszeugnisse* och för all del icke förväxla den *enskildes kännedom* om rätten, vilken kännedom städse skulle förbliva bristfällig, med den »*nie lückenhaften Rechtskörper selbst*». ³ Följden blir också, att domaren fattar sina beslut

»nicht nach seiner Privatmeinung, um die ihn kein Mensch gefragt hat, sondern in Gemässigkeit des bestehenden Rechts... Soviel präzises Recht, als der Richter braucht, *muss* also spätestens im Augenblick seines Spruches da sein, d. h. das *Recht* ist für ihn im entscheidenden Moment immer allseitig vorbestimmt, vollkommen lückenlos und in sich harmonisch, wenn er vorher auch noch so schwer mit der Unbestimmtheit, Lückenhaftigkeit und Disharmonie der *Rechtszeugnisse* zu ringen hatte, um die latenten Rechtssätze zutage zu fördern. Gestände er ein: das Recht reicht nicht aus, aber ich spreche doch so und so das Urteil, so würde er seinem Urteil die Eigenschaft

¹ »Kompetente rechtbildende Macht», jfr »Rechtbildende Kreise», s. 547 n. 10. Se även s. 547 n. 11 angående begreppet »*Rechtszeugnisse*».

² *Bergbohm*, a. a., s. 372—392.

³ A. a., s. 383.

eines juristischen Bescheides und sich selbst die eines juristischen Richters in der vorliegenden Sache absprechen. Wer aber einen Streit, und sei es auch ein Rechtsstreit, *schlichtet*, der funktioniert damit noch nicht als Richter, welcher *richtet* und zwar *nur* über Rechtsstreite und *immer* nach Rechtsgesetzen richtet». ¹

Allt detta utgör nu — man kan med bästa vilja icke komma ifrån det — den renodlade orimligheten. *Bergbohms* senare, förut här anförda, tal om betydelsen av dessa historiskt givna fakta synes blott tjäna till att täcka över hela den rent metafysiska tankegången. Trots alla protester mot den historiska skolans rättsmedvetande måste domarne, såvitt man kan se, enligt *Bergbohms* lära leva högt på detsamma. Det finns ingen möjlighet för en domare att logiskt eller analogiskt utnyttja »Rechtszeugnisse» på ett sådant sätt, att varje tänkbart fall kunde bli inrangerat därunder. *Bergbohms* framställning är i detta avseende högst mystisk. Den enskilda människans vetenskap om rätten skall städse förbli »lückenhaft». Icke desto mindre skall domaren alltid ha en »vollkommen lückenloses Recht» till sitt förfogande! Ty så mycket »precis» rätt, som i varje fall behöves, *måste* alltid finnas för *domaren*, senast i det avgörande ögonblicket. Detta går ju icke ihop med människans städse blott »lückenhafte» kunskap om rät-

¹ A. a., noten å s. 385. I texten å s. 390 ff. utvecklas, huru motsägelser inom rätten alltid endast äro skenbara. Vål kunna »Rechtszeugnisse» råka i konflikt med varandra. Men att »das Recht selbst gleichzeitig mehrere miteinander unverträgliche Antworten erteilen könne, ist jedoch unmöglich. Das Recht ist weder ein Aggregat von Gesetzen, unter denen Antinomien vorkommen, noch eine Sammlung von Meinungen, die einander widersprechen können, sondern ein in sich harmonisches System von imperativen Anordnungen.» A. a., s. 391. — Denna mystik angående »rättsordnings» absoluta motsägelsefrihet tillhör givetvis den positivistiska tankegången i allmänhet. Så utreder exempelvis *Somló*, Juristische Grundlehre, 1927, s. 381 f., att »Widersprüche kann es nur im Rechtstext, nicht aber in der Rechtsordnung geben. Die in den grammatischen oder Äusserungssätzen enthaltenen Widersprüche müssten daher bei der Normfindung beseitigt werden».

ten. *Bergbohm* framställer visserligen saken så, som om en jurist, åtminstone en domare, alltid hade två medvetanden, det ena som enskild person, det andra som jurist. Någon annan grund för en sådan åsikt kan dock icke utletas än *Bergbohms* och möjligen andra rättslärdas *påstående* därom. Ingen människa kan ju — varmed *Bergbohm* är fullt på det klara — känna den eller de »rättsregler», som vore att i varje tänkbart fall tillämpa. Alltså har icke heller en domare denna kunskap. Ty såvitt han vet något, har han städse denna vetskap endast och allenast tack vare sitt medvetande som människa. Likväl hävdar *Bergbohm* nu i de mest energiska vändningar, att en domare i ett visst ögonblick alltid *måste* kunna ha fullständig kunskap om en eller flera på förhand givna rättsregler angående det föreliggande fallet. Saken blir synnerligen mystisk. Denna allvetenhet, som skiljer domarepersonen från den enskilda personen, synes sammanhånga med en särskild självsuggestiv kraft, vilken tycks skola följa med själva domareämbetet såsom sådant. Domaren får nämligen icke *tillstå*, att rätten är ofullständig, utan måste helt frankt låta saken få skenet av, att han dömer efter på fallet klart tillämpliga rättssatser. Detta sken övergår på något mystiskt sätt till verklighet. Ja, sådan är *Bergbohms* framställning.¹ Näppeligen kan han dock mena något dylikt. Märkas bör dock, att *Bergbohm* i det gjorda citatet synes färdig att göra praktisk användning av sina egendomliga uttalanden. Han tycks på dem vilja bygga en distinktion mellan skiljedomare och rättsdomare. Man kan naturligtvis göra

¹ *Bergbohm* är naturligtvis icke den förste, som haft denna tro på »positiv rätts» fullständighet. Som bekant trodde Napoleon t. o. m. på sin code civils formella fullständighet. Och när en sådan tanke måste uppgivas av dess kommentatorer, inbillade sig dessa dock, att fransk »positiv rätt» var absolut fullständig, även om lagens formuleringar icke täckte allting. — Intresset knyter sig till *Bergbohm* i anledning av det *sätt*, på vilket han söker argumentera för sin ståndpunkt, särskilt hans förmenta tro att hava gjort rent hus med naturrätten.

en sådan distinktion, om man verkligen lyckas finna sådana skiljemärken för de båda begreppen, att dessa icke gå in i varandra. Nyttan för rättsvetenskapen av en dylik distinktion torde dock vara minimal. Säkert är emellertid, att *Bergbohms* kriterium för skillnaden mellan skiljedomaren och den verkligt juridiske domaren är av rent eterisk natur. — Att nu utröna vad han verkligen åsyftat med dessa underliga uttalanden blir särskilt svårt, när man ser dem mot hans intentioner att bygga på i erfarenheten givna fakta i stället för den naturrättsliga metafysiken. *Bergbohms* åsikt skall väl emellertid i bästa fall vara den, att, såsom *Hägerström* uttytt densamma,

»om också det yttre rättsmaterialet (die Rechtszeugnisse) framträder såsom fullt av luckor och disharmoni, så måste dock domaren utgå från dess idéinnehåll såsom utgörande ett inom sig fullt bestämt samstämmigt helt».¹

På annat ställe erinrar *Hägerström* om, hur *Bergbohm* dock härvid råkar i en fullkomligt destruktiv motsägelse med sig själv. Enligt *Bergbohm* måste *all* gällande rätt vara uttryck av lagstiftarens (den eller de makthavande personernas) vilja. Nu äro emellertid, såsom *Hägerström* säger,

»'Rechtszeugnisse' det enda auktoritativa uttrycket för lagstiftarens vilja. Man måste då härav draga den slutsatsen, att den för domaren gällande rätten ej kan vara identisk med lagstiftarens vilja.»²

Låt oss emellertid se bort från denna motsägelse hos *Bergbohm*. Under alla omständigheter skall dock domaren finna den i vart fall tillämpliga rättssatsen. Detta kan emellertid icke med *Bergbohms* ståndpunkt ske på annat sätt än genom utletande av den verkliga meningen i avseende å det föreliggande fallet hos den eller de makthavande personer (nedan

¹ *Hägerström*, Stat och rätt, 1904, s. 16.

² *Hägerström*, Till frågan om den objektiva rättens begrepp, 1917 s. 16 f. — Hur i *Bergbohms fantasi* det hela likväl kan tänkas gå i lås skall strax beröras (s. 38).

av mig för korthetens skull kallade lagstiftaren), vilka avgivit det eller de »Rechtszeugnisse», som kunna komma i fråga. Därmed kan man befara, att domaren får

»ett verkligt sisyfusarbete. Särskilt är detta i ögonen fallande, om lagstiftaren är en korporation. Ingenting alls hindrar, att till den bestämmande majoriteten av korporationen höra medlemmar, som ha alldeles olika syften med en lags antagande. Ja, är det otänkbart, att en eller annan icke haft någon mening alls om lagens innebörd i särskilda punkter? Naturligtvis går det ju alltid för sig till en viss grad att genom historiska undersökningar, däri inbegripet ren textundersökning, få kännedom om den mening med lagen, som lagförslagets upphovsman eller ett förberedande utskott eller enskilda inflytelserika medlemmar av den lagstiftande korporationen hade. Dock även detta blott i viss grad. Att märka är alltid att ofta lagstiftningen har sitt underlag i rättsföreställningar hos särskilda sociala klasser, som ge uttryck åt deras intressen. Dessa föreställningar, som påverka de i lagstiftningsarbetet deltagande, ha icke alltid den nödiga klarheten, instinktivt framkomna som de äro. Härtill kommer, att lagstiftningen ofta under moderna förhållanden ger uttryck åt en kompromiss mellan motsatta rättsföreställningar och därmed blir i avsaknad av en enhetlig tankeriktning. Emellertid äro ej heller de resultat, som på den angivna vägen kunna vinnas, tillfredsställande, såvitt det gäller den verkliga korporative lagstiftarens mening. Denna behöver på intet sätt vara identisk med vare sig lagkommissioners, utskotts eller enskilda medlemmars sätt att se saken. Det är därför oriktigt, om man betecknar en tolkningsmetod, som är historisk i den angivna meningen, såsom innebärande ett sätt att utforska lagstiftarens vilja. Liknande svårigheter yttra sig emellertid även, när lagstiftare är monarken ensam, åtminstone såvitt det gäller nutida komplicerade lagsystem. Hur skulle det vara möjligt, att exempelvis den ryske kejsaren ägde en klar föreställning om innebörden i alla detaljer av de lagförslag, som han gör till gällande lagar? Ett utforskande av ett lagförslags motiver hos lagkommissioner o. d. ger ej heller här verkligen kännedom om lagstiftarens vilja.»¹

Härtill må nu läggas, att dessa oöverkomliga svårigheter uppenbarligen resa sig emot utforskandet av lagstiftarens verkliga mening redan i avseende å sådana fall, som *kunna tänkas* ha föresvävat honom. Men metoden måste, om möjligt, te sig ännu absurdare i avseende å sådana fall, vilkas rela-

¹ Hägerström, Objektiva rätten, s. 17 f.

tioner till något lagstadgande äro så avlägsna, att det förnuftigtvis måste vara uteslutet, att de på något som helst sätt kunnat omfattas av lagstiftarens fantasi.¹

Den nu framställda kritiken visar emellertid hur falskt inriktad *Bergbohms* lära är. Själva grundläggningen i hans teori — betydelsen av »Rechtszeugnisse» — är nämligen rent chimärisk. Han tror ju, att dessa Rechtszeugnisse bero på maktutövning av vissa med den avsedda makten utrustade personer (lagstiftaren). I bakgrunden måste alltså ligga lagstiftarens vilja.² Och skall icke från första början teorien

¹ Jfr *Hägerström*, Objektiva rätten, s. 18.

² Hos *Bergbohm* måste det ytterst vara fråga om en rättsordningens vilja, som skall auktorisera de lagstiftande organen. Visserligen kunde det synas tvivelaktigt, hur han tänker sig »rättssatsernas» karaktär, om såsom imperativer eller annat. Å t. ex. s. 549 talas om en »Handlungen oder Verhältnisse (kurs. här) der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel» (ovan s. 31). I noten å s. 384 säges rätten leverera två slags element: Handlungsnormen den taibereiten und Anweisungen zur Konstruktion von Obersätzen zu Syllogismen den urteilssuchenden Menschen.» I enlighet härmed betraktas domaren som en efter rätten såväl befallande som »urteilende» person. Detta kunde möjligen tyda på, att *Bergbohm* betraktade *vissa* rättsatser såsom — på *Zitelmanns* sätt, varom nedan — berättigande och förpliktande omdömen. Omständigheterna tala dock häremot. I denna fråga dominerades, icke minst på *Bergbohms* tid, jurisprudensen av sådana teorier som *Thons*, *Bierlings* och *Bindings*, enligt vilka rättssatserna (enligt *Binding* dock blott de straffrättsliga) utgjordes av imperativer. Och något avstånds-tagande härifrån göres icke av *Bergbohm*. Han uttalar sig, a. a. s. 94, tvärtom med viss sympati om *Thons* och *Bierlings* behandling av rättens »imperativiska natur» och synes vara på det klara med att åtminstone »Gesetzesrecht» utgjordes av imperativer. Beträffande därutanför fallande »rätt» synes han på a. st. vilja lämna frågan öppen, dock med tendens åt, att även denna utgjordes av imperativer. Längre fram i arbetet konstaterar han faktiskt, att rätten är »ein in sich harmonisches System von imperativen Anordnungen», se ovan s. 33 n. 1. Beaktar man även i övrigt citatet här ovan (s. 29 ff.) från *Bergbohm* med dess likhetstecken mellan »positiv rätt» och »verbindliche Regel» eller »Norm», ävensom med dess självfallna förutsättning om »normativt innehåll» i »positiv rätt» och om rätten såsom »mächt-

sakna allt sken av rimlighet, så måste en senare lagstiftare anses med sin vilja uppehålla sådana lagar av en föregående, som icke upphävas. Dock måste väl *Bergbohm* — för att undgå disharmonien mellan olika 'Rechtszeugnisse' — mena, att den senare lagstiftaren beträffande uppehållandet av en föregående 'Rechtszeugnisse' blott presterar imperativer av sådant slag, att äldre Rechtszeugnisse komma i harmoni med den nuvarande lagstiftarens egna.¹ — *Bergbohm* tager icke upp till behandling frågan om rättighetsbegreppet. Han avvisar visserligen såsom naturrättslig tanken på oförytterliga »Menschenrechte» eller »Urrechte».² Men att han har den vanliga tron på tillvaron av rättigheter, sådana som äganderätt, fordringsrätt o. dyl., framgår av flera uttalanden.³ Det är ju också med *Bergbohms* åskådning helt enkelt nödvändigt, att hela rättssystemet upplöser sig i rättigheter och plikter, vilka skola hava sin grund i lagstiftarens utövade makt att sätta rätt, *väl att skilja* från den maktutövning, varigenom sedan rätten uppehålles. För denna senare maktutövning äro dessa, sålunda redan existerande, rättigheter och plikter grundläggande; d. v. s. denna maktutövning måste anses vara till just för att trygga rättigheternas och plikternas genomförande, vilka följaktligen måste ha sin tillvaro oberoende av maktutövningen ifråga. *Därmed ha vi då dessa på sig själva vilande rättigheter och plikter, konsekvent sålunda rättigheter och plikter i naturrättslig mening, d. v. s. det rena intet.* Gent

ger Willen besonderer Art» och lägger man det ena till det andra, blir resultatet, att *Bergbohm* skrivit sin bok i tanke, att verket fullt skulle rimma sig med utgångspunkt i hela rättens karaktär av ett system av imperativer, vilka dock såsom sådana blott kunde gälla för de därav berörda, de »handlingsberedda», under det att andra, bl. a. domaren, av rättssatserna hämtade ledning för bedömande av en situations rättsliga karaktär.

¹ Jag har i Förra delen, s. 62, erinrat om, att möjligheterna för juridikens konstruktörer att få sina konstruktioner att »gå ihop» äro outömliga.

² *Bergbohm*, a. a. s. 43, 169, 181, 210 m. fl.

³ T. ex. noten å s. 43 f.

emot *Bergbohm* behöver jag icke hänvisa till min i Förra delen framlagda kritik för verifiering av det orimliga i en sådan ståndpunkt. Ty det *Bergbohmska* underlaget för rättigheter och plikter, lagstiftarens maktfullkomliga vilja, måste ju, efter vad vi sett redan i detta sammanhang, vara obefintligt.¹ Kan ingen människa utleta denna vilja, då måste den givetvis även anses obefintlig såsom stöd för människors rättigheter och plikter.

Ytterligare belysning av oförnuftigheten i tanken, att rättigheter och plikter hade sin grund i positiv rätt.

Såvitt underlaget för rättigheter och plikter skulle utgöras av lagstiftarens imperativer, framgår dess nullitet f. ö. icke blott av frånvaron av alla imperativer utan jämväl därav att, såsom utretts redan av *Sigwart*,² imperativet blott är ett enkelt faktum. Imperativet utsäger intet som helst omdöme om, att jag befäller eller att du är befalld. Det är självt blott faktum och intet annat än ett faktum, som kanske erfarits av och möjligen berör den »befallda», kanske också icke. Sedan detta faktum är konstaterat, är hela saken uttömd. Därmed är det logiskt uteslutet att anställa någon analys. En sådan bleve innehållslös, ty det finns intet att analysera. Därför kan jurisprudence i sina imperativteorier givetvis icke nöja sig med konstaterandet av dessa blotta befallningssituationer, utan i desamma *insmyges omdömet* om en särskild effekt av imperativet, *omdömet, att adressaten är befalld* och om den sålunda befalldes plikt och annans häremot svarande

¹ Närmare om argumentationen härför nedan, omedelbart samt s. 62 ff.

² Logik I, 1 uppl. 1873, s. 17; 4 uppl. 1911, s. 18. — Se även *Hägerström*, Der römische Obligationsbegriff, 1927, s. 39 f. — Imperativets psykologiska innebörd och de inom rättsvetenskapen skedda misstagen i avscende därå hava emellertid på ett dessförinnan okänt sätt analyserats av *Hägerström*, Objektiva rätten, n:r 4—8. Denna *Hägerströms* framställning ligger till grund för bl. a. det omedelbart här nedan sagda.

rättighet. Därmed har man av ett *uppdiktat* imperativ producerat något helt utanför ett imperativ fallande, nämligen omdömena dels om en person såsom befalld och dels om dennes plikt och annans rättighet. Redan föreligga sålunda trenne misstag. Men därmed är ingalunda imperativteoriens meritlista fullständig. Ty denna teori hävdar, att »imperativet» skall medföra denna effekt, jämväl i händelse detsamma — om vi nu göra det falska antagandet, att dessa »imperativer» överhuvud existerade — *in concreto* måste vara obefintligt, d. v. s. obefintligt för den »befalldes», som vore i fråga. M. a. o. man låter också en sådan person, som icke uppfattat imperativet och sålunda icke rimligtvis kan sägas vara träffat av detsamma, detta oaktat bliva befalld och förpliktad genom detsamma. Naturligtvis gör imperativteorien icke heller någon skillnad mellan det fall, att den »befalldes» hela moraliska läggning står i rak strid med det »befallda» handlandet, och det fall, att så icke är händelsen. Men plikt förlorar all mening utan en *känsla* av plikt. Därav följer att i förra fallet vore det av detta skäl otänkbart, att en plikt skulle kunna uppstå såsom följd av »befallningen». Visserligen har jurisprudence här försökt att klara sig med införandet av »objektiv plikt». Men detta är en ren tanklöshet. Ty pliktbegreppet är orealiserbart såsom avseende något annat än *känslan* av plikt. Men att något är *objektivt*, det är just detsamma, som att det finns till oberoende av våra känslor.¹ Att tala om objektiv plikt blir därför detsamma, som att säga, att det som är subjektivt är objektivt, d. v. s. att något är den konträra motsatsen till vad det är. »Objektiv plikt» är därför blott en meningslös sam-

¹ Se *Hägerström*, Objektiva rätten, särskilt n:r 5. Också utan studiet av dennes ingående analys borde man kunna förstå, att plikt är logiskt utsluten från en teoretisk betraktelse, som oberoende av alla känslor endast konstaterar faktum såsom förhanden. M. a. o. för den som icke på något sätt påverkas i sin känsla av föreställningen om plikt, är denna ingenting. Jfr mina Föreläsningar I, s. 52.

manställning av ord, varav man icke bör låta lura sig, hur mycket den än kan tillfredsställa jurisprudensens blygsamma intellektuella renlighetskrav.

Därmed ha vi hos en och samma teori redan funnit icke mindre än fem från varandra skilda osanningar.¹ Först åberopades imperativet såsom av lagstiftaren givet historiskt faktum. Detta var falskt. Vidare troddes ett imperativ, när det nu skulle föreligga, utöver sin existens såsom faktum medföra, att adressaterna voro dels »befallda» och dels förpliktade samt följaktligen andra berättigade. Båda satserna äro ologiska. För det fjärde är det en särskild orimlighet att räkna med imperativet såsom grundlag för plikt hos en person, som icke hört eller uppfattat detsamma. För det femte skulle imperativet blott kunna alstra plikt hos en del av dem, som uppfattat detsamma, nämligen hos dem, vilkas moraliska habitus överensstämmer med lagstiftarens eller likväl är sådan, att lagstiftaren genom sitt bud hade förmåga att väcka moralisk respekt.

En mycket berömd författare, *Zitelmann*, hör emellertid till dem som taga avstånd från teorien, att rättsnormerna skulle vara imperativer. Åberopande *Sigwart*² framhåller *Zitelmann*, att imperativet innehåller »ein individuelles und unübertragbares Moment». Rättsnormerna kunde emellertid redan av den grund icke vara imperativer, att de skola ha *allmän* giltighet. Rättsnormerna vore omdömen, och förväxlingen berodde på en tillfällighet i språkbruket, som tilläte imperativet att, på ett föga korrekt sätt, omskrivas till ett omdöme (i stället för »döda icke!» säger man stundom »du skall icke döda!»). Att rättsnormen icke vore ett imperativ framginge därav, att rättsnormen alltid låte sig formuleras så: »du är förpliktad», under det att en sådan omskrivning av impera-

¹ Den involverar flera, vilka jag dock icke här skall beröra. Se dock nedan s. 195 ff., där jag ånyo, men utförligare berör dessa ting.

² Se ovan s. 39 n. 2.

tivet aldrig låte sig göra. I enlighet härmed skall varje rättsnorm vara

»ein Urteil, und das Eigentümliche hat dieses Urteil, dass die Synthese der Begriffe in ihm bloss deshalb gültig ist, weil der Gesetzgeber es will: der Gesetzgeber hat die Macht, durch seinen Willen dem Subjekt (Du) ein Prädicat (Verpflichtetsein) beizulegen, das dem Subjekt vorher nicht zukam; in dem Aussprechen der Norm vollzieht mithin der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Verknüpfung der Tatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urteil als verknüpft ausspricht.»¹

I sanning, måtte icke lagstiftaren ha en förunderlig kraft! Hans vilja skulle *realiseras* genom *uttalandet* av densamma! Omdömet, att ett visst predikat är förknippat med ett subjekt, skulle bli *sant*, därigenom att det *uttalades* av lagstiftaren! Detta är ju den rena ordmagien.² »Varde ljus! och si, det vart ljus.» — Att *Zitelmanns* lära icke innebär något avståndstagande från metafysiken i rättighetsföreställningarna är av det föregående givet. Därav följer också, att den historisk-positivistiska ståndpunkten icke kan upphjälpas på något sätt genom substituerandet av den *Zitelmannska* läran i stället för en imperativisk teori.

För fullständighetens skull må även erinras om, att lagstiftarens imperativer ofta (såsom vi sett hos *Windscheid*³) anses leda till uppkomst av rättigheter mot de »befallda» på det sätt, att rättighetshavaren får sin ställning genom *bemyndigande*

¹ *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, s. 222 f. Att lagstiftarens uttalande av rättsatserna enligt *Zitelmann* måste medföra en persons icke blott förpliktelser utan även rättigheter är ju uppenbart. Se f. ö. hans avhandling »Gewohnheitsrecht und Irrtum» i Archiv für civ. Praxis, N. F. Bd 16, s. 449: »Indem wir also von einem Satz des Rechts sagen, er gelte, stellen wir eine eigenthümliche Art seiner Wirklichkeit vor, die Wirklichkeit nämlich, dass überall, wo die von jenem Satz bezeichneten Voraussetzungen eintreffen, auch die von jenem Satz bezeichnete Folge — ein Berechtigter oder Verpflichtetsein einer Person — eintritt» (jfr a. st. s. 463).

² Se *Hägerström*, Objektiva rätten, noten å s. 129 f.

³ Se Förra delen, s. 70 f.

att utöva statens befallningsmakt mot de befallda. Gent emot en sådan konstruktion må utöver det sagda tilläggas, att den samma jämväl förbiser ytterligare en vansklighet, nämligen frågan varifrån detta bemyndigande skulle erhålla sin rättsliga effekt. M. a. o., man synes i denna konstruktion förbise, att den vilar på en rättskategori, bemyndigandet, vars grund i sin tur lämnas oförklarad. Jag förmodar dock, att den hit hörande jurisprudence icke skulle känna sig träffad av denna anmärkning utan anse sig ha svaret på fickan: kan lagstiftaren befalla, så kan han även bemyndiga. Men en sådan analogisering kan icke godkännas, icke ens ifrån jurisprudencens egen ståndpunkt i avseende å befallningen. Denna ståndpunkt innefattar, visserligen utan grund, såsom en särskild realitet, att människorna äro befallda och därmed *förpliktade*. Men en persons bemyndigande innebär, väl också utifrån jurisprudencens egen åskådning, att vissa personers handlingar erhålla särskild rättseffekt på grund av *dels* föreliggande fakta och *dels* (uppehållandet av) en rättsregel, enligt vilken dessa fakta komma personens handling att få den särskilda rättseffekten. Därmed uppstår då spörsmålet, varifrån denna rättsregel härleder sig, ett spörsmål som jurisprudencen hittills lämnat obesvarat. Låt oss emellertid återgå till den supponerade förklaringen — som väl skall involveras i en *Windscheids* åskådning — att lagstiftaren måste vara i stånd att bemyndiga, lika väl som han kan befalla. Därmed skulle såsom grund för rättsföreteelserna enkelt och lättfattligt ligga lagstiftarens maktfullkomlighet. Då borde emellertid den *Zitelmannska* ordmagien bliva rättsvetenskapens ständiga lösen, och det vore överhuvud meningslöst att begagna sig av några imperativiska omvägar.

Men låt oss för ett ögonblick se bort ifrån nu antydda kritik av möjligheten att fondera rätten i lagstiftarens vilja och ur en annan synpunkt granska innebörden i *Bergbohms* ståndpunkt. Låt oss räkna med — den visserligen

oantagliga — möjligheten, att vissa »Gemeinschaften» genom sina »Willensorgane und sonstige Instanzen» verkligen *ville* sätta rätt, *ville* meddela »Rechtszeugnisse», dessa »formella rättskällor». Hur skulle de likväl kunna besitta den nödiga *maktfullkomligheten* för att utgöra, såsom *Bergbohm* kallar det, »materiella rättskällor», om icke hela rättsmaskineriet tänkes uppehållet? De olika rättsreglerna bliva tomma ord, om de tänkas isolerade ifrån rättsorganisationen i det hela. Effekten av en nystiftad lag förutsätter i första hand, att denna införlivas med rättssystemet, d. v. s. att den såsom andra motsvarande lagar respekteras och iakttages av åklagare, domstolar, exekutiva organ och eventuellt andra myndigheter. Men detta i sin tur vilar på hela rättsmaskineriets uppehållande. Och detta uppehållande sker genom ett komplex av krafter, som sammanhåller själva den »Gemeinschaft», varom *Bergbohm* talar, och förutan vilken dennas »Willensorgane und sonstige Instanzen» icke hade någon existens.¹ Resonemanget hos *Bergbohm* innesluter sålunda följande cirkel: lagstiftarens maktfullkomliga vilja gör honom till kraftkälla för rätten; men maktfullkomligheten själv vilar på rätten! Jag tillåter mig upprepa, att denna anmärkning tillkommer utöver den nyss förut utredda logiska orimligheten i att överhuvud tänka sig rätten hava sin grund i lagstiftarens vilja.²

Några ord om andra rättspositivistiska åskådningar.

Austin.

Här kan vara platsen att till en början med några ord beröra den engelska rättspositivismens grundläggare *Austin*. I likhet med *Bergbohm* finner han den objektiva rättens kva-

¹ Jfr citatet från *Hägerström* nedan, s. 68 f.

² Ytterligare anmärkningar om *Bergbohms* lära nedan, s. 74 ff., s. 91 ff., s. 103 ff.

litet förutsätta en särskild, historiskt framträdande, maktfullkomlig vilja. Denna skall uppbäras av en eller flera *suveräna* personer.¹ *Austin* ser emellertid icke domarens ställning på samma sätt som *Bergbohm*. Visserligen betraktar han domaren såtillvida bunden av lagen, att han måste hålla sig inom dess skrankor. Men därinom skall domaren av suveränen vara bemyndigad att efter sitt eget fria omdöme avgöra i det enskilda fallet, alltså, såsom det heter, själv skapa rätt.² I *sak* råder därmed ingen avvikelse från *Bergbohm*. Den *Bergbohmska* fiktionen har blott ersatts av den *Austinska*. Ty att domaren genom sin prövning och dom skulle skapa rätt för det enskilda fallet är blott en mot *verkligheten stridande omskrivning* för, att han under trycket av allt sådant, som bildar vad man kallar hans ansvarskänsla, fäller ett avgörande, vilket i egenskap av dom får sina särskilda konsekvenser, m. a. o. att han dömer så gott han kan. Vad som sker från domarens sida är naturligtvis alldeles detsamma, vare sig man för det in under *Bergbohms* eller *Austins* kapp. Har man något sinne för de heterogena momenten i samhälls- eller rättsmekanismen,³ så inses, att *Austins* och efter honom hela den engelska doktrinens fiktion om domarens rättsskapande verksamhet är lika naiv som den kontinentala historiska positivismens tro på en lakunfri rätt. Men väl må det sägas, att den engelska jurisprudentens falska tro på »the judge-made law» har haft vissa konsekvenser. Och dessa konsekvenser, stärkandet av de engelska prejudikatens betydelse, ha förvisso varit nyttiga för rättsskipningen.

¹ »Every law or rule... is a command»... »Every positive law... is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons...» *Austin*, *The Province of jurisprudence determined* (2. uppl. utgiven av förf:s änka) 1861, s. 5 och s. 169. Liknande uttalanden på en mängd ställen hos *Austin*.

² *Austin*, *Lectures on Jurisprudence* (utg. av förf:s änka) 1863, II, s. 207, s. 216 f. »Lecture» 30 samt framför allt »Lectures» 37—39.

³ Se härom nedan citatet från *Hägerström*, s. 63 ff., samt mina anmärkningar s. 83 ff. och s. 91 ff.

Som redan nämnts, består rätten för *Austin* av befallningar, vilka åter äro förbundna med sanktioner (straff, skadestånd o. s. v.).¹ Det är genom dessa sanktionerade befallningar, som plikterna och därmed rättigheterna uppstå.² Sanktionerna skola vara *nödvändigt* förbundna med befallningarna. Blott därigenom uppstår plikten. Men detta går icke ihop. Ty enligt vad *Austin* uttryckligen säger — och annat vore ju svårt att konstruera ihop — medför blotta befallningen, att lydnaplikt uppstår för en person. Därmed blir plikten likaväl som befallningen en betingelse för sanktionen. Men enligt *Austin* skulle pliktens tillkomst vara beroende av sanktionen!

Hur »positivrättslig» *Austin* än må ha fattat sin rättslära, är den uppenbarligen intet annat än en lätt omstuvning av det gamla naturrättsgodset. Att »befallningarna» förläggas till »suveränen» som källa, i stället för att de skulle stamma från »förnuftet», är en tom omformulering, lika skild från verkligheten som den gamla förnufts-rätten själv. Självfallet blir hans *rättighetslära* en extrem typ för sådant, som i Förra delen visats vara genom sin verklighetsfrämmande karaktär ohållbart. Visserligen betraktar han icke rättigheterna såsom makter, men väl såsom något, förvärvat genom

»the might or power of another: that is to say, through a law and a duty (proper or improper) laid by that other party (åsyftas 'a sovereign government setting the law through which the right and the duty are respectively conferred and imposed') on a further and distinct party».³

Vad nu rättigheten skall vara för något, får man aldrig riktigt veta av *Austin*.⁴ För honom blir saken klar därigenom att varje rättighet

¹ *Austin*, Jurisprudence determined, s. 5 ff.

² A. a. s. 6, jfd med s. 143 f. Se även t. ex. s. 255 ff.

³ *Austin*, Jurisprudence determined, s. 256.

⁴ Såvitt jag funnit, har han icke preciserat saken närmare än att rättigheten skulle vara »that which jurists denominate 'a faculty': that which resides in a determinate party or parties, by virtue of a given law; and which

»rests on a relative duty: that is to say, a duty lying on a party or parties other than the party or parties in whom the right resides. And, manifestly, that relative duty would not be a duty substantially, if the law which affects to impose it were not sustained by might».¹

Bland orimligheterna i den framställda serien av sådana må nu nämnas följande. 1. Lagarna äro att fatta såsom suveränens befallningar. Falskt bl. a. därför att suveränen icke känner hela innehållet i lagarna.² 2. Genom sina befallningar pålägger suveränen personerna plikter, som dock skola betingas av sanktionen. Falskt dels genom vad som förut sagts om imperativ-åsiktens orimlighet; dels ock genom cirkeln: sanktionering av plikter, vilkas existens skall betinga sanktionering (se ovan, s. 46). 3. Genom dessa plikter uppstå korresponderande rättigheter, vilka »reside in a person» (ett både hos *Austin*³ och eljest i engelsk rättslitteratur vanligt uttryck). Bortsett från det oriktiga i pliktfantasien kan hänvisas till Förra delen, av vilkens 3—5 §§ framgår att varje spår av realitet är uteslutet från ett sådant rättighetsbegrepp.

Dessa imaginära rättigheter göras av *Austin* till föremål för den mest noggranna indelning alltefter »rättighetens» *föremål*, något som ju också, efter vad som framgår av Förra delen, ådagalägger att man är inne på ohållbara vägar. Jag vill icke undanhålla läsaren t. ex. följande *Austins* uttalanden:

»Of rights, *some* are rights *over* things or persons, or *in* or *to* things or persons. Others are not rights over things or persons, or *in* or *to* things or persons. All rights over things or persons, are of that class of rights which avail against persons generally, or (in other words) which avail against the world at large. — Of rights which are *not* rights over things or persons, *some* are of the class of rights which avail against persons generally. *Others*

avails against a party or parties . . . other than the party or parties in whom it resides», a. a. s. 257.

¹ A. a. s. 257.

² Se i övrigt härom det ovan, s. 36 f., s. 39 ff., och nedan, s. 62 ff., s. 91 ff. sagda jämte hänvisningar.

³ »All rights reside in persons». *Austin*, Lectures II, s. 31.

avail exclusively against persons certain or determinate, or against persons who are determined individually. — Where a right is a right over a thing, or (changing the shape of the expression) *in* or *to* a thing, I style the thing over which it exists the *subject* or *matter* of the right. I thus distinguish it from acts and forbearances, considered as the *objects* of rights. — Where a right is a right over a person, I also style the person over whom it exists the subject of the right. For, a person, considered from this aspect, is placed in a position resembling the position of a *thing* which is the subject or matter of a right. Considered from this aspect, he is not considered as invested with rights, nor is he considered as lying under duties or obligations. He is considered as the subject of a right which resides in *another* person, and which answers to duties or obligations incumbent upon *third* persons. — For example, the relation of master and servant implies two rights which are utterly distinct and disparate. The master has a right, which avails against the servant specially, to acts and forbearances on the part of the servant himself. The master has also a right *over* or *in* the servant, which avails against other persons generally, or against the world at large. With respect to the first of these rights, the servant lies under obligations answering to the right of the master. But with respect to the second of these rights, he is placed in a position resembling the position of a *thing* which is the subject or matter of a right. With respect to *that* right, he lies under no obligations. He is merely the subject of a right which resides in his master, and which avails (*not* against *himself*) but against *third* persons.¹

Intet förnuft kan utletas i sådana uttalanden. Allt är blott tomma konstruktioner, otänkbara utifrån annat än en naturrättslig åskådning. Dessa mina påståenden äro verifierade genom Förra delen, särskilt dess 3—5 §§, till vilka jag alltså ånyo får hänvisa. — Såsom i lika eminent grad skolastisk framträder *Austins* på annat ställe gjorda huvudindelning av rättigheterna inom »the Law of Things». De skola vara antingen »primary (or principal) rights» eller »sanctioning» (secondary) rights».² En »primary right» är t. ex. ägarens

¹ Lectures, II, s. 30 f.

² *Austin*, Jurisprudence determined, s. LXXV ff. Detta har blivit en mycket vanlig indelning av rättigheterna i England. Terminologien är dock växlande. *Holland*, Elements of jurisprudence, 13 uppl. 1924, s. 147 f., föredrager beteckningen »antecedent» och »remedial rights».

rätt i allmänhet till sin egendom,¹ en tjänares rätt till lön eller en köpares att få varan till sig utlämnad. De bestå oberoende av »deliktiska» handlingssätt av annan och äro sålunda givna »for their own sake».² Men om »äganderätten kränkes», om tjänaren icke får ut sin lön eller om säljaren underlåter att leverera varan, då uppstår för den »rättskränkte» en sanctio-ning (secondary eller remedial) rättighet gående ut på ersättning eller annat. — Tager man del av undersökningarna i Förra delen om realiteterna i den s. k. äganderätten och den s. k. obligationen, så torde grundfalskheten i detta *Austins* och hans efterföljares sätt att resonera utan närmare belysning framstå såsom uppenbar.³

Sådan är rättsåskådningen hos den engelska rättsvetenskaps alltjämt störste.⁴ Jag har angivit de grunddrag i *Austins* verk, som i min egen framställning i detta sammanhang ha största intresset. Jag har icke sökt framställa honom på något överdrivet sätt. Verket är faktiskt genomgående av samma halt, som framgår av nu meddelade citat och referat.

¹ En rättighet som »avails against the world at large» och vilar på en »common duty, a duty lying on the world at large», *Austin*, Jurisprudence determined, s. LXXX.

² *Holland*, Elements, s. 148.

³ Angående *Hollands* skiljande mellan antecedent och remedial rights (motsvarande *Austins* primary och sanctioning rights) se *Hägerströms* kritik, Objektiva rätten, s 148 f. noten.

⁴ »*Austins* Lehre von der Gewohnheit — und den anderen vermeintlich selbständigen Rechtsquellen — bezeichnet einen entscheidenden Wendepunkt in der englischen Quellentheorie. Es ist hier zum erstenmale ausgesprochen, dass der Richter, in seiner Eigenschaft als Organ des Souveräns, Recht schaffen kann und Recht schafft»; »*Austins* Werk wurde für alle nachfolgende englische Rechtslehre entscheidend. Besonders in zwei Punkten...»; »*Austins* Werk wurde für alle spätere englische Jurisprudenz entscheidend. Andererseits ist nach seiner Zeit auch nichts wesentlich Neues geschaffen worden. Man hat *Austin* nicht verlassen oder überwunden, ist aber auch nicht über ihn hinausgelangt... seit *Austins* Zeit ist ein entscheidender Rückgang erfolgt», *Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929, s. 95, 97, 98.

Med andra ord, det torde vara uteslutet att i hela verket finna något enda resonemang, hållbart inför sunt förnuft och utgörande annat än den mest genuina skolastik. Var god icke missförstå detta uttalande. Jag säger icke, att *Austin* saknade sunt förnuft, men väl att samtliga hans resonemang på grund av i dem inneslutna ohållbara utgångspunkter äro oförnuftiga. Jurisprudensen borde verkligen göra halt inför detta sakförhållande och reflektera däröver. Rättsvetenskapen är vetenskapen om förutsättningarna och formerna för de mänskliga individernas sociala liv och samhällenas liv med varandra. Det åvilar därmed jurisprudensen också ett socialt ansvar och det icke blott för gestaltningen av den egna nationens samhällsliv utan jämväl för utvecklingen av de internationella s. k. rättsförhållandena. Kan den verkligen stå likgiltig för, att rättsvetenskapen i England och hela det världsomspännande brittiska imperiet vilar på grundåskådningar, som kunna visas sakna varje direkt anknytning till sociala realiteter? Frågan leder genast till en ny: är det bättre ställt inom den övriga jurisprudensen? Jag skulle kunna besvara den frågan med en hänvisning till denna och vissa mina föregående rättsvetenskapliga skrifter. Men jag skall i stället besvara frågan med att anföra, hur en »modern» nordisk, här nyss citerad jurist av senaste datum bedömer *Austins* rättsvetenskapliga insatser. De betraktas såsom »ett stordåd, som skulle ha varit värdigt en *Kant*». *Austin* säges nämligen ha givit »ett kunskapsteoretiskt grundlag för läran om rättens positivetet». Detta skall han ha gjort genom sin rättsliga normlära, i vilken han tros ha skilt ut de etiska och konventionella normerna från de rättsliga och därmed kommit den engelska litteraturen att till stor del undgå de naturrättsliga förvirringar, som i hög grad besvära kontinentens rättslitteratur.¹ Det enda riktiga i dessa uttalanden är att kontinentens rättslitteratur är full av naturrätt. Men fattas naturrätt såsom i det hela identiskt

¹ *Ross*, a. a., s. 83, 97.

med rättslig vidskepelse, så tävla sannerligen *Austin* och den engelska rättslitteraturen¹ med den kontinentala om första priset såsom naturrättsdyrkare. De rättsliga normer, som *Austin* trots sig härleda från suveränen, är den rena fantasien. Vad värde har det att skilja sådana utanför verkligheten varande »normer» från »moralnormer»? Har *Austin* överhuvud på något sätt uppfattat *realiteterna* bakom sådana i och för sig tomma ord som vare sig rättsnormer eller moralnormer? Jag bestrider detta. *Austin* har icke en aning om det, som framdriver och uppbär vare sig den s. k. rätten eller den s. k. moralen; ej heller om det reella förhållandet mellan dessa båda.² Det »kunskapsteoretiska grundlag», som han skall ha lagt för »läran om rättens positivitet» får man nog under dessa omständigheter se sig om efter. Förutsatt naturligtvis, att kunskapsteori är något annat än fantasterier ins Blaue.

För fullständighetens skull må erinras om, att *Austin* rent av kommit att direkt influera på nutidens kontinentala rättsvetare. Så är *Austins* rättsteori exempelvis grundlaget för ungraren *Somlós* åskådning, vilkens »Juristische Grundlehre» synes vinna mer och mer beaktande i den rättslärdas världen.³ Ett ingående på *Somlós* »grundlära» efter vad som yttrats om ohållbarheten i grunden för *Bergbohms* och *Austins* läror skulle föra till — i förhållande till detta arbetes planläggning — alltför vittgående konsekvenser.⁴

¹ Se också min kritik av engelsk juridik i »Förberedande utredning... hyresrätten», 1923, noten å s. 12—18 samt »Superstition or rationality etc.», 1925, s. 75—96 m. fl. st.

² Se härom jämväl min framställning nedan angående det s. k. rättsmedvetandet. Grundläggande är här givetvis *Hägerströms* utredningar på skilda ställen till bevis för den logiska omöjligheten i antagandet av objektiva värden. Därmed höra *moralnormerna* till metafysiken.

³ *Somló*, *Juristische Grundlehre*, 2 uppl. efter förf:s död utgiven 1927, s. 33—37 m. fl.

⁴ Jag nöjer mig med att angående *Somlós* arbete citera följande uttalande av *Hägerström* i *Litteris*, 1928, s. 24 f.: »Der Verf. bemüht sich nicht

Jellinek.

Positivismen i de riktningar, som jag nu nämnt, utmärkes därav, att rätten skall omedelbart härledas från den *personliga* högsta maktens i samhället vilja. Det finns även en rättspositivism, som vill basera rätten på en överindividuell vilja, de enskilda medborgarnes »samfällda» vilja. Visserligen härleder sig en sådan konstruktion från den gamla naturrätten ävensom från historiska rättsskolan och *Hegel*.¹ Den har emellertid också funnit användning under den positivistiska parollen: *staten* såsom källa för rätten. På mångt håll har man under denna paroll betraktat staten såsom identisk just med nyssnämnda överindividuella vilja. I förgrunden för en sådan rättspositivistisk åskådning träder den berömde *Jellinek*. Orimligheten i antagandet av en sådan samfäll vilja har utretts av *Hägerström*.² Detta är dock icke den enda ohållbarheten i *Jellineks* lära; snarare inledningen till en serie ohållbarheter i densamma. Bland sådana märker man framför allt den famösa idén om statens förmåga att genom sin vilja förplikta sig själv, en omöjlighet ofta påvisad, bl. a. särskilt klart av *Krabbe*.³ Hur genom alla i detta sammanhang uppkomna begreppsförvirringar hela *Jellineks* lära måste

einmal, ein wirkliches Subjekt der Imperative, insbesondere im parlamentarischen Staate, nachzuweisen. Ein *jeder* Imperativ, also nicht nur der rechtliche, wird als ein gültiges, empirisches Sollen einschliessend betrachtet, und zwar sogar unabhängig davon, ob er den Adressaten erreicht hat! Natürlich ist die sprachliche Form des Imperatives, die immer ein Du musst! sein kann, der Anlass dieser eigentümlichen Theorie über ein Sollen als mit dem Imperative empirisch gegeben. Eigentlich würde ja freilich nach einem solchen Raisonement der Tierdresseur ein für die Tiere geltendes empirisches Sollen durch seine Imperative schaffen! Die ganze Schrift ist eine Sammlung von Absurditäten.»

¹ Se *Hägerström*, Vilja?, s. 174.

² Vilja?, s. 175—183.

³ Die Lehre der Rechtssouveränität, 1906, s. 6 ff. — Se emellertid även *Hägerström*, Objektiva rätten, s. 131 ff., samt i *Litteris*, 1928, s. 20.

bli rent kaotisk giver *Hägerström* följande starkt koncentrerade bevis för:

»Å ena sidan talas det om, att statsorganen bindas av statsviljan, därigenom att den i lagen befäller de henne tjänande personerna att gestalta sin organvilja enligt lagen, Allgemeine Staatslehre, sid. 478. Å andra sidan är just denna organernas bundenhet en statsviljans bundenhet genom sig själv, emedan den senare finnes i organviljan, p. a. st. Den ifrågakommande statsviljans självbindning hänföres nu å ena sidan på den Kantiska avtonomien såsom grundande förpliktelse, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892) sid. 185, och Allg. Staatsl. sid. 480. Å andra sidan ställes den i analogi med självbindning genom löfte utan löftesaccept i privaträtten, System p. a. st. och Allg. Staatsl., sid. 370. Här är lätt att söndra ut ej mindre än tre olika betydelser, i vilka »statsviljans bundenhet» tages. 1. Såvitt den är till i och med statsviljans befallningar till sina organer, betyder den blott, att vissa personer i staten äro föremål för vissa befallningar. 2. Såvitt dock därvid verkligen tillika tänkes på statsviljan själv såsom bunden och detta förklaras genom hänvisning på avtonomien i Kantisk bemärkelse, som här fattas som ett statsviljans befallande av sig själv, betyder bundenheten verklig förpliktelse, men konfunderad med den skenbara förpliktelse, som ligger däri att vara föremål för befallning. Dels visar hänvisningen på *Kant*, att ett verkligt böra är föreställt, dels följer av förbindelsen med självbefallningen, att tillika något annat än detta att vara föremål för befallning måste vara tänkt. Just till *den* föresats, varpå självbefallningen vilar, skulle statsviljan vara förpliktad. Förpliktelsen kan då icke bero av självbefallningens faktum (Se texten!). 3. Såvitt bundenheten ställes i analogi med löftesgivarens bundenhet vid det avgivna löftet, är den rent fattad som förpliktelse i egentlig mening. Sätillvida vilar den ju ej alls på statens befallning utan på en över staten stående regel, som binder vid löftet. Denna regel måste, då statsmakten själv fattas som den enda i rätten befallande och därmed plikt begründande makten, vara tänkt som en objektiv norm i naturrättens mening. Kuriöst nog ser det ut, som om förf. på anförda ställen ville giva sitt upptagande av den naturrättsliga regeln större pondus genom hänvisning till, att densamma verkligen gäller i den *positiva privaträtten*. Den är 'von Altersher anerkannt!' Såsom jurist stöder man sig naturligen på *positiv* rätt! Jfr *Krabbe*, Die Lehre der Rechtssouveränität, sid. 8. — Dessa tre betydelser framtråda nu var för sig vid olika yttranden, men utan att förf. tyckes ha förståelse för, att det är fråga om skilda idéer.¹

¹ *Hägerström*, Objektiva rätten, s. 133 f. noten.

Angående vissa andra egendomligheter i *Jellineks* lära får jag också hänvisa till *Hägerströms* analyser.¹ Dock vill jag i avseende å den fråga, som i min framställning har särskilt intresse, nämligen den om »rättigheter», framhäva ett par särskilt anmärkningsvärda punkter i *Jellineks* lära. Hos t. ex. *Austin* uppstodo rättigheterna såsom korrelerat till de genom suveränens befallningar alstrade plikterna. Visserligen är det nu också för *Jellinek* så, att (stats)viljan utgör grundvalen för en persons rättigheter. Men dessa få sin konsistens ingalunda genom statens befallningar utan genom dennas *erkännanden*. Saken blir högst obegriplig. En mera ingående betraktelse, säger *Jellinek*,

»ergiebt, dass nicht das abstrakte, von allen socialen Beziehungen isolierte Individuum Träger der Privatrechte ist, sondern das Gesellschaftsmitglied, das vom Staate als Persönlichkeit anerkannt ist... Alles Privatrecht ist nur möglich auf Grund der Anerkennung der individuellen Persönlichkeit, näher gefasst durch Anerkennung bestimmter Qualitäten des Einzelnen, vermöge deren er in den Stand gesetzt ist, in seinem Interesse die Staatsgewalt in Bewegung zu setzen. Alle Privatrechte sind mit einem öffentlichrechtlichen Anspruch auf Anerkennung und Schutz verbunden. Daher ruht das ganze Privatrecht auf dem Boden des öffentlichen Rechtes.»²

Redan detta uttalande, isolerat bedömt, är motsägelsefullt. Rättigheterna skola vara förbundna med anspråk på statens erkännande. Detta innebär ju, att rättigheterna finnas till före statens erkännande av dem. Hur kan sådant rimma sig med, att den privata rättigheten blott är möjlig *på grund* av statens erkännande? Är erkännandet förutsättning för rättigheten, så kan icke rättigheten vara förbunden med anspråk på samma erkännande. — Anspråk på statsorganens skydd och dessas förpliktelse att giva sådant — vilket skall vara något för rättigheten väsentligt och överföra situationen från ett blott »rechtliches Dürfen» till ett »rechtliches Können»³ — skall

¹ Objektiva rätten, s. 138 f. noten samt s. 166 ff.

² *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3 uppl. 1914, s. 384 f.

³ *Jellinek*, System der subj. öffentlichen Rechte. 2 uppl. 1905, s. 46 ff.

emellertid i varje fall förutsätta erkännande från statsviljans sida.¹ Nu uppstår emellertid spørgsmålet, varför *Jellinek* för rättigheternas konsistens uppkonstruerar statens erkännande. Varför låter han icke saken ordnas genom statsviljans befallningar till sina organer att lämna rättsskydd, när han nu en gång tror på möjligheten av en sådan »Selbstverpflichtung»? — i stället för att införa denna särskilda kategori: statsviljans erkännande. Förklaringen kan näppeligen vara någon annan än den, att *Jellinek* med sitt resonemang tror sig slippa ifrån naturrättsliga element i sin åskådning. Ty befallningsståndpunkten skulle här vila på förutsättningen av existensen av något *rättsligt* såsom *föremål* för det befallda skyddet, av existensen sålunda av något, som *icke kunde vara härlett ur statsviljan* och följaktligen skulle ha gammal-naturrättslig grund. Därför gäller det, för all del, att tillse, att *också den* rättssituation, som skall vara *föremål* för statsskyddet, har sin kraft i intet annat än statsviljan. Därför tros den kunna skapas genom statsviljans *erkännande* av densamma. Är detta *Jellineks* mening, så har han dock lurat sig kapitalt. Ty jämväl ståndpunkten om statens erkännande måste ju förutsätta något av viss kvalitet, som har sin existens oberoende av erkännandet. Vad som helst kan ju icke vara föremål för statsviljans erkännande och därigenom bli rättigheter. Det måste alltså vara något, som i sig självt har en viss kvalitet, som erkännes av staten såsom rättighet. Därmed har man ju den rent naturrättsliga tron på objektiva eller absoluta värden, i full analogi med vad som kritiserats hos *Jhering*.² Möjligen blandar sig hos *Jellinek* med en sådan tro omedvetet idéen om, att staten genom sitt »erkännande» tillskapar något nytt, en idé analog med *Zitelmanns* föreställning om rättssatsens

¹ Jfr *Jellinek*, System s. 47.

² Se Förre delen, s. 88 ff. — Av *Jellineks* uttalanden angående rättighetsbegreppet, System der subjektiven etc., s. 42 ff., följer, att han överhuvud träffas av den kritik, som i Förre delen ägnats *Jherings* rättighetsbegrepp.

karaktär av ett omdöme, som blir *sant* blott och bart därigenom, att det härleder sig från lagstiftaren (jfr ovan s. 41 f.).

Jellineks åsikt om de enskildas rättigheter företer emellertid — helt naturligt f. ö. med hans allmänna förfalskning av realiteterna i rättsmaskineriet och förvirrade syn på detta — flera befängdheter. Lika orimligt, som det enligt det föregående måste vara, att individerna skulle bli förpliktade mot staten i kraft av dennas befallningar, lika orimligt måste det — även enligt *Jellineks* egen lära — vara, att staten skulle kunna bli förpliktad gentemot individerna genom sitt erkännande av dessas rättigheter. I och med att staten med berätt mod skulle åsidosätta sin »plikt» mot individerna skulle denna upphävas! Ty därmed upphörde ju erkännandet av individernas rättigheter, därmed också dessa själva och fundamentet för plikten. Detta pliktens upphörande med dess medvetna åsidosättande är f. ö. en logisk följd av grundtanken i hela *Jellineks* åskådning, nämligen att statens egen vilja skall vara grunden för all rätt, också för all rättsplikt. Man ser också, hur *Jellinek* för att undgå en sådan invändning nödgas giva sig in i ett resonemang, fyllt av dikt och motsägelse. För statens bundenhet gentemot individerna åberopas, att i varje statens rättssats inneslutes en *tillförsäkran* åt individerna, att rättssatsen under sin giltighetstid också förpliktat staten själv.¹ En sådan tillförsäkran har dock ett mycket mystiskt ursprung. Något i sinnevärlden framträdande uttryck för densamma kan ej spåras. Sådana, som konstruera statsmaskineriet på ett annat sätt än *Jellinek*, ha icke heller behov av denna tillförsäkran. Statsmaskineriet har emellertid fungerat, innan *Jellineks* och liknande konstruktioner sågo dagen. Denna »tillförsäkran» måste sålunda ha funnits av gammalt. Men hur skulle »statsviljan» kunna ha fallit på idén att »tillförsäkra», om den icke känt till *Jellineks* (eller annans) statsteori, enligt vilken en ifrågavarande

¹ *Jellinek*, Allg. Staatsl., s. 370.

»tillförsäkran» vore av nöden för statsmaskineriet? Under många tusen år skulle denna statsviljans »tillförsäkran» ha undgått de dödlige. Detta låter ju otroligt i beaktande av att »statsviljan» själv ju skall vara ett koncentrat av medborgarnes viljor. En tillförsäkran från »statsviljans» sida, för vilken ingen annan grund kan utletas, än att den behövs, för att vissa fantastiska rättskonstruktioner skenbart skola gå ihop, torde rättsvetenskapen kunna lämna åt sitt öde.

Men låt oss likväl för ett ögonblick antaga, att »statsviljan» verkligen avgivit en tillförsäkran till individerna om sin bundenhet gentemot dem. Vad vill nu *Jellinek* därmed vinna? Jo, denna tillförsäkran är visserligen icke accepterad av individerna, vadan bindande *avtal* mellan dem och staten icke föreligger. Men också ett ensidigt löfte kunde vara bindande. Sådant vore »schon dem Privatrecht nicht fremd», till bevis varför åberopas romarnes *pollicitatio* och *votum* (!) samt *Siegels* arbete »Das Versprechen als Verpflichtungsgrund». ¹ *Jellinek* åberopar sålunda till stöd för statens bundenhet gent-

¹ *Jellinek*, Allg. Staatsl., s. 370. — »Schon dem Privatrecht nicht fremd» — en underbar logik vid det förhållande att »das ganze Privatrecht» skall vila »auf dem Boden des öffentlichen Rechtes» (citatet å s. 54). De först citerade orden låta emellertid också i övrigt »tief blicken». Kan man överhuvud argumentera därmed, att något »icke är främmande för privaträtten»? Med »privaträtten» kan ju här icke menas något annat än rättsvetenskapens uppfattning av privaträtten. Men *det* kan dock icke vara något sanningskriterium för en sak, att denna ingår i rättsvetenskapens uppfattning! Vilka orimliga ting ha icke där haft och ha icke där alltjämt sitt hemvist? Kulmen nås dock, när man såsom argument för en tillkrystad konstruktion i tjugonde århundradet åberopar sig på de vidskepliga romarnes magiska föreställningar om *pollicitatio* och *votum*. — Till det i texten sagda kommer givetvis hos *Jellinek* den gamla vanliga rättsskolastiska naiviteten, att avtalet eller löftet enligt sin egen beskaffenhet hade rättsstiftande betydelse, d. v. s. att rättseffekten här skulle vara något annat än de i rättsmaskineriet genomförda tvångsreaktionerna mot löftesbrytaren och vad som därmed står i förbindelse. Se härom Förre delen, s. 129—161, jfda med s. 119 ff. ävensom nedan, s. 160—169.

emot individerna — *för att komma ifrån det orimliga* i antagandet av en sig själv förbindande statsvilja — en inom privaträtten förment gällande princip. Men statsviljan skall enligt *Jellinek* själv vara källan för *all* rätt, även privaträtten. Alltså: *Jellinek* förklarar statens rättsliga bundenhet gentemot individerna i följd av statsviljans utfästelse vara grundad på en utanför statsviljans sfär liggande princip — som dock själv skall hämta sin kraft från statsviljan!

Nyss nämndes att *Krabbe* på ett särskilt klart sätt uppvisat ohållbarheten i *Jellineks* statsviljeteori. Till undvikande av missförstånd måste dock meddelas, att *Krabbe* själv hamnar i rent naturrättsliga föreställningar. I stället för statsuveräniteten vill han uppställa rättens egen suveränitet såsom kraftkälla för rätten. Enligt *Krabbe* är rätten själv det enda, på vars grund man kan motivera tvångsreaktioner på människors handlingssätt. Men hur kan nu rätten utgöra en sådan grund? Jo, menar *Krabbe*, rätten har giltighet i sig själv »liksom varje annan etisk norm».¹ Därmed har *Krabbe*, långtifrån att giva en bättre förklaring än statspositivisterna, uppgivit allt försök att giva någon förklaring. Vad han framför är blott den gamla naturrättsliga tron på absoluta normer och absoluta värden.²

Kelsen.

En positivism av särskilt subtilt slag påträffar man i den s. k. Wienskolan, vars mest kända namn är *Kelsen*. Denna skola karakteriseras genom sin öppet deklarerade och metodiskt använda princip, att rätten såsom sådan tillhör en annan verklighet än den naturliga, av orsakslagar bestämda världen.³ Meningsdifferenserna inom skolan sakna för mina utredningar och vad jag med dem vill visa allt intresse. Det är i detta avseende fullständigt likgiltigt, huruvida det, som

¹ *Krabbe*, Die Lehre der Rechtssouveränität, s. 95.

² Se, ang. *Krabbe*, *Hägerström*, Vilja?, s. 208 f.

³ Det orimliga häri skall utvecklas i kritiken av *Walz*, nedan s. 282 ff.

skall utmärka denna rättsliga verklighet, består i ett absolut »böra» (*Kelsen*) eller består i ett sammanhang, vilket visserligen i och för sig tillhör idealvärlden men likväl för att få reell betydelse måste träda fram i sinnevärlden (*Sander*). Oberoende av en sådan meningsolikhet blir för Wienskolan rättssatsen ett omdöme om ett sammanhang emellan ett visst handlingssätt och ett tvång gentemot den handlande. D. v. s. efter denna åskådning har rättsplikten den innebörd, att underlåtelsen att handla på visst sätt medför tvång, vare sig nu nödvändigheten av tvånget fattas såsom given genom blotta »börat» och således är oberoende av om det verkligen realiserats eller icke, eller man fattar såsom något väsentligt för saken, att tvånget i verkligheten kommer till genomförande. Frågar man Wienskolan, huru detta i rättssatsen inneslutna omdöme kan ha den nödiga effekten, så är det visserligen sant, att den icke råkar i just samma penibla situation, som förut påvisats i avseende å t. ex. *Zitelmann*. Wienskolan undandraget sig all dylik kritik genom sin deklaration: vi äro utanför den naturliga verkligheten, vi befinna oss i rättsens därifrån skilda värld. Invändningar grundade på den naturliga världens logik kunna därför betraktas som luft! Så enkelt blir det. Summariskt är Wienskolas lära praktiskt taget följande. En dom gäller i exekutionsavseende på grund av att domen (en underordnad rättssats för det enskilda fallet) utgör ett rättsligt »böra»-omdöme. Dettas giltighet åter beror på »böra»-omdömet i en i allmän lag liggande rättssats. Detta omdömes giltighet åter beror på ett »böra»-omdöme i grundlagarna. Men varpå grundar då detta senare »böra»-omdöme sin kraft? Här nödgas man nu till antagande av en ytterst, i bakgrunden liggande norm, en grundnorm bärande upp det hela.¹ Detta är ju den rena metafysiken, som

¹ Se till det sagda *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, s. 6 ff., samt Allgemeine Staatslehre, 1925, t. ex. s. 105 och s. 102 ff. — *Sander* bestrider visserligen antagandet inom rätten av grundnormen

icke kan på något sätt upphjälpas med talet om att vi skulle befinna oss på den rättsliga verklighetens, från den naturligas skilda mark. Ty sådant tal är ju självt intet annat än metafysik, en särskild slags metafysik, vartill man drivits genom en icke tillräckligt djupgående kritik av de vanliga naturrättsliga läro- rorna. Det finns ingen anledning att icke beteckna Wienskolans metafysiska åsikt såsom naturrätt. Ty den är, som sagt, resultatet av en kritik, som icke förmått göra rent hus med den naturrättsliga metafysiken. Visserligen skiljer sig nu den av Wienskolan framgående grundnormen från vanliga naturrättsliga normer därutinnan, att den icke skall ha något verkligt innehåll utan blott vara av rent formell art. Den skall blott och bart angiva de omständigheter, under vilka en viss person eller församling av personer är i stånd att genom bestämda akter åstadkomma regler, som bestämma ovan antydda ideella sammanhang mellan vissa handlingar och tvångsreaktioner. Vill man av sådan anledning icke kalla Wienskolan naturrättslig, så må man låta bli. Dess orimliga karaktär förändras icke med ordvalet. Denna grundnorm såsom i sig själv gällande är ju intet annat än ett godtyckligt, naket påstående. Därmed störtar hela läran samman, såvida man icke vill nöja sig med att direkt påstå, att den s. k. positiva rätten, sådan den föreligger i grundlagar, andra lagar och förordningar samt domar, har övernaturlig grund.

I Wienskolan får »positivismen» — såsom en konsekvens av rättens förflyttande ur den naturliga världen till en rättslig sådan, ur det naturliga »varats» värld till »börats» eller ett ideellt »varas» — i själva verket den betydelsen, att allt hänsynstagande till realiteterna i samhällslivet blir något, som

ifråga; se t. ex. hans *Staat und Recht*, 1922, II, s. 1138 ff. *Hägerström* på- visar dock, i *Litteris* 1928, s. 83, att detta *Sanders* bestridande icke går att förena med hela hans åskådning, vilken logiskt måste förutsätta en grund- norm »im rechtslogischen Sinne».

fullständigt faller utom rättens och därmed rättsvetenskapens rāmärken. Till rättsvetenskapen hör den torra redogörelsen för lagarna, sådana de *verbaliter* finnas, ävensom (enligt *Sander*, men givetvis icke enligt *Kelsen*) för lagarnas faktiska tillämpning. Men frågan angående metoder för lagars tolkning, hur en lag *är att* tillämpa, faller enligt denna skola utanför rättsvetenskapen.¹ Under sådana förhållanden blir det

¹ I stället för ett närmare ingående på Wienskolans subtiliteter hänvisar jag till *Hägerströms* destruktiva kritik av *Kelsens* arbeten i *Litteris* 1928, s. 20—40, s. 81—99. Det är särskilt *Kelsens* »Allgemeine Staatslehre», 1925, som där behandlas. Men även hans »Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», 1911, samt »Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», 1920, äro beaktade. Jag avtrycker i anslutning till det i texten sist sagda följande uttalande av *Hägerström* a. st. s. 29 f.: »Wenn man nun fragt, was als Ergebnis aus *Kelsens* Ablehnung der unwahren Behauptungen der üblichen Rechtstheorie entspringt, so findet man zwar, dass er keine unrichtigen Auskünfte über soziale Tatsachen gibt, aber dass er auch gar nicht in diese Gefahr geraten kann, weil die Rechtswissenschaft nichts mit der natürlichen sozialen Wirklichkeit zu schaffen haben soll! Der Rechtssatz ist ja für ihn ein Urteil betreffs eines übernatürlichen Seins, das jedoch in der natürlichen Wirklichkeit — wenigstens nach der Konsequenz der Anschauung — ganz realisiert sein soll. Dies aber ist ein absurder Gedanke. Ja, der übernatürliche Rechtszusammenhang kann nicht einmal als neben der Natur bestehend gedacht werden. Denn jede Kenntnis von Realität ist nur durch Beziehung des Gegenstandes auf einen Zusammenhang möglich. Aber der übernatürliche und der natürliche Zusammenhang können als toto genere verschieden nicht in *ein* System eingeordnet werden. Also: soweit ich den einen auffasse, existiert der andere nicht für mich. Aber wenn der Jurist als solcher von dem natürlichen Zusammenhang abstrahieren muss, kann man fürchten, dass die Rechtssätze, die er darstellt, allzu leer sein werden. Zum Beispiel kann er nicht über Rechtsgeschäfte als Rechtsfakta reden, weil das jeden Sinn verliert, wenn man keinen natürlich-kausalen Zusammenhang voraussetzen darf. Auch kann er mit keinem Sinn über Strafe reden, weil eine 'Strafe', die keine infolge natürlich-kausaler Zusammenhänge eintretenden Wirkungen hat, nicht als Strafe bezeichnet werden könnte. Er muss wahrlich nach *Luft* schnappen!». — *Hägerström* behandlar i sin ifrågavarande kritik utom *Kelsen* bl. a. också dennes både lärjunge och motståndare (inom Wienskolan) *Sander*, s. 27, s. 81 ff.

särskilt ointressant att undersöka, om och på vad sätt Wien-skolan kan laborera med rättighetsbegreppet. Skolan har ju — hur än därmed förhåller sig — avskurit möjligheten för sig att syssla med de realiteter, som, efter vad i Förra delen utretts, ligga bakom det, som man föreställer sig med rättigheter.¹

Uttalanden av Hägerström.

Jag har härmed berört några i detta sammanhang särskilt intressanta punkter i jurisprudentens uppfattning om rättigheter och skyldigheter såsom havande sin grund i rättsordningens eller lagstiftarens maktfullkomliga vilja. Nyanse-ningar och variationer finnas givetvis i rikligare mängd än det föregående kunnat antyda. Visserligen torde av vad som redan sagts tillräckligt tydligt framgå, att *varje* teori om en vilja i bakgrunden för rättsinstitutionerna endast är ett fantiserande i det blå. Men med kännedom om den härskande jurisprudentens metod att, ansatt på en *viss* punkt, städse söka sig nya stödjepunkter ur ett — på grund av källans kvalitet: i fantasien fabricerade konstruktioner — aldrig sinande material, torde det vara nödvändigt att här så eftertryckligt som möjligt stryka under följande: *allt tal om någon enhetlig makt eller vilja såsom uppstående rättsmaskineriet i ett samhälle har faktiskt för snart halvtannat decennium sedan efter på djupet gående undersökningar visats sakna stöd i vår hittillsvarande erfarenhet.* Rättsreglerna

»verka i det moderna samhället genom en komplex av psykiska krafter däri. Ex. en efter faktiskt rådande rättsregler tillkommen 'lagstiftningsakt' skapar ny rätt. De därtill enligt likaledes rådande rättsregler bestämda personerna ex. domarna tillämpa den. Här verkar dels det ömsesidiga trycket, dels också den allmänna plikt känslan gentemot det det allmänna samhället organiserande och de särskilda organernas verksamhet reglerande rättssystemet. Det är naturligtvis orimligt att behandla denna rättsreglernas kraft såsom en verklig vilja, som påbjöde det eller det handlandet, förbjöde annat. Visst verkar hos *lagstiftaren* vissa samhällseliga intressen — även klassintressen komma

¹ I slutet av häftet beröras några andra rättspositivister.

med — och därför kan man naturligen vid varje lagtolkning fråga efter det intresse, som framdrivit lagen. Men detta bakom rätten liggande intresse är ju blott ett hos de med kraften att sätta ny rätt utrustade personerna verkamt motiv, som omöjligt kan betraktas som en särskild bjudande person.»

Detta är *Hägerströms* uttalande.¹ Och den närmare utredningen för riktigheten i densamma har han presterat i den förut ofta nämnda avhandlingen »Är gällande rätt uttryck av vilja?»² Den sålunda uppställda frågan har han besvarat med nej. Och det har skett på ett sätt, som, så vitt jag kan förstå, varje vetenskapsman måste erkänna vara bindande. Därmed har ett nödvändigt underlag icke blott för den både här och annorstädes förhärskande civiljurisprudensen utan jämväl för gängse straffrätts- och statsrättsvetenskaper blivit i grund förintat. Inom vår juristvärld synes man emellertid icke alls ha någon kännedom om, att *Hägerström* här *avlivat varje ledande tankegång*, varmed dessa viljeteorier uppehållits.³ Detta kan möjligen delvis bero på, att hans framställning icke i separatträck varit tillgänglig i marknaden. Jag tillåter mig därför här avtrycka ett parti ur skriften i fråga, varest *Hägerströms* utredning erhållit särskilt stor betydelse för mina egna framställningar. Partiet ifråga har följande lydelse:

»Det torde nu också vara så, att det ideliga talet i modern rättsvetenskap och rättsfilosofi om 'statsviljan' såsom rättens subjekt icke hänför sig till något annat än rättens inom samhället verksamma realisationskraft. Säkert är, att den samhällets originära härskaremakt, som skall vara utmärkande för statssamhället, icke är något annat. Ett visst system av handlingsregler,

¹ Naturrätt i straffrättsvetenskapen? i Sv. J. T. 1920, s. 340. Detta uttalande bör sammanställas med citatet från *Hägerström* ovan s. 36.

² Det rent negativa i ämnet kan möjligen på sitt sätt sägas ha varit förberett av *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911. Men denna förberedelse har givits på ett sådant sätt, att — såsom vi redan sett — i stället för den gamla läran om rättens natur inskjutits en annan, om möjligt ännu befängdare.

³ Se t. ex. *Undéns* framställning i Juridik och Politik, 1927, s. 11—15.

som refererar sig till en viss människogrupp, kommer genom inom gruppen själv verksamma krafter till användning från särskilt bestämda personers sida. Därmed och blott därmed 'styr' samhället sig självt. När man talar om stats-samhällets 'suveräna organer', så är det i verkligheten icke fråga om annat, än att vissa regler för högsta maktutövning komma till användning från därtill bestämda personers eller personkomplexers sida på grund av inom samhället verksamma krafter. Och maktutövningen själv består endast däri, att på visst sätt avgivna förklaringar från 'de suveräna organens' sida på grund av förhandenvarande reglers kraft själva framställa regler, som framför alla andra försök att bestämma över förhållanden inom samhället komma till genomförande förmedelst tillämpning från därtill bestämda personers sida. Vad betyder exempelvis den maktutövning, som äger rum från 'de suveräna organens' sida, i det att en privaträttslig lag stiftas? Naturligtvis hänger dess genomförande ytterst på domarnes användning av den samma i tvistefall. Sker icke detta, betyder icke lagpublikationen mer, än att vissa satser blivit publicerade på visst sätt såsom utgångna från den s. k. lagstiftande myndigheten till allmänhetens begrundande. Någon verklig maktutövning äger ej rum. Men om nu verkligen domarne tillämpa lagen och sålunda verklig maktutövning sker, vad innebär det annat, än att lagen såsom led i det kraftägande regelsystemet, vilket den blir såsom reguljärt publicerad lag, kommer till verklig tillämpning på grund av samma krafter, som i det hela uppehåller detta system? — När det säges, att *staten* bygger järnvägar, förvaltar postväsendet, organiserar en armé etc., är realiteten, som ligger bakom utsagon, endast följande. Av det kraftägande regelsystemet till högsta reglering med avseende å den ifrågakommande människogruppen bestämda personer eller personkomplexer, 'suveräna organer', avgiva med iakttagande av vissa regelbestämda former förklaringar med ett visst ideellt innehåll rörande byggandet av järnvägar etc. Dessa förklaringar innebära tänkta handlingsregler, som hänföra sig till bestämda personer, 'underordnade statsorganer'. Reglerna ifråga ingå som leder i det grundläggande regelsystemet på grund av de till detta självt hörande principerna. De komma så till verkställighet genom tillämpning från de därtill bestämda personernas sida på grund av de krafter, som i det hela upprätthålla regelsystemet.

Är det nu möjligt att betrakta rätten som ett system av imperativer och viljedeklarationer utgående från 'statsviljan' i betydelse av viljan hos den inom en viss människogrupp förefintliga kraft, som uppehåller ett till gruppen sig hänförande regelsystem av förut angiven art? Undersöka vi närmare den ifrågavarande kraftens natur, visar den sig emellertid som en synnerligen mystisk vilja. Allehanda momenter av skiljaktig natur ingå i själva verket som komponenter i denna kraft. Vi taga som exempel det ofta förekommande för-

loppet vid grundläggningen av en författning. En 'konstituerande' församling proklamerar en viss författning. Är det nu denna församlings överlägsenhet i fysiskt och psykiskt avseende, som skänker den sålunda proklamerade författningen dess kraft? Visst icke. Ser man bort från sådana faktorer som folkets vana att foga sig efter dekret, som uppträda med anspråk på auktoritet, och föreställningar om den ifrågavarande församlingens berättigande att här bestämma, omöjliggör man för sig begripandet av det faktiska förloppet. Av särskild betydelse är väl i sådana fall, att armécheferna stödjade den dekretande myndigheten. Men deras betydelse beror i sin ordning på sådana krafter som arméorganisationens styrka, vilka åter låta reducera sig till i vana övergången lydnad. Fråga vi så efter den kraft, som vanligen skänker den en gång givna rätten dess bestånd, blir svaret en provkarta på allehanda heterogena faktorer: rättsmedvetande, klassintressen, den allmänna benägenheten att foga sig efter förhållandena, fruktan för anarki, brist på organisation hos den missnöjda delen av befolkningen och icke minst den nedärvda vanan att taga hänsyn till vad man kallar gällande rätt etc., jmf. här till *Klein, Die psych. Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung*. 1912, sidd. 24 ff. Man kan här icke ens tala om, att hos den enskilde samhällsmedlemmen en verklig vilja till att böja sig under rättsreglerna, bestämd av sådana faktorer, skulle ha avgörande betydelse. Här verkar alltför mycket sådant som vana och föreställningen om det naturliga i att taga hänsyn till bestående rättsregler och utlöser hos folkets massa handlingar, varigenom rätten uppehålls, utan mellankommande vilja. Men om man nu också skulle erkänna, att en sådan vilja hos massan är den väsentliga faktorn, är det orimligt att tänka, att en enhetlig riktning på rättens uppehållande skulle vara den bestämmande kraften. Om var och en för sig önskar foga sig efter rätten, så innebär detta ingalunda en enhetlig vilja hos individerna med gemensamt ändamål som enhetspunkt. Det är ingalunda sagt, att därför de särskilda viljorna äro gemensamt riktade på rättens uppehållande i det hela (se ovan!) Det må erkännas, att i vissa fall verkligen en enhetlig riktning på uppehållande av den bestående rättens grundvalar kan vara förhanden och då naturligtvis får betydelse som verkligt rättsuppehållande kraft. Men under moderna förhållanden är i normala fall alls ingen sådan vilja för handen. Hela lager av befolkningen äro intresserade för revolutionär ändring av rättens grundvalar, fast intresset ej utlöser sig i handling på grund av vissa hämmande faktorer. Andra folkager äro indifferent eller ha överhuvud icke sin reflektion inriktad på frågan om värdet av rättens bestånd. Men trots denna splittring består dock rättsordningen utan allt för stora rubbningar i det särskilda samhället på grund av samverkan mellan faktorer av den förut angivna arten. För övrigt är att märka, att om

också en enhetlig riktning på uppehållande av en viss rättsordning är förhanden i ett samhälle, så torde det kunna sägas, att denna viljeriktning icke är i stånd att ensam för sig giva stadga åt en rättsordning. Skulle alla sådana faktorer som nedärvd vana att följa bestående rätt och beroende av trade-rade föreställningar om rättens helgd falla bort, skulle helt säkert ett aldrig så enhälligt beslut att uppehålla en viss rättsordning ej kunna genomföras. Åtminstone är det omöjligt att på historiska exempel stöda möjligheten av en så enhetlig rättsuppehållande kraft, emedan alltid faktorer av nu nämnd art ha varit i spelet. Det torde av det anförda framgå, huru oerhört konstruktiv *G. Jellineks* och andras framställning av statsmakten, h. e. rättens realisationskraft såsom under *alla* förhållanden *väsentligen* fotad på en samhällsmedlemmarnas samfälliga riktning på ett visst ändamål i själva verket är. — *Elzbacher*, *Über die Rechtsbegriffe*, 1900, sidd. 27 ff., behandlar rättsnormen såsom 'eine Norm die darauf beruht, dass Menschen ein Verhalten innerhalb eines sie selbst umfassenden Menschenkreises allgemein beobachtet wollen'. Definitionen upptagen av *Salomon*, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, 1907, sid. 45. Här bestämmes även rätten genom hänsynstagande till dess realisationskraft. Men av denna har här blivit en enhetlig normvilja förhanden hos den ifrågakommande gruppen. Men rättsnormens kraft 'beror' aldrig blott av, att en viss kontingent människor inom gruppen vill dess allmänna iakttagande utan alltid även på många andra faktorer såsom vana, tröghet, traderade föreställningar etc. Den ryska rätten beror visst icke *blott*, såsom *Elzbacher* säger sid. 29, därav att en viss kontingent ryssar vill, att vad zaren vill, nu också blir genomfört, utan till stor del även av sådant som religiösa föreställningar om härskarens person, massornas indolens, armé-disciplin etc.

Då man nu av det här framställda kraftkonglomeratet gör en enhetlig vilja och med dennas tillhjälp definierar rätten, så är det uttryck för den allmänna antropomorfieringstendensen, som här liksom ofta föranleder fiktiva föreställningar inom vetenskapen. Dock finns det för denna uppfattning av en 'statens' vilja, som tager sig uttryck i rätten, ett berättigat underlag. Såväl med hänsyn till grundvalarne som till sekundära regler ger rätten till stor del åtminstone uttryck åt intressen. Därför är också frågan efter avsikten, meningen med en lag berättigad. Men felet ligger däri, att man härvid tänker på en enhetlig vilja, som för det första ordnade sina intressen efter en viss värdeordning och sedan handlade i enlighet med denna ordning. Sakförhållandet är i stället, att vid intressenas strid inom en samhällsgrupp komma särskilda intressen att taga sig uttryck i rättsformen. Det sålunda givna regelsystemet kommer så till realisation genom att en massa heterogena faktorer verka i riktning mot dess uppehållande, utan att ens någon enhetlig

vilja hos gruppen att i handlandet uppehålla det samma behöver vara för handen.

Emellertid skulle åskådningen i fråga trots sin ovetenskaplighet kunna betraktas som oskadlig, ja, den skulle kunna rättfärdigas, om det blott gällde att giva ett sammanfattande uttryck för det konglomerat av krafter, som samverkar till rättssystemets faktiska upprätthållande. Onekligen verkar detta konglomerat alldeles, som om en mäktig vilja uppställde vissa imperativer eller gåve uttryck åt vad den beslutit och så av egen kraft hävdade sin härskareställning eller brytande motståndet genomförde vad den en gång förklarat som sitt beslut. Sådan är nu visst icke teoriens mening. Men den skulle dock vara relativt oskyldig, om man icke lade den till grund för vinnandet av skenbart vetenskapliga satser med juridisk innebörd. Det händer, att man använder den förmenta statsviljan som måttstav för avdömandet av olika ursprungliga rättsskällors anspråk att göra sig gällande jämte lagen i egentlig mening sådana som sedvanan, lagens ande, förhållandets natur, billigheten. Man vill ofta avgöra denna fråga genom att söka bestämma 'statsmaktens' verkliga vilja i detta avseende. Det kan vara lämpligt att medelst några exempel från nyare rättslitteratur söka ådagalägga det betänkliga i sådana sätt att resonnera.

Enligt *Goos'* Foreläsningar over den almindelige Retslære I, sidd. 115 ff., 119 ff. och 135 äro de samhöriga rättsskällorna lagens ande och förhållandets natur att betrakta som erkända av den 'organiserede Samfundsmagten' eller 'Lovgivningsmagten', endast såvitt de behövas som accessoriska hjälpmedel i de fall, då lagen för att kunna användas måste fullständigas, eller ur lagen själv framgår, att ett visst förhållande anses stå under rättsregler, men dessa ej direkt genom lagtolkning kunna vinnas. Rättssedvanan åter såsom en rättsskälla jämte lagen är att betrakta som erkänd av samma makt i alla fall, där den ej uttryckligen är utesluten. Lagkodifieringen är nämligen historiskt sekundär i förhållande till rättssedvanan, som ursprungligen erkännes av den organiserade samfundsmakten (sid. 134). Denna makt får då ej anses ha återtagit sitt ursprungliga godkännande av rättssedvanan, annat än där detta framgår av särskild lagbestämmelse. På detta sätt skulle då de särskilda rättsskällornas betydelse vid rättslämpningen vara avgjord. — Härtill är nu att säga: Antag, att domaren trots allt använder rättssedvana, förhållandets natur och lagens ande även contra legem vare sig blott realiter genom förtolkning av givna lag eller öppet i sådana fall, där lagens tillämpning på grund av särskilda förhållanden skulle leda till ett alltför starkt stötande av rättsmedvetandet. Detta antagande är sannerligen ej en blott teoretisk möjlighet. Anhängarna av den s. k. frirättsliga skolan i Tyskland ha samlat ett överväldigande material med avseende å tyska domstolars

förfarande just på detta sätt. Om nu domen får laga kraft, vad är i detta fall 'den organiserede Samfundsmagts' verkliga vilja? Å ena sidan borde ju denna vara uttryckt i lagen. Men å andra sidan kan den ju likaväl anses uttryckt i laga kraft vunnne dom, vad föreliggande särskilda fall angår. Den senare blir ju den vilja, som verkligen realiserar. Säger man nu, att den 'organiserede Samfundsmagt' ogillar själva domen, men likväl för uppehållande av den judiciella ordningen uppehåller fälld dom, så är detta resonnemang fullkomligt haltöst. När domaren icke på något sätt blir föremål för reaktioner från statsmaktens sida, kan icke ogillandet påstås. Blott den grunden att i *lag* uttryckt samfundsvilja fordrar något annat, bevisar ingalunda ogillandet. Ty att den håller fast vid denna sin fordran med avseende å detta särskilda fall, där den kan sägas framträda blott i den fällda domen, är på intet sätt bevisligt. Men lika obevisligt är det visserligen, att samfundsviljan nu verkligen skulle *vilja* ett sådant domfällande, så länge givne lag består. — Anledningen till att sådana resonnemang bli haltlösa, är helt enkelt, att den förmenta samfundsviljan ej existerar och därför ej heller kan användas som måttstav för olika rättskällors giltighet.

Men synnerligen betänklig är betraktelsen av lagen såsom det direkta uttrycket för den *organiserade* samfundsmaktens vilja och andra rättskällor såsom sanktionerade (inom vissa gränser) av samma vilja. Man kan nämligen med skäl misstänka ett svårt logiskt fel. Vad betyder detta, att en *organiserad samfundsmakt* föreligger, om ej att ett regelsystem kommer till användning inom en viss människogrupp genom därtill särskilt bestämda personer, som med hänsyn till denna regelbestämda verksamhet äro samhällets organer? Att en verklig *organisation* föreligger, kan väl sägas blott ur den synpunkten, att de olika regelbestämda verksamheterna dels negativt ej störa varandra, dels positivt stöda eller fullända varandra. En *makt* blir denna organisation därigenom, att de särskilda organerna verkligen kunna gent emot vem som helst inom samhället genomföra den reglerade verksamhet, som tillhör dem. En *samfundets* makt föreligger, emedan kraften härtill hänför sig på *inom* gruppen själv verk samma faktorer. Men vad är detta organiserade regelsystem? I det modärna samhället är det just åtminstone principiellt, vad man kallar lagrätten. Vad innebär det exempelvis, att det finns ett särskilt organ för lagstiftning inom ett samhälle? Däri ligger väl ingenting annat, än att (konstitutionell) lag såsom en ideell handlingsregel bestämmer särskilda personer eller personkomplexer till en viss verksamhet med iakttagande av vissa former — 'lagstiftning' — och att denna regel nu också verkligen kommer till genomförande, samt att med den nyssnämnda verksamheten nya regler ('lagar') äro givna likaledes på grund av (konstitutionell) lags innehåll, vilka sålunda tillkomna regler på grund av samma lags kraft komma till

genomförande. Vad innebär det, att det finns särskilda organer för dömandet? Däri ligger väl ingenting annat, än att på grund av lagens kraft i lag därtill bestämda personer (obs.! ex. konungens rätt att utnämna 'domare' enligt svensk lag och den däri inneslutna rättssatsen med avseende på vem som är att betrakta såsom 'domare') utöva en viss av lag reglerad verksamhet, dömandet, och att fälld dom enligt lag under vissa omständigheter får kraft, d. v. s. avger en konkret regel, som på grund av lagens egen kraft kommer till genomförande. På sådant sätt äro alla s. k. statsorganer att beteckna. Men om det nu är lagrätten, som såsom varande i kraft organiserar samfundet, huru kan den då vara en viljeyttring av det organiserade samfundet? Det är som om man sade, att en människa beslutar sin egen tillblivelse. Det är nu också uppenbart, att om i det moderna samhället vid lagrättens dominerande karaktär vanerätt, lagens ande o. d. vid domfällandet göra sig gällande lagkompletterande eller lagupphävande med avseende å fallet, så betyder detta endast, att samfundsorganisationens karaktär modifieras genom andra principer för den samma. Den fällda domen, fast ej bestämd av lag, kommer såsom konkret regel in i det samfundet bestämmande regelsystemet, trots att detta väsentligen är lagrätt. Att göra den organiserade samfundsmaktens 'vilja' till måttstock för användandet av dessa andra rättskällors giltighet blir då en ren meningslöshet. Denna makts egen karaktär bestämmes just av, vilka regler som komma till genomförande.

På ett synnerligen intresseväckande sätt utför *Krückmann*, *Einführung in das Recht*, 1912, sidd. 73 ff., hurusom även i det moderna rättslivet det ingalunda är blott lag, som kommer till genomförande genom domarne. Och visserligen beror detta icke blott på villfarelse med avseende å gällande rätt från domarnes sida. Vanerätt, billighet, dompraxis o. d. spela jämte lag den största roll, så att man med fullt medvetande dömer både præter och contra legem. Emellertid låter nu detta enligt Kr. icke på något sätt juridiskt rättfärdiga sig. Genom den ur lagrättens synpunkt materiellt oriktiga domen får den vinnande parten ingalunda någon verklig rättighet, som han enligt samma rätt icke har. Han endast erhåller 'rättsbesittning', d. v. s. han kommer i samma läge, som om han (enligt lagrätt) hade verklig rätt, sidd. 95 ff. Grundvalen för ett sådant resonemang ligger däri, att enligt Kr. objektiv rätt är endast sådana bestämmelser, som utgå från 'die Rechtsgemeinschaft', se ex. sid. 1. Domaren är nu 'anställd' av 'die organisierte Gesamtheit' och kan därför icke rättmätigt döma efter andra föreskrifter än dem, som äro givna av denna, d. v. s. endast efter lagrätt, se ex. s. 82. Han kan därför ingalunda tillskapa några rättigheter vid sidan av lagrätten, om han också kan bringa en person i faktiskt samma gynnsamma läge, som om han hade en viss rättighet. Här återkommer samma fel, som nyss förut påvisats hos

Goos. Lagrätten får sin privilegierade ställning såsom rättskälla därifrån, att den skulle ge uttryck åt det organiserade samfundets vilja, liksom icke lagrätten själv konstituerade samfundets organisation. Härtill kommer hos Kr. en om möjligt ännu påtagligare logisk felaktighet. Domaren skulle vara *anställd* av den organiserade 'Gesammtheit', liksom om en statlig organisation någonsin hade funnits, till vilken icke hörde domare såsom immanenta leder i organismen. Med lika rätt kunde sägas, att den mänskliga organismen hade huvud eller hjärta till sitt verktyg.

Ett liknande missbruk av en fingerad 'Gemeinschaftswille' gör *Neukamp*, då han i sin skrift *Einleitung in die Entwicklungsgeschichte des Rechts*, 1875, sid. 41 proklamerar, att å ena sidan »eine zutreffende Darstellung der 'Lehre von den Rechtsquellen' nur aus den Vorschriften des positiven Rechts» kan vinnas, å andra sidan »das positive Recht *vollständig freie Hand* in der Ausgestaltung seiner Vorschriften über die 'Rechtsquellen' hat». Därmed kan då särskilt förhållandet mellan lagrätt och vanerätt vetenskapligt bestämmas. 'Der Gemeinschaftswille' kan nämligen lika väl som 'der Einzelwille' på förhand bestämma de former, i vilka allena dess 'Willensbethätigungen' skola gälla som 'rechtlich relevante (als Rechtsproduktion)'. Sålunda bestämde det romerska folket under republikens tid, att endast den i vissa former (ämbetsmannens rogation etc.) uttalade viljan hade karaktären av lag, sidd. 35 ff. Men om nu en 'Gemeinschaftswille', låt oss säga genom sina lagstiftande organer bestämmer, att endast i författningens ordning tillkommen lag har privaträttslig relevans, och så trots detta domaren i rätts-tillämpningen supplerar eller till och med för fallet korrigerar lag genom vanerätt eller billighet, så blir ju, då fällda domar få laga kraft, vanerätt eller billighet rättsligt relevant. Även i detta fall skapar ju 'der Gemeinschaftswille', om en sådan antages såsom högsta rättsmakt, via domaren verklig rätt. Icke kan väl laga kraftvunnen dom betraktas som en rättslig nullitet, eftersom 'der Gemeinschaftswille' här har frångått sin egen föreskrift. Om *Neukamp* med sitt exempel från den romerska rätten vill säga, att ingen annan rättsregel under republikens tid verkligen gällde än den, som var tillkommen genom 'der Gemeinschaftswille' såsom yttrad i vissa former, så behöver endast hänvisas till betydelsen av de s. k. responsa prudentium, som synas ha varit det väsentliga innehållet i 'proprium jus civile' (*Ehrlich*, *Breitträge zur Theorie der Rechtsquellen*, 1902, sidd. 1 ff.). Att genom dessa, som fingo faktisk auktoritet, lagen i tillämpningen blev realiter underkastad betydande modifikationer i riktning mot större billighet, är ofta påvisat. Se ex. *H. Maine*, *Ancient Law*, uppl. från 1908, sidd. 30 f. — Att analogien mellan 'Gemeinschaftswille' och 'Einzelwille' i avseende å förmågan att binda sin rättsproduktion för framtiden vid vissa former är falsk, torde ej behöva när-

mare utföras. Giltigheten av den enskilda viljans självbindning beror naturligtvis på över henne stående rätt.

Man söker här vinna en norm för avdömandet av olika rättskällors betydelse genom att betrakta 'statsviljan' såsom *genom ett visst uttryck* för den samma bestämmande, vilket uttryck som är att anse verkligt bindande, h. e. pålitlig beteckning för vad den verkligen vill. Men varför skall just *det* uttryck, i och med vilket bestämmes om olika uttrycks betydelse, vara det avgörande, om andra uttryck för samma vilja finnas vid sidan därav, utan att i det första uttrycket krävda former därvid äro iakttagna? Det bestämmes exempelvis på lagstiftningsväg, att lag aldrig får vika för sedvanerätt. Ändock verkar sedvanerätt derogerande på lag, då 'statsviljan', såvitt därmed skall förstås den vissa regler inom en människogrupp genomförande makten, måste anses likaväl ha fått sitt uttryck i den derogerande vanerätten. Varför skall nu lagrättens bestämmande angående vanerätten anses som det enda giltiga uttrycket för statsviljan? Det synes tvärtom, som om i detta fall lagbestämmelsen ej hade annan betydelse, än att låt oss säga den finns tryckt i den officiella lagsamlingen. Huru kan det vara uttryck för statsmakten, som är verkningslöst? I själva verket drives man här till att låta statsviljan före allt uttryck bestämma, vilket uttryck den godkänner som sitt. Detta för att en över de givna uttrycken stående norm skall kunna anses förhanden. W. Jellenik, Gesetz, Gesetzesanwend. etc. 1913, sidd. 174 ff., känner till en från staten utgående rättssats, som går före all lag och bestämmer denna som själv uttryck för statens vilja, likaså en från samma källa utgående rättssats, som bestämmer användande av vanerätt och 'sakens natur' under vissa omständigheter som statens vilja. Alltså skulle statens vilja kunna kännas, innan den har tagit sig något uttryck. Varifrån den utmärkte rättslärd har hämtat denna sin kunskap om en icke uttryckt statsvilja, upplyser han ej på annat sätt än genom att i en not hänvisa till G. Jellineks teori om staten såsom rättens bärare.

Vi ha nu kritiserat statsviljeteorien i dess försök att i statsviljan såsom den rättsuppehållande kraftens vilja finna en norm för avgörandet av primära rättskällors betydelse dels i allmänhet genom framhävande av begreppets fiktiva natur och den därmed följande haltlösheten i resonmangen, dels särskilt genom framhävande av det *ὑστερον προτερον*, som inträder, om man, såsom naturligt är, hänför statsviljan på själva den statliga organisationen, och av den likaledes naturliga konsekvensen, att en statsvilja blir normerande före allt uttryck. Men kritiken skulle vara ofullständig, om ej också en annan betänklighet vid teoriens användning i fråga om primära rättskällor framhävdes. Denna rör det förstuckna inskjutandet av naturrättsliga synpunkter.

När domaren står inför ett rättsfall och därvid använder författningsenligt gällande lag, finns då någon rättsregel, enligt vilken han bestämde för sig, att just gällande lag och ej någon annan regel är att lägga till grund? Vilken skulle denna rättsregel vara, som i verkligheten bestämde författningens egen giltighet? Naturligtvis duger det ej att här hänvisa till domareinstruktion, emedan dess rättsliga halt själv går tillbaka till författningen. Adickes påstår i skriften *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, att en sådan rättssats finns, men säger själv, sidd. 24 och 73, att det är en på 'sakens natur' beroende rättssats, alltså en *naturrättslig*, icke en *positiv* rättslig sats. Enligt *W. Jellinek*, p. a. st., sid. 27 finns en högsta rättssats, som åt alla rättsordningar skänker deras giltighet: 'Wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt werden.' Satsen, som enligt *Jellinek* själv är en »Denknotwendigkeit», ingalunda någon föreskrift, är givetvis naturrättslig och man kan väl säga ej av högre valör. Då *Lask*, *Rechtsphil. i Festschrift für Kuno Fischer*, 1907, sid. 304, vartill att jämföra sidd. 270 ff., säger, att det böra, som behandlas av jurisprudence har 'seinen formellen Grund in positiver Anordnung durch Gemeinschaftswillen', under det att det filosofiska båret 'einer absoluten Werthhaftigkeit entstammt', så föreligger oklarhet. 1:o. Kan ett ovillkorligt böra i avseende å det, som bestämmes av 'Gemeinschaftswille', om vilket slags böra det enligt *Lask* är fråga i jurisprudence, tänkas utan ett absolut värde? 2:a. Kan en 'Gemeinschaftswille' begrunda ett ovillkorligt böra, om icke redan förutsättes, att dess anordningar böra respekteras, d. v. s. i annan mening, än att den enskilda anordningen bör följas, emedan denna utgår från kompetent myndighet? — I själva verket beror domarens användning av författningsenligt gällande lag på sådana krafter, som uppehålla författningen och som först göra 'lagar' till verkliga rättsregler. Här verkar sådant som domarens moraliska rättsmedvetande, domareden, övertygelsen om att författningsenligt gällande lagar angiva reglerna för ämbetets utövning, alldeles som läkaren finner det naturligt att använda läkarevetenskapen vid sitt yrkes utövning, fruktan för reaktioner mot ett åsidosättande av lag etc. Genom sådana krafter blir han visserligen bunden, så att hans egna önskningar med avseende å de regler, som äro att använda, falla bort. Men någon juridisk regel, som bestämde författningens egen giltighet, ges det ej. Men vidare: vilken rättsregel är det, som bestämmer domaren att i ett särskilt fall använda vanerätt, lagens ande etc. præter eller contra legem? Ingen sådan kan upptäckas. Genom allehanda utomrättsliga faktorer sådana som rättsmedvetande och varför icke vetenskapligt förfelade hypoteser om, att statsviljan i detta fall fordrade användningen av sådana rättskällor, bryta sig de samma fram, alldeles som författningen genom slika faktorer får kraft

och verkliga rättsregler uppstå. Varje försök att juridiskt konstruera ett böra för domaren i förhållande till den ena eller andra rättskällan är dömt till misslyckande. Även domareståndets förbindelse att följa lag, säger *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphil., 1914, s. 182, 'kann nicht durch die juristische Geltungslehre auf das Gesetz, vielmehr nur durch die Ethik auf den Eid gegründet werden', genom vilken domaren bundit sig. Om det senare är något vetenskapligt begrundande, må lämnas osagt.

När man nu trots detta tror sig genom användande av statsviljeteorien kunna positivt rättsligt begrunda särskilda primära rättskällors giltighet, sammanhänger det med en uppenbar tvetydighet hos det använda begreppet *gällande* rätt. Å ena sidan konstrueras 'statsviljan' ur det förhållandet, att ett visst handlingsregelsystem inom en viss människogrupp kommer till verkligt genomförande förmedelst regelanvändning från därtill av regler bestämda personers sida, ex. domarne. Denna 'statsviljans' yttringar fattas så som den gällande rätt, varom jurisprudence handlar. Men såtillvida hör till *gällande* rätt, att reglerna verkligen av de regeltillämpande myndigheterna genomföras, och jurisprudence har blott att behandla dessa *faktiskt* tillämpade regler med avseende å deras innebörd — till ledning för myndigheter, som faktiskt på grund av vissa krafters verksamhet lägga dem till grund för sina handlingar. Men nu händer det, att ett visst regelsystem i sin slutenhet inom sig icke kommer till fullständigt genomförande, utan andra slags regler därjämte tränga sig på de regeltillämpande myndigheterna, vare sig som behövliga komplement till eller rent av modifikation av det företrädesvis bestämmande regelsystemet. Då blir frågan: vilka regler *böra* användas i sådana fall? Nu tror man sig kunna avgöra den frågan genom att taga till hjälp 'statsviljan', fast *denna* såsom bestämmande gällande rätt har sin betydelse blott som uttryck för, att ett visst regelsystem kommer till verkligt genomförande. Att statsviljan vill den eller den regeln, betyder då icke, att den samma *verkligen* genomföres utan endast att den *bör* genomföras. Därmed har då också begreppet *gällande* rätt såsom knutet vid statsviljan fått den betydelsen, att vissa regler *böra* genomföras. Men därmed har ett naturrättsligt element inkommit i 'den gällande rätten' såsom jurisprudencens föremål. Detta element blir emellertid undanskjutet därmed, att man tror sig ha att göra endast med vad statsviljan verkligen vill, fast i verkligheten det som man i detta fall menar med statens viljande icke är något annat, än att vissa regler böra följas.¹

¹ *Hägerström*, Vilja?, s. 191—206. Se även *Hägerström*, Objektiva rätten, s. 162 ff. — Genom misstag under tryckningsarbetet ha i ovanstående citat ingående författarnamn kursiverats.

Några antydningar om rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet.

Låt oss nu först för ett ögonblick återvända till *Bergbohm*. Efter vad som utförts, torde intet finnas kvar med argumentationskraft i dennes framställning. De historiska fakta, som enligt *Bergbohm* skola ha avgörande betydelse för rättskaraktären, komma i en helt annan dager, än *Bergbohm* föreställer sig. Den makt, som *Bergbohm* tror »sätta rätten», vilar själv på rätten. I själva verket är det ur psykologisk synpunkt högst intressant, att en skarpsinnig vetenskapsman, med öppen blick för chimäriska sidor hos jurisprudence och tydlig strävande efter realistisk klarhet i frågorna (man läse t. ex. *Bergbohms* fördomsfria reflexioner ang. begreppen »Rechtssatz», »Gesetz» m. fl., a. a. t. ex. s. 68 f.), just i den för honom själv springande punkten blott framför *påståenden* i fråga om det, som framför allt skall förklaras. Positiveringsproceduren säges åstadkomma, att en förnuftsats, en morainorm, ett »infall» eller vad det nu kan vara blir »objektiv verbindlich, rechtsverbindlich» (ovan s. 30). Grunden för ett sådant utomordentligt betydelsefullt påstående? Här om får man i verkligheten icke veta något annat, än att de positiverande fakta härleda sig från »eine kompetente rechtbildende Macht». Detta leder ju endast till en ny fråga: på vad kan en sådan kompetens grundas? Men på den frågan gives intet svar. Detta sammanhänger naturligtvis med *Bergbohms* tro på, såsom självfallen, en mystisk rättsordningens vilja, som skall skänka kompetens åt särskilda rättsättande makter. Men det egendomliga är just, att en person, med *Bergbohms* skeptiska syn på jurisprudencens resonnemang i många andra fall, kan utan tvekan godtaga en sådan allt annat överskyggande chimär som denna allmänna vilja i bakgrunden för det hela.

Det är vidare en förvridning av frågeställningen att, såsom *Bergbohm*, tala om »die ihrer Tendenz nach als unverbrüchliche Normen... geltenden Regeln» (ovan s. 30), vilka

skulle göras till rätt. *Bergbohm* utgår vid sådant tal från en viss situation, som i detta sammanhang logiskt icke kan tagas till utgångspunkt utan tvärtom själv tarvar en djupgående analys.¹ Detsamma gäller den av mig hittills icke direkt berörda början av *Bergbohms* citerade utredning. De av honom antydda »Agentien», vilka utgjorde drivfjädrar och idéer till den objektiva rätten (det sedliga medvetandet, religiös övertygelse, i människonaturen liggande grunder, förnuftet, humanitetssträvanden) kunna icke på detta sätt avseondras utan ingå tvärtom i det kraftkomplex, vars bästa namn *icke* är rätten — ty detta ord är, såsom under nästa rubrik skall visas, högst vilseledande och ägnat att understödja verklighetsfrämmande föreställningar — utan *rätts- eller samhällsmaskineriet* i mening av genomförandet med en viss reguljaritet av vissa tvångsåtgärder på vissa handlingssätt, varigenom i sin tur en viss faktisk ordning, s. a. s. standard, uppstår i människornas deras medmänniskor berörande handlingssätt.² Hela den nyss berörda början av det långa citatet från *Bergbohm* (ovan s. 29 f.) visar, att denne totalt missuppfattat inställningen och betydelsen av det, som man plägar beteckna såsom det allmänna rättsmedve-

¹ En sådan analys skulle ådagalägga orimligheten i antagandet av en dylik utgångspunkt (följer av det ovan anförda; se även texten under förvarande rubrik samt nedan s. 91 ff.). I samma klass stå sådana tankar, som att »eine praktische, Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel» skulle existera och *övergå* till positiv rätt, genom att den förvärvade »zu dem wesentlichen normativen Inhalt die ebenso wesentliche Rechtsform» (ovan s. 31).

² Bland de av *Bergbohm* anförda »Rubriken» bör icke förglömmas den mellan alla de andra instuckna »Rubrik des Bedürfnisses» (ovan s. 30). Att i sådant sammanhang sidoordna det praktiska behovet (ävensom »die Rubrik des politischen Zweckes») med övriga anförda »Agentien» vittnar om en väsentlig brist på förståelse för de verkliga sammanhangen. I sådant avseende får jag här inskränka mig till en hänvisning till mina anmärkningar nedan om samhällsnyttan som princip för lagstiftning och rättstolkning.

tandet. Långt ifrån att göra bruk av den hos honom på annat ställe till uttryck komma tanken, att irättsmedvetandet ingående faktorer snarare vore en produkt av rätten än dennas producent, ådagalägger *Bergbohm* här som sin uppfattning, att dylika faktorer hade en i förhållande till faktisk rättsordning *fristående* ställning, som dessutom vore *prius* i förhållande till rättsordningen, ja, som kunde utgöra grund till rättsordning, var till de kunde utbildas genom undergående av en viss positioneringsprocedur. Ty alla dessa »Agentien», om vilka *Bergbohm* talar, tillhöra mer eller mindre just det s. k. allmänna rättsmedvetandet. Men dessutom anses de också tillhöra människans s. k. förnuftiga natur, vilken uppenbarligen för *Bergbohm* likaledes framstår såsom grundval för den faktiska rätten. *Bergbohm* räknar ju här helt öppet med förnuftets teser, sedliga normer och på praktisk erfarenhet vilande tekniska regler såsom rättens föregångare, utan att någon antydning göres om deras beroende av rättsmaskineriet. En sådan ståndpunkt är grundfalsk. Utan rättsmaskineriet skulle varken vad vi kalla rättsmedvetande eller förnuft finnas till! Lika verklighetsfrämmande är det att, såsom sker i slutet av citatet efter *Bergbohm*, tala om rätten såsom i sig upptagande redan förhandenvarande praktiska regler angående människornas handlingar och förhållanden. Varken dessa handlingar och förhållanden eller regler angående dem äro tänkbara i verkligheten, om man abstraherar från rättsmaskineriet.

Under det att *Bergbohm* dock, såsom vi sett, på allt sätt söker intala sig, att hans åskådning är fri från naturrättslig grund, hävdar man alltjämt i våra dagars England på ett mycket öppet sätt naturrätten såsom basis för rättsreglerna. *Pollock*, en av dess mest kända rättslärare från senare tid, tror t. ex. att den engelska skadeståndsrätten vilar på den av den romerske juriskonsulten Ulpianus proklamerade rent naturrättsliga principen, att man icke får tillfoga annan någon

skada.¹ Och han förklarar uttryckligen, att själva den centrala idén i naturrätten vore »fully recognised in our system». Denna idé anses bestå i en

»ultimate principle of fitness with regard to the nature of man as a rational and social being, which is, or ought to be, the justification of every form of positive law».²

Detta är endast en mera direkt naturrättslig formulering av tanken, att rätten hade sin grund i människornas rättsmedvetande. Låt oss emellertid nu till granskning upptaga den Pollockska formuleringen, enligt vilken rätten hade sin grund i människans natur av social och förnuftig varelse.

Naturvetenskapen räknar numera med möjligheten av levande varelser på jorden sedan omkring 300 miljoner år och av människoliv sedan omkring 300 tusen år. Hur de första människorna eller — eftersom givetvis en absolut plötslig övergång från djurstadium i inskränkt mening till människostadium icke kan ha skett — i allt fall människoliknande varelserna levde, därom känna vi intet närmare. Men vissa reflexioner äro dock ofrånkomliga. Om dessa varelser för omkring 300 tusen år sedan, under övergångsstadiet mellan däggdjur och människor, levde i några slags samhällen, så kunde dessa icke plötsligt ha bildats utan måste ha varit en utvecklade fortsättning av de närmaste däggdjur-förfädernas levnadssätt. Och

¹ Pollock, The law of Torts, 13th Ed. 1929, s. 1 f. Vad själva det bekanta stället angår — D. 1. 1. 10. 1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* — har Hägerström visat, att det samma är en direkt avskrift av stoiska satser och icke på något sätt kan inpassas i den romerska rättsåskådningen. Föreskriften upptogs av Ulpianus såsom en »förfärd portal» genom vilken adepten skulle föras in i rättssystematiken, varvid det dock gällde för honom att omedelbart efter införandet glömma bort den fina entrén, vid äventyr att han eljest utkastades, Hägerström. Der römische Obligationsbegriff, noten å s. 290 f.

² Pollock, Essays in the law, s. 31. Angående Pollocks ställning till naturrätten se särskilt hans a. a. s. 31—79.

ginge vi ytterligare t. ex. 300 tusen år tillbaka i tiden, så skulle vi finna varelser, som i sig bure frön till människor och som vegeaterade på något sätt utan att leva i vad som kunde föreställas med begreppet mänskligt samhälle. Man kan icke angiva någon inom den rumstidliga erfarenheten liggande grund för dessa varelsers mera förnuftiga och sociala natur än exempelvis naturen hos apornas förfäder. Människornas *nuvarande* förnuft och socialitet kan icke i sådant avseende åberopas. Man skulle fullständigt sätta sig över all vetenskaplig erfarenhet, om man betraktade den nutida människans sociala behov såsom möjliga annorlunda än genom en av hennes liv i olika slags samhällen under årtusenden betingad utveckling. Och fullt analogt förhåller det sig med det nuvarande stadiet av människans tankeförmåga. Det är ett blott godtyckligt påstående, att människornas *förnuftiga* natur drev dem tillhoppa i några slags samhällen. Det finns icke någon erfarenhetsgrund för antagandet, att de första människoliknande varelserna levat i samhällen på grund av andra egenskaper hos dem än sådana, som än i dag sammanföra djuren i samhällen, grupper eller flockar, d. v. s. s. k. instinkter eller drifter till sådana handlingar, vilka äro livsbevarande för släktet. Det är inom vetenskapen en erkänd sak, att instinkten långt före människans tillvaro lett till inrättande av gruppliv bland djuren. Och det måste vara ställt utom tvivel, att många årtusenden, innan några spår funnos av det, som kunde kallas mänskliga samhällen, människorna eller deras förfäder hava levat i andra sammanslutningar, det ena slaget följande på det andra. Genom en sådan livsordning erhöll människovarelsen gradvis den uppfostran, som möjliggjorde för honom att grunda samhällen, som hade mera likhet med, visserligen icke människosamhället i s. k. historisk tid, men med det samhälle av människor eller i vart fall människoliknande varelser i förhistorisk tid, som vi genom vissa slutledningar kunna förskaffa oss någon aning om. Och det som

sedermåra ytterligare framdrev det mänskliga samhällsbyggandet kunde icke i främsta rummet vara några förnuftiga beräkningar, utan ångest och fruktan för naturkrafterna, såväl de yttre elementen som djurs och människors drifter, ävensom religiösa och andra vidskepliga föreställningar, som rådde bland människorna. Såsom *Hägerström* en gång uttryckte saken på en föreläsning: det var mindre såsom ett *animal sapiens* än ett *animal mysticum*, som människan skilde sig från andra djurslag.

Jag tror, att betydelsen av sådana erinringar kan ganska tydligt åskådliggöras, om vi kasta en blick på något så sent i utvecklingen som det äldsta romerska samhället. Hela samhällsordningen var här baserad på prästerna och vad dessa bestämde i egenskap av gudarnas omedelbara representanter. Hela samhällsordningen var också till väsentlig del blott ett system av regler för all slags vidskepliga handlingar, genom vilka man ville tillförsäkra sig gudarnas välvilja och bistånd och avvända deras ödesdigra vrede och onåd. Och också efter det att den sociala ordningen hade övergått — ifrån att hava varit en rent gudomlig ordning, en *fas* — till den mindre omedelbart religiöst betonade s. k. *ius*, vad var väl denna *ius*, denna rätt, i romarnas ögon annat än ett komplex av övernaturliga krafter, vilka de trodde sig kunna behärska genom uttalande av vissa formler eller genom handlingar, som utfördes efter en viss ritual, stundom på en viss plats och viss tid och under särskilda järtecken? Den romerske prätorn troddes genom sitt *imperium* på ett särskilt sätt representera lagen, så att han kunde igångsätta eller hämma dess hemliga krafter i konflikterna mellan processande parter. Kort uttryckt, vad var väl samhällsordningen i romarnas ögon också in i den klassiska jurisprudensens dagar annat än ett uttryck för deras tro på trolldom och magi?¹

¹ Se till det sagda Förra delen, 1 §, och framför allt *Hägerström*, Obliga-

Man vill kanske nu framföra den invändningen, att samhällsordningen hos romarna icke desto mindre förde rasen framåt och gjorde densamma kapabel att utveckla en kultur, som i många avseenden ännu väcker vår beundran. Detta är väl sant, men odugligt som invändning. Ty vad jag här hävdar är endast, att romarna alldeles icke hade sitt *förnuft* att tacka för sin *ursprungliga* rätt. Att denna likväl utvecklades på så gynnsamt sätt till nationens stärkande berodde väsentligen på något till stor del för romarna själva omedvetet, nämligen dels deras samhällsbyggande instinkter och dels inflytanden från andra samtida och högre kultiverade nationer, framför allt grekerna. Tack vare verkningarna av en ursprungligen primitiv rättsorganisation utbildades i det samhällsliv, som dock därmed åstadkoms, småningom de förutsättningar, som för romarna möjliggjorde mera förnuftiga reflexioner över deras rättsordning. Och på detta sätt kan man säga, att romarrätten på ett *senare* stadium utvecklades under samverkan av två faktorer: å ena sidan ett mera förnuftigt hänsynstagande till rättslivets krav och å andra sidan deras vidskepliga föreställningar, vilka senare dock alltid i viss grad influerades av deras samhällsbyggande instinkter.

Må man nu först ur förnuftssynpunkt jämföra en romares föreställning om rätten under den *äldre konungatiden* med motsvarande föreställningar hos en romare under *kejsartiden*. Finns det någon med kännedom om förhållandena under dessa perioder, som kan bestrida, att under en i människornas utvecklingshistoria så obetydlig tidsperiod som endast omkring 700 år samhällslivet i den romerska staten hade utvecklat människans tankeförmåga på ett högst betydande sätt och befriat människorna från en mängd råa vidskepligheter? Nåväl, låt oss emellertid nu tänka oss ännu längre tillbaka i tiden, till de äldsta romarnas förfäder — låt oss säga

tionsbegriff, samt Das magistratische ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte, 1929 (i Juridiska fakultetens i Uppsala »Minneskrift»).

100 tusen, ja, varför inte 300 tusen år före Roms grundläggning! Gör därefter ett försök till jämförelse ur förnufts-synpunkt mellan *dessa* varelser *s* förnuft och exempelvis förnuftet hos vår tids människor. Hur mycket av det som vi kalla förnuft, tror man väl, att en sådan varelse från *dessa* förgångna tider verkligen har besuttit? Det är också uppenbart, att om vi bara gå *tillräckligt långt tillbaka i tiden* , så komma vi förr eller senare till ett skede, i vilket både romarnes och andra folks förfäder icke hade tankeförmåga mera än t. ex. nutida apor. Det kräves ingen särskild lärdom eller skarpsinnighet för att inse, att vad som har fört de mänskliga varelserna fram från ett skede av allmänt oförnuft till deras nuvarande stadium, är just samhällslivet under årtusenden och åter årtusenden. Men »samhällslivet» är i sin tur endast ett sätt att uttrycka det förhållandet, att människornas handlingssätt influerades genom uppehållande av en viss ordning, i de äldsta samhällena givetvis av enklaste slag, men småningom utbyggd till nuvarande samhällsordningar, d. v. s. vad vi kalla rättsordningar.

Vad man i diskussionen om människans förhållande till rätts- eller samhällsordningen städse måste hålla i minnet, det är de numera av naturvetenskaperna uppdagade ofantliga tidsavstånden. Följande siffersammanställningar tala ett språk, som i dylika diskussioner torde vara värt att beaktas. Människor tros ha existerat bortåt *femhundra gånger* den tid av 700 år, under vilken nyssantydde förnuftsutveckling kan tydligt spåras hos det romerska folket. Och det har icke behövts mera än ungefär den *dubbla* mångfalden av människosläktets ålder, för att den allra lägsta djurarten skulle hinna utvecklas till en människovarelse. Därav kan man erhålla en aning om förnuftsavståndet mellan de första och de nutida människovarelserna! !

Kan man undgå att inse djupet av de misstag, som ligga bakom en *Pollocks* och andras tro på rätten såsom havande

sin grund i människans sociala och förnuftiga natur? Denna människans sociala och förnuftiga »natur» är så långt ifrån rättens grund, att den snarare själv har sin grund i rätten. I vart fall är den icke tänkbar utan denna. Men det allmänna rättsmedvetandet är, som nämnt, blott ett annat uttryck för människans sociala och förnuftiga natur, såvitt fråga är om rättsföreteelserna. Man torde därav kunna förstå, hur det förhåller sig med denna utbredda tro, att rättsordningen, inklusive rättigheter och skyldigheter, skall ha sin källa i det allmänna rättsmedvetandet.

Man kan icke gentemot det nu sagda hävda, att detta blott utgör tomma spekulationer eller i allt fall hypoteser, vilka icke kunna verifieras. Det har från min sida alldeles icke varit frågan om annat än att angiva vissa *allmänna* linjer, som man icke kan avvika ifrån utan att råka i konflikt med rumstidlig erfarenhet, d. v. s. utan att förfara ovetenskapligt. Emellertid kan ju rättens fondering i det allmänna rättsmedvetandet i varje särskilt fall på ovederläggligt sätt motbevisas. Till det viktigaste måste ju höra rättigheters och rättsplikters baserande på det allmänna rättsmedvetandet. Men det kan visas, att dessa rättsmedvetandets produkter vid närmare granskning upplösa sig i — intet. Man har missuppfattat konsekvenserna av vissa s. a. s. konstanta handlingssätt från statsorganens sida på det sätt, att man trott dessa konsekvenser vara *prius* i förhållande till handlingssätten ifråga.¹ Ett species av denna missuppfattning föreligger i tron på satsen om löftets kraft att skapa rättsförhållanden.² Tager man hänsyn till vad som i nu sagda avseenden utförligt utvecklats och går till rättsmedvetandets föreställningar i övrigt om rättvisa och billighet, så kan ju intet tvivel råda därom, att även dessa

¹ Se härom Förra delen, 3—5 §§, ävensom mina Föreläsningar I, s. 9—20, s. 25 ff., vidare ovan s. 39 ff. med där gjord hänvisning till *Hägerström*, Objektiva rätten, samt, angående »konstanta» handlingssätt, nedan s. 99 ff.

² Se härom Förra delen, 6 §, ävensom nedan, särskilt s. 165—169.

föreställningar endast äro vissa följdföreteelser av rättsmekanismen och sålunda icke i princip kunna betraktas såsom grund för lagar och dessas tolkning. F. ö. tillåter jag mig att ifråga om den logiska omöjligheten att laborera med rättsmedvetandet såsom basis för rätten hänvisa till mina inledande anmärkningar i Förra delen.¹ — Till undvikande av allt missförstånd må emellertid nu angående det allmänna rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet följande erinringar göras.

Ehuru det *allmänna rättsmedvetandet sålunda icke är tänkbart utan rättsmaskineriet*, måste likväl sägas, att det är av en utomordentlig betydelse för detta. Ja, det är näppeligen någon överdrift att säga, att det är de moraliska känslor av plikt mot enskilda medmänniskor och mot det allmänna, av medlidande, ambition etc., vilka ingå i vad vi kalla rättsmedvetandet, som utgöra den *omedelbara* grunden för att människorna handla på ett sådant sätt, att samhällsliv möjliggöres. Den åtminstone förmenta konsekvensen, opartiskheten och oemotståndligheten i »rättsordningens» uppehållande och detta uppehållandes faktiska nödvändighet för samhällets existens och bestånd komma människorna genom deras sociala instinkt att känna rätten såsom något, genom sin betydelse för dem och upphöjdhet över dem, *heligt och rättfärdigt*. Därmed få de s. k. rättsreglerna över sig den särskilda gloria, som gör att man tror dem vara sanktionerade, i äldre tider av gudarne, den ende Guden eller ett absolut förnuft, numera — genom historiska skolan — av hela folkets rättsmedvetande.

En sak för sig är nu, att rättsmedvetandet, självfallet, blott på ett mycket primitivt sätt kan återspegla den i samhället uppehållna ordningen. I det stora hela är det icke reflekterat utan blott på känn, på instinkt, som nyttan av olika maximers uppehållande förnimmes i rättsmedvetandet. Man dömer i det *allmänna rättsmedvetandet* blott efter vad som omedel-

¹ Se Förra delen s. 5—7.

bart, utan djupare begrundande, springer i ögonen. Om någon förståelse för rättsmaskineriets med nödvändighet högst invecklade beskaffenhet kan ej vara fråga. Det är också mindre betydelsen av de uppehållna lagarna för de allmänna handlingssätten, som avspeglar sig i rättsmedvetandets manifestationer, än lagarnes starkt i ögonen fallande »tillämpning» i det enskilda fallet, vilken »tillämpning» i rättsmedvetandets föreställning förenklas till ett »skipande av rättvisa», d. v. s. till den »orätrådiges» stämplande i och för den »förfördelades» upprättelse. På detta sätt kommer rättsmedvetandet att domineras av irrationella rättfärdighetssynpunkter, av föreställningar om tillvaron *in abstracto* av en rättvis ordning, av rättigheter och plikter, om sådanas kränkande, om vederläggning åt kränkaren och satisfaktion åt den kränkte. Det är genom denna rättsmedvetandets kortsynthet — varigenom man på ett oförnuftigt sätt *begränsar* sig till ett bedömande av det enskilda fallet, lösryckt från sitt sammanhang i hela rättsmaskineriet — som jurisprudensen kommit att slå in på maximer om rättssituationens bestämmande genom värdering av parternas intressen, genom s. k. billighetssynpunkter. Denna värdering kan så, allteftersom den utfaller till förmån eller nackdel för en part, leda till konstaterandet av hans rättighet, resp. rättsplikt. Jurisprudensen förbiser härvid, att de enskilda partsintressena i rättsmaskineriet icke kunna spela annat än en fullkomligt underordnad roll. Rättsmaskineriets betydelse ligger icke i att s. k. rättskonflikter slitats, utan i att sådana situationer, som falskeligen benämnas rättskonflikter, i allmänhet icke uppstå. Har man denna blick för saken, då förfalla alla rättfärdighets- och billighetssynpunkter.¹

Men kan väl detta vara riktigt? Rättsmedvetandet skulle å ena sidan ha en utomordentligt nyttig betydelse, men å andra sidan vara en förfälskning av verkligheten! Hur kan,

¹ Till utförligare belysning av det sagda får jag hänvisa till Förra delen, s. 93—101, jämte där gjorda hänvisningar.

i betraktande av det sistnämnda, påstås, att rättsmedvetandet är av den största betydelse för rättsmaskineriets, d. v. s. samhällsmaskineriets, uppehållande? Man tycker, det skulle blott motverka detsamma och anställa den största villervalla och förvirring. Saken är emellertid den, att så att säga på botten av rättsmedvetandet går en av sociala hänsyn bestämd grundton, vilken i viss grad anger takten och gränserna för rättfärdighetsföreställningarna. Detta följer ju av vad som redan antytts, nämligen att rättsmedvetandet får sin specifika karaktär såsom en känsla av rättsmaskineriets nödvändighet för människornas liv i samhället. Den nämnda dissonansen mellan känsla och verklighet uppstår därigenom att — själfallet f. ö. — man icke förstår, på vilket sätt rättsmaskineriet fungerar och utövar sin betydelse. Tvärtom ser man saken på ovan angivna primitiva sätt. Men så snart de socialt vådliga konsekvenserna av sådant betraktelsesätt bli tillräckligt klara och *lättfattliga*, då urgerar rättsmedvetandet, så långt som sådan klarhet sträcker sig, icke längre sin primitiva ståndpunkt utan böjer sig för socialt uppenbart nyttiga synpunkter. Belysande i sådant avseende är rättsmedvetandets förhållande till självtäkten. Rättigheterna i rättsmedvetandets mening måste för tillgodoseende av rättsmedvetandets rättfärdighets-synpunkter egentligen till varje pris realiseras. Därmed skulle den konsekvensen uppstå, att självtäkt bleve ett allmänt, åtminstone subsidiärt, rättsinstitut. Men självtäktens oförenlighet med samhällsnyttiga intressen har fört det nationella rättsmedvetandet så långt i riktning mot självuppgivelse, att den s. k. självtäktens otillåtlighet i mycket hög grad numera kan sägas vara rättsmedvetandets eget postulat.

Till undvikande av ensidig belysning av rättsmedvetandets beroende av samhällsnyttiga synpunkter måste här en anmärkning göras. I det exempel, som nyss användes, dels framträdde de sociala förhållandena mycket tydligt, dels var rättsmaskineriet självtt inställt i överensstämmelse med dessa. Det

är givet, att, i den mån en *invand* lag skulle råka i *konflikt* med samhällsnyttiga intressen, själva lagens fortsatta uppehållande i mycket hög grad kan motverka rättsmedvetandets anpassning efter dessa intressen. Nu är det visserligen i det stora hela så, som jag sedermera skall visa, att lagstiftningen följer samhällsnyttiga linjer, åtminstone i vissa grova drag. I särskilda fall kan det dock visas, att en motsättning föreligger. Och i dylika fall ställer sig ofta rättsmedvetandet på lagens sida. Detta är t. o. m. regeln, när fråga är om en sedan generationer tillbaka uppehållen lag. Detta beror just på rättskänslornas sekundära natur. De bestämmas — så länge lagens stridighet med det sociala intresset *icke är allmänneligen klart genomskådad* av dem det gäller — i sina anti- och sympatier just av de handlingssätt, som allmänneligen iakttagas på grund av de rättsreaktioner, som följa på det motsatta handlingssättet. Åtminstone på vissa områden kan därför sägas, att det allmänna rättsmedvetandet *omedelbart* ledes av den uppehållna rättsordningen, men att i längden förutsättningen härför är en viss överensstämmelse mellan rättsordningen och samhällsnyttiga intressen. Det är denna rättsmedvetandets anslutning till rättsmekanismen, som giver det en sådan s. a. s. hyfsning, att dess rättfärdighetsmanifestationer icke kunna anställa så stora skador, men däremot i väsentliga avseenden medföra utomordentlig nytta.¹

¹ Detta gäller dock främst det nationella området. I internationella förhållanden blir för rättsmedvetandet »självtäkten» (d. v. s. ett segerrikt krig) för realiserandet av »rättigheterna» ett verkligt »rättsinstitut». Angående rättsmedvetandets förödande härjningar i internationella förhållanden, se min »Superstition etc.» s. 196 ff. — Angående rättsmedvetandets »förslavande» genom samhällsnyttiga intressen se *Hägerström*, Naturrätt i straffrättsvetenskapen? i Sv. J. T. 1920, s. 326—336. Hur det nationella rättsmedvetandets föreställningar förlora sin farliga karaktär, genom att de underordna sig det faktiska rättsmaskineriet, se min »Superstition etc.», s. 189 ff. Några exempel på det omöjliga för jurisprudenten att vetenskapligt arbeta, så länge den förbiser rättsmedvetandets nyss framhävda irrationella dubbelhet, se min »Super-

Och detta gagn sammanhänger just med — till synes paradoxalt nog — den förfalskning, som i rättsmedvetandet göres av de realiteter i rättsmaskineriet, vilka däri förnimmas. Den gloria av helighet, som i rättsmedvetandet omsvävar *justitia*, när denna blint svingar sitt svärd, förlänar rättsreglerna den nödiga kraften för att kunna uppehållas gentemot människornas dessa regler motsatta impulser, särskilt vissa deras passioner och drifter. Dessas stävjande skulle icke alltid kunna åstadkommas blott genom *medvetet reflekterande* över rättsens uppehållande. Människornas passioner och drifter äro ju undermedvetet verkande krafter. Dessa kunna — åtminstone när det undermedvetna så att säga ligger på ett visst djup — icke tillräckligt tyglas genom *medveten reflexion* om de menliga tvångsreaktioner, vilka genom lagarnas uppehållande följa på handlingssätten. Sådan reflexion erhåller i dessa fall ingen kontakt med det undermedvetna, som f. ö. också i handlingsögonblicket är starkare än reflexionen och helt undantränger densamma. Nu berörda passioner och drifter, själva reflexionslöst verkande, kunna därför icke få den tillräckliga hämningen genom andra krafter än sådana, som *likaledes äro reflektionslöst verkande*. Det är nu det allmänna rättsmedvetandet, som levererar dessa hämmande krafter: individernas heliga plikt- eller rättskänslor. Största betydelse erhålla här givetvis enligt sakens beskaffenhet plikt-känslorna, om man så vill moralinstinkterna, emot *brottet*. Och för att här förstå deras kraft är det nödvändigt att beakta följande.

Bortser man från nytillkomna straffbud — i avseende å vilka givetvis det medvetna reflekterandet över straffhotet mot en handling kan spela stor roll för plikt-känslan mot densamma¹ — och ser man på brotten i gemen, så har det över

stition etc.), s. 139 ff., ävensom Andra häftet. Principiellt om ologiskheten i deduktionerna ur rättsmedvetandets föreställningar, se Förra delen s. 4—7.

¹ Dock kan också här det undermedvetna verka mycket starkt genom

straffhotet reflekterande medvetandet icke avgörande betydelse. Det har sedan långt tillbaka fullgjort sin funktion också för kommande tider, till vilka de uppståndna pliktkänslorna fortplantats generation efter generation, ständigt växande i styrka genom det tryck, som de under en generation levande individernas pliktkänslor utövat på varandra. Man måste nämligen, för att till fullo kunna uppskatta förhållandet, beakta, vilken styrka denna den enskildes känsla av plikt att foga sig efter lagarne erhåller genom trycket *utifrån*, genom det socialt psykiska inflytandet. Pliktkänslan emot en straffbar (eller eljest med menliga reaktioner belagd) handling verkar — om man betraktar den inför handlingssituationen stående personen *isolerad* — hos honom icke fritt, utan den antingen insöves genom egoistisk sofistisk eller motverkas mera direkt av personens intressen av att handlingen utföres. Pliktkänslan, den moraliska reaktionen mot dessa — framförallt straffbara — handlingar får friare tyglar och släpper sig på ett helt annat sätt lös, när den riktar sig emot en blott i fantasien given handling, d. v. s. när man står såsom en själv icke materiellt intresserad betraktare av andras handlingssätt. Det är därför just denna hos omgivningen utbredda och ohindrat av alla hämmande intressen reagerande pliktkänsla, som för den enskilde vid hans eget omedelbart förestående handlande på suggestionens väg åstadkommer den där oreflekterade moralinstinkten mot handlingen, den spontana instinktiva känslan av att »sådant får absolut icke ske». Och det är detta omgivningens suggestiva tryck, som utgör den förnämsta hämningen mot brottsimpulserna. Detta den ifrågasvarande pliktkänslans sätt att verka förklarar också det förhållandet, att man icke vid det särskilda tillfället kanske direkt kan konstatera någon *personlig* avsky för den handling, det

traditionens makt — kulturmänniskans nedärvda respekt för lagen, särskilt strafflagen.

gäller. Det sociala trycket kan här verka så, att icke ens möjligheten att företaga handlingen kommer upp i medvetandet såsom en verklig faktor att räkna med. Varje impuls därtill förkväves av det överallt omgivande sociala trycket.¹

Det är sålunda — särskilt när det gäller de ur samhällslivets synpunkt minst önskvärda handlingssätten, de grövre brotten — på ett ganska invecklat sätt som rättskänslorna i rättsmedvetandet motverka samhällsskadliga drifter och passioner. Det ligger här en särskild sanning just i talet om det *allmänna* rättsmedvetandets betydelse. Ty gent emot dessa drifter och passioner har man — efter vad som nu utvecklats — mindre att lita till den enskildes så att säga privata rättskänsla än det kompakta trycket från hela miljöns samlade rättskänsla. Det är detta socialt-psykiska, spontant verkande tryck, som är den avgörande kraften mot brottsimpulserna.

För att förstå styrkan i det tryck, som på detta sätt alstras emot vissa handlingssätt, måste man erinra sig plikt känslans mot ett visst handlingssätt beroende av dettas för den handlande menliga följder och vilken betydelse som i sådant avseende måste tillmätas straffpåföljden.² Och straffet i sin tur måste, för att alstra den nödiga moralreaktionen mot handlingen ifråga, sättas i relation till storleken av det sociala värde, som enligt härskande uppfattning i samhället står på spel genom handlingens företagande.³ Indirekt ligga sålunda även här, där rättsmedvetandet fungerar mera utpräglat spon-

¹ Jfr mina »Föreläsningar etc. II, Svar till professor *Thyrén*», 1921, s. 111 ff., där jag också betonat min särskilda tacksamhetsskuld till *Hägerström* för ifrågavarande reflexioner.

² Se mina »Föreläsningar etc. I, Principinledning. Kritik etc.» 1920, s. 25—32, en framställning delvis avtryckt i mina »Föreläsningar etc. II», s. 108—110.

³ Se mina Föreläsningar etc. I, s. 34 ff., och II, s. 114, ävensom min »Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt», 1920, särskilt s. 26 ff., s. 65—68, samt min »Varför får totalförbud icke införas?», 1922, s. 10 ff.

tant, s. a. s. såsom en moralinstinkt mot handlingen, samhällsnyttiga hänsyn i bakgrunden.

Härtill må nu blott läggas en erinran, att jämväl i fråga om andra lagar än strafflagen lagrespekten är beroende icke blott av medvetet reflekterande över tvångsreaktionen på det lagstridiga handlingssättet. Jag hänvisar i sådant avseende till mina antydningar i Förra delen, s. 120.

Till sist må angående rättsmedvetandets betydelse framhävas följande. Låt vara att rättsmedvetandet förutsätter en »rättsordning», genom vilken detsamma utbildas och utvecklas, så är det likväl givet, att rättsordningens egen vidare utveckling just beror av den nivå, på vilken rättsmedvetandet befinner sig. D. v. s. det råder en *ständig växelverkan mellan rättsmedvetandet och rättsordningen*.

Emellertid är det endast för att förekomma eventuella missförstånd angående min syn på saken, som jag här velat konstatera det allmänna rättsmedvetandets utomordentligt stora sociala betydelse. I *detta* sammanhang har eljest denna dess betydelse icke något intresse. I varje fall kan fastslås, att *rättsordningens* uppehållande, med vad däri innefattas, i förhållande till *rättsmedvetandet* icke får betraktas såsom något sekundärt. Vad som i *detta sammanhang* är det viktigaste att beakta, det är, att *utan rättsordningens uppehållande skulle rättsmedvetandet förlora sina nödvändiga stödjepunkter*. Att vilja grunda rätten på rättsmedvetandet förutsätter därför samma slags konstfärdighet som att lyfta sig själv i håret. Upphörde rättsmaskineriet, skulle rättskänslorna förlora all styrsel och missledas genom allehanda sofistisk till förmån för de enskilda intressena på bekostnad av de allmänna. Småningom skulle de övergå i renodlade hämndinstinkter, för att slutligen helt förkvävas av den animalt primitiva egoismens drifter, genom vilket allt till sist samhällsbildningen skulle upplösas. Beaktar man på detta sätt *hela sammanhanget*, kanske inses, hur radikalt verkligheten förvanskas av dem,

som tro på rättigheter och rättsordning såsom havande sin grund i det allmänna rättsmedvetandet, vare sig nu dettas karaktär av giltig grundval vindiceras ur rättsmedvetandet självt eller ur »positiv rätt» (varom nedan s. 105 ff.).

Positiv rätt i jurisprudensens mening obefintlig.

Det allmänna rättsmedvetandets nyss skildrade betydelse i rättsmaskineriet har varit *Bergbohm* (och andra positivister) främmande. Hans opposition mot historiska skolans rättsliga folkmedvetande kan i mycket ha varit nog så träffande. Men någon verklig effekt kunde den aldrig få med *Bergbohms* tro på den »positiva rätten». Hur falsk denna tro är faller kanske särskilt i ögonen, när man beaktar något, som visserligen för den mera uppmärksamme läsaren torde ha framgått av det föregående och som det är av stor vikt, att man från början förstår i en diskussion om innebörden i den »objektivarätten». *Lika litet* som det finns några (till individerna riktade) imperativer, *finns det överhuvud några rättsregler*. 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. Med detta påstående har jag nu icke *direkt* i sikte den falskhet, som ligger i föreställningen om rättsreglerna såsom viljeuttryck. Vad jag avser är följande. »Rättsregler» kunna icke uppfattas annorlunda än *därigenom*, att statsorganen handla på ett visst sätt i situationer av visst slag, vilket åter beror på en mängd psykologiskt verkande faktorer och vilket i sin tur på olika vägar influerar de enskildas handlingssätt. Abstraherar man från detta statsorganens faktiska handlande, vilket i mina framställningar ofta betecknats såsom »rättens tillämpning», »rättens faktiska uppehållande» el. dyl., så bli begreppen rätts-

ordning eller rättsregel tomma ord. Sådana uttryck som de nu citerade äro kanske därför icke fullt logiska. Dylika ologiskheter, varav förvisso åtskilliga kunna påvisas i mina framställningar, har jag varit fullt medveten om. De äro en följd av å ena sidan önskan att icke uttrycka mig alltför vidlyftigt eller på ett, för personer i de nya tankegångarna icke tillräckligt insatta, alltför svårförståeligt sätt, och å andra sidan språkbrukets utbildning sedan urminnes tider under trycket av alla dessa falska föreställningar på rättens område, varigenom nämnda önskan ofta icke kan realiseras annorlunda än på språklogikens bekostnad. Självfallet tilltror jag mig icke att kunna framställa verkligt djupgående synpunkter på frågan om »rättens väsen». Jag har emellertid, som jag nämnde, ansett det vara av särskild vikt att betona nödvändigheten av att man inom *juridisk vetenskap lär sig förstå, att i verkligheten icke finnes det, som man föreställer sig med »rättsregler», vare sig skrivna eller oskrivna.* Vad man i realiteten därmed kan åsyfta utgöres av det mest invecklade komplex av psykiska faktorer, omväxlande påverkande och påverkade av både statsorgans och enskildas handlingssätt. Att så långt som möjligt i detaljer söka förstå det sammanhang, som här är rådande, som utbildats under århundraden och årtusenden och som bildar samhällets konsistens, är rättsfilosofiens och rättsvetenskapens uppgifter i förening. Må emellertid ytterligare några synpunkter i denna fråga här få meddelas.

Detta, att »den eller den regeln gäller» är något, som efter orden icke har något för tanken realiserbart innehåll. De realiteter, som kunna avses med dessa ord, äro följande. Innehållet i en lagparagraf eller i paritet med en dylik stående sats eller satser är, såvitt en föreliggande fråga därav beröres, klart uppfattbart för varje normal jurist. Detta i förening med lagkaraktären gör, att en domare praktiskt taget i varje sådant fall dömer i enlighet med detta innehåll. Skulle han

tilläventyrs manker, finnas remedier för ändring i domen till överensstämmelse med innehållet ifråga. Vår samlade erfarenhet säger oss, att så har det hittills förhållit sig. Men erfarenheten säger oss också, att det tillsvidare — sålänge samhällsmaskineriet får ha sin gång — även *kommer* att förhålla sig på samma sätt. Denna erfarenhet grundas på känedom om det mänskliga psykets sätt att reagera och om handlingssättens beroende, i enlighet därmed, av dels medvetandet om lagliga tvångsreaktioner och dels både direkt och indirekt i samband därmed uppkomna plikt känslor. Motsvarande gäller ifråga om åklagares tjänsteverksamhet, såvitt dylik måste implieras i en »rättsregels giltighet». Att vidare på visst sätt bestämd dom verkställs är naturligtvis också en följd av det tryck av nyss antytt slag, som driver exekutionstjänstemännen (i vidsträckt mening) att fullgöra vad som hör till deras tjänst. Allt detta ingår i de realiteter, som ligga bakom frasen, att »den eller den rättsregeln gäller». I stället för nu gjorda vidlyftiga eller ännu vidlyftigare antydningar är det givetvis en utomordentlig fördel att blott behöva säga, att »den eller den regeln gäller». Må de citerade orden blott icke i kritiska sammanhang, där det just hänger på en inblick i de antydda realiteterna, användas i sin rent språkliga, faktiskt orealiserbara betydelse. Ty sådant leder till »utredningar» med chimäriskt innehåll, ägnade att fullständigt förvrida frågeställningarna.

När man säger, att den eller den rättsregeln gäller i det eller det fallet, så är detta emellertid icke blott, som nu anmärkts, efter orden falskt utan ofta också, bortsett därifrån, ett oförsiktigt uttryckssätt. Den *realiserbara* innebörden kan ju icke vara annan än den, att vissa myndigheter av varierande, på rättsmaskineriet beroende impulser skulle komma att regelmässigt handla på ett visst sätt i situationer av samma slag som den föreliggande. Men hur ställer det sig nu i verkligheten? Kan t. o. m. den allra skickligaste jurist, fullständigt insatt i det faktiska läget, alltid förutsäga, hur det slutgiltigt

kommer att dömas ens i sådana fall, där lagparagrafer finnas? Visserligen kan man beträffande mindre komplicerade situationer praktiskt taget med fullständig trygghet verkligen göra en förutsägelse, som skall visa sig gå i uppfyllelse. Sålunda kan man utan risk att genom efterföljande händelser desavueras påstå »den regeln gälla» — om ett perfekt leveransavtal ingåtts, omständigheterna äro normala och hävning icke sker — att å vardera parten vilar det där hypotetiska skadeståndstvånget.¹ — Men ett fall kan lätt ställas så, att det är högst vanskligt att förutsäga, huru domstolarna eller högsta instansen komma att handla. T. o. m. om t. ex. högsta instansen i ett visst fall fällt en dom, kan det vara omöjligt att med någon bestämdhet säga, huruvida från domstolarnas (jämväl högsta instansens) sida överhuvud *enhetliga* avgöranden i *dylika fall* äro att förvänta. Man bör härvid särskilt komma ihåg, att ett och samma domslut kan fällas utifrån olika ståndpunkter och att i sådan händelse ofta domsmotiveringen så förtunnas, att den kan täcka de olika ståndpunkterna. Hur skall här »rättsregeln» kunna utletas? Såsom exempel på rättsområden, å vilka sådana mot möjligheten att antaga »rättsregel» skarpt stridande vanskligheter yppa sig, kan jag för att nu hålla mig endast till obligationsrätten, erinra om »rättsreglerna» angående skadestånd oberoende av den »ansvariges» culpa, angående betydelsen för en rättshandel av vissa s. k. bristande förutsättningar, angående s. k. reklamationsskyldighet, angående vissa grunder för hävning av kontrakt, angående nödvändigheten av skriftlig form för »villkor varå köpet sig grundar» (1: 2 J. B.), angående vissa frågor vid »realavtalen», vid »tredjemansavtalen» o. s. v.

Alltnog; intigheten i att i gängse mening tala om »rättsregler» torde icke kunna bestridas, när uppmärksamheten en gång riktats därpå. Detta påstående råkar icke i motsättning till vad jag upprepade gånger hävdade om de olika »rättsreg-

¹ Se Förra delen, 2 §.

lernas» funktion att just genom sin *regelmässighet* influera på handlingssätten. Det är här icke fråga om någon absolut regelmässighet utan blott om, hur det hela *psykologiskt verkar* på människorna. Jag har förut erinrat därom, att en oregelmässighet, som ligger däri, att en brottsling ofta kan undkomma straffet, icke hindrar, att likväl i allmänna medvetandet den föreställningen uppstår, att strafflidandet är kausalt förbundet med det ifrågavarande brottet.¹ Och vad beträffar den nu berörda oregelmässigheten, är ju dock situationen sådan, att människorna faktiskt ha den *föreställningen*, att det är givna *regler* om tvångsreaktioner, som uppehållas.

Emellertid är det i rättsvetenskapliga undersökningar, där det just hänger på frågan, om dömandet innebär tillämpning av givna rättsregler, givetvis av största vikt att veta, att det icke finns några rättsregler och att den motsatta föreställningen beror på en icke tillräckligt djupgående betraktelse av de rättsliga företeelserna. Den av föreställningen ifråga föranledda begreppsförvirringen framträder särskilt tydligt, när man hävdar, att en viss regel ingår i »*gällande rätt*». Detta ord användes på ett mycket egendomligt sätt. Såsom det brukas, betyder det icke blott detta eller, ofta, icke *ens* detta, att statsorganen faktiskt pläga handla på ett visst sätt. Utan det har alltid, åtminstone därjämte, den betydelsen, att det skall finnas en regel, som statsorganen *hava att* tillämpa, vare sig de faktiskt tillämpa densamma eller icke. Därvid framträder emellertid en egendomlighet, som man förbisett: det blir ingen riktig skillnad mellan de varandra förment motsatta begreppen »*de lege lata*» och »*de lege ferenda*». Det är ju obestriddigt, att juristen vid behandling av en rättsfråga av allmän natur söker få fram en regel, som efter hans mening skall *vara att* använda. Han vill icke därmed påstå, att den *har* varit använd. Tvärtom vill han ofta hävda, att »*gällande rätt*» i förevarande fråga *hittills* på grund av »*rättens*» van-

¹ Mina Föreläsningar etc. I, s. 24 n. 1.

tolkning icke kommit till användning. Men hur bestämmer nu juristen, vad som skall *vara att* tillämpa, vad som skall vara gällande rätt? Utan att ingå i detaljer — vilket här är alldeles överflödigt — kan därpå svaras, att han undersöker till frågan hörande lagar, därest sådana finnas, ävensom prejudikat och söker systematisera innehållet, så att detta blir samstämmigt. För att nu blott hålla oss till lagarna, måste emellertid märkas, att juristen i allmänhet icke kan komma till något brukbart resultat blott genom att utforska lagarnas faktiska innebörd, vare sig han därvid kan stödja sig på motiven hos lagkommissioner etc. eller han blott har lagens ord att hålla sig till. Oftast anlitar han jämväl det s. k. allmänna rättsmedvetandet och tager, åtminstone vissa, hänsyn till sociala synpunkter, särskilt till behovet av den för vördnaden för rätten samt för den allmänna trygghetskänslan och omsättningen — allt av största vikt för samhällsekonomin — nödvändiga kontinuiteten i rättslivet.¹ Men även om detta i något fall bleve obehöfligt, skulle likväl juristens blotta fastställande av lagens innebörd, för den händelse denna varit obekant, icke ensamt kunna leda till något. Resultatet, uppfattningen av lagen i den nya meningen såsom »gällande rätt», är nämligen i verkligheten beroende på att en lagregel med denna nya innebörd av *den* anledning är *lämplig* att använda, att det med hänsyn till ordningen i samhället är nyttigt för att icke säga nödvändigt, att givna s. k. lagar upprätthållas i enlighet med sin verkliga innebörd. Låge icke allt sådant i bakgrunden, skulle juristens ifrågasvarande verksamhet vara fullständigt meningslös och det vore obegripligt, varför t. ex. en professor i juridik skulle avlönas av samhället. Det sagda giver vid handen, att lagens faktiska innebörd såsom *sådan* i rättsligt avseende icke är någonting och att följaktligen skillnaden mellan ett betraktelsesätt *de lege ferenda* och *de lege lata* utjämnas. Någon reell skillnad kan ju icke föreligga, eftersom skillnaden blott

¹ Om detta se nedan, s. 241 ff. och 252 f.

utgöres av att i senare men icke i förra fallet finnas antingen blott vissa *ord såsom sådana* eller även historiskt konstaterbara fakta att beakta. Detta kan stundom, men visst icke alltid, förenkla saken för juristen. Visserligen kan man säga, att, om blott den faktiska innebörden i en lag är otvetydigt klarlagd, så är den därmed utredda principen *lagenlig*. Men detta *betyder* då *endast*, att principen ifråga anger lagens faktiska innebörd, uttrycker lagens rent logiska mening. Det betyder däremot alldeles icke, att principen är gällande rätt på det sätt, att den skulle innefatta en regel, som faktiskt kommer till användning. Sätillvida måste det vara klart, att juristens fastställande av en förut icke känd »lagstiftarens» mening blir ett yttrande just *de lege ferenda*.

»Gällande lag» såsom *sådan* är ju intet annat än en samling ord, som har tillkommit på särskilda sätt och som det är av största vikt för samhällslivet att taga hänsyn till. När juristen, såsom ju i allmänhet är händelsen, i sina undersökningar icke kan nöja sig med att fastställa blott lagens faktiska mening utan under inflytande på ovan antytt sätt av rättsmedvetande och samhällsnytta hävdar vissa regler såsom utgörande »gällande rätt», till skillnad från vad som i ämnet möjligen kunde diskuteras »gälla» men icke hade rättslig kraft, så be- drager han sig. I verkligheten resonerar han icke mera *de lege lata* än *de lege ferenda* och åberopar sig sålunda i verkligheten *icke* på några som helst rättsregler. Det är också tydligt, att det är det rena godtycket att betrakta på detta sätt framdeducerade regler såsom »gällande rätt» men hänföra andra tilläventyrs nyttiga regler till en blott ideal rätt, vars giltighet skulle kräva särskild lagstiftningsakt.¹ Vad som föranleder ett sådant betraktelsesätt, det är just intet annat

¹ I vad mån, till nödig begränsning av subjektivitet och därav följande oregelmässighet i dömandet, en tillämpning i viss riktning — i brist på ny lagstiftningsakt — skall anses falla utanför den giltiga ramen är givetvis en fråga för sig.

än denna övertro, att det någonstans — ovan molnen? — skulle finnas ett regelsystem, på vilket bl. a. grundade sig rättigheter och skyldigheter. Man utgår utan någon faktisk grund helt allmänt från ett sådant system såsom förhandenvarande. Och man tror sig kunna närmare komma åt innehållet i detta mystiska system genom allehanda undersökningar av dels det s. k. rättsmedvetandets avgöranden och dels vad som både med hänsyn till lagars »helgd», kontinuitet inom rätten och andra för samhällsordningen betydelsefulla faktorer kan vara nyttigt för det allmänna. När man i modern juridisk vokabulär talar om rätten själv såsom genom lagen befallande eller talar om »rättsordningens föreskrifter», så är det detta ovan molnen befintliga system, som man famlar efter och som omtöcknar tankeförmågan. Därav förstår man också, huru med tron på detta grundlösa regelsystem förbinder sig den lika överkliga idén om en överstatlig viljemakt.¹

Det gängse talet om »rättsregler» och deras »giltighet» rör sig sålunda på ett överkligt plan. Realitetsfrågan blir städse: vad är det som bestämmer de avgörande instansernas handlingsätt? Och då kommer man in på hela rättsmaskineriets invecklade komplex, i vilket lagparagrafer och oskrivna »regler» spela större eller mindre roll. Men — och det var det som här skulle understrykas — såsom sådana, d. v. s. utan att ses i nu angiven relation till hela detta hart när outrannsakliga komplex av psykiskt verkande faktorer, äro både skrivna och oskrivna regler en otänkbarhet. Det gäller att ständigt hava detta för ögonen, när man *vetenskapligt* i ett eller annat syfte *bedömer* »rättsordningen». Genom att förbise bl. a. detta har rättsvetenskapens — historiska skolans såväl som positivismens i alla dess former, m. fl. riktningars — analys av »rätten» blivit förfelad, låt vara att naturligtvis då och då

¹ Angående tvetydigheten hos begreppet »gällande rätt», se slutet av det långa citatet från *Hägerström*, ovan s. 73.

synpunkter framkommit, som på ett nyttigt sätt bidragit till det djupa problemets förande framåt.¹

En framstående utländsk vetenskapsman, som i mångt och mycket ställde sig sympatisk till min rättskritik, fann det dock väl starkt, när jag på detta sätt sökte hävda, att också begreppet rättsregel är överkligt. Det vore dock påtagligt, menade han, att en domares väsentliga verksamhet vore omöjlig, om det icke funnes några rättsregler. Till väsentlig del gjorde ju en domare intet annat än tillämpade gällande rättsregler. Härtill är att svara följande. Eftersom det icke finns några rättsregler, så kan domaren icke heller tillämpa sådana. Det måste vara något annat, som äger rum, hur mycket än domaren tror därpå, att han tillämpar rättsregler. Denna sin tro har domaren därför, att hela den rättsåskådning, i vilken han uppfostrats, vilar på bl. a. föreställningen om ett system av *över domaren stående* regler eller normer, vilka skulle bestämma parternas rättsförhållanden och det på ett sådant sätt, att domaren vore bunden därav i sin verksamhet. Ehuru nu dessa rättsregler logiskt icke kunna finnas, måste domaren likvisst på grund av den allmänna rättsåskådningen *till formen* utgå därifrån, även om han bragts till insikt om, att denna rättsåskådning är oriktig. Men *rättsvetenskapen* måste under alla omständigheter göra klart för sig, att det icke finns några sådana regler och att, vad domaren — om denne känner den förhandenvarande rättsåskådningens falskhet — i verkligheten kan lägga till grund för dömandet, är hänsynen till verkningarne för samhället och dess ordning av det ena eller andra sättet att döma. För den vetenskapligt upplyste domaren

¹ I den nu behandlade frågan har *Hoel* i uppsatsen *Retsvidenskapens modernisering*, Oslo 1925, några anmärkningar, s. 15 f., som — sedda rent isolerade från hans åskådning i övrigt — äro mycket träffande. Hans allmänna åskådning, närmare utvecklade i hans »Den moderne rets metode» och av mig i ett senare häfte kritiskt berörd, tillhör emellertid det på samma gång mest konstifika och naiva, som framkommit inom s. k. modern jurisprudens.

finnes, därest han icke är korrumperad, intet annat intresse än hänsynen till samhällets bästa. Men just därför måste han vid domen förfara på ett sådant sätt, som står i största möjliga överensstämmelse med bestående lagar, stadgad rättspraxis och allmän rättsuppfattning; detta senare oavsett om denna själv är falsk eller icke. (För samhällets bästa är det nämligen i viss grad nödvändigt att taga hänsyn till faktiskt rådande rättskänslor, varom nedan s. 252 f.) Men därjämte måste det alltid för en upplyst domare vara angeläget av hänsyn till det allmännas välfärd att — såvitt icke därmed den allmänna rättskänslan kränkes — inom gränserna för den s. k. lagtolkningen grunda sina domar icke på juridiska konstruktioner, bestämda av falsk rättsåskådning, utan på de samhällliga intressen, som komma i spelet vid ett avgörande av den fråga, som föreligger. Detta kan emellertid icke innebära något annat, än att domaren iakttager vissa handlingssätt, som kunna vetenskapligt bestämmas såsom nyttiga för samhället.¹ D. v. s. alltsammans rör sig därom, att en domare, som verkligen är upplyst och icke vill missbruka sin ställning, måste tillse, att han använder de *med hänsyn till hans särskilda ställning* mest tjänliga medlen för uppnåendet av det mål, som han, såvitt han icke är besjälad av privata eller klassintressen, måste sätta för sig i sin verksamhet. De s. k. rättsregler, vilka domaren tros tillämpa, äro — såvitt vi hålla oss till verkligheten och icke konstruera fram en värld, som icke finns — *ingenting annat än nyss angivna medel*. Och rättsvetenskapens uppgift är just att söka angiva dessa medel. Saken kan belysas med ett exempel. Om man vill bygga en viss maskin, så måste man skaffa sig kunskap om, hur man har att gå tillväga, för att en sådan maskin skall kunna åstadkommas, och därefter använda denna kunskap. Tillvägagångssättet kan man, om man så vill, kalla för »reglerna» för maskinens byggande. På därmed fullt jämförligt

¹ Vad därmed närmare menas se nedan, s. 249 ff. och 269 ff.

sätt måste nu domaren, om han i sin ställning som domare vill verka för det allmänna bästa, lära känna »reglerna» här för, bl. a. hänsynstagandet till lagar, rättspraxis, rättskänslor etc., samt begagna denna sin kunskap. Detta är vad som för sig går. Talar man här om »regler», är detta ord uppenbarligen att fatta såsom en beteckning, som icke har något gemensamt med jurisprudentens »rättsregler». — Jag har här talat om tillvägagångssätt av en domare under förutsättning, att han vore upplyst om härskande åskådningens falskhet och om vissa realiteter i rättsmekanismen. Även en domare med gängse rättsåskådning måste i det hela, åtminstone indirekt, låta leda sig av samhällsnyttiga synpunkter,¹ och han måste låta sin verksamhet regleras av föreställningen om de konsekvenser, som hans förfaringssätt har för hela det samhälleliga livet. Därvid måste han taga hänsyn till givna lagar, stadgad rättspraxis, rättsmedvetande o. s. v. I stort sett har faktiskt hela domarekåren sin betydelse inom samhället genom det särskilda medel för realiserandet av samhällsnyttan, som kårens verksamhet innebär. Därigenom föreligga från domstolarnes sida, allmänt sett, konstanta handlingsätt, en viss likformighet i domarnes innehåll. Detta har naturligtvis bidragit till underhållet av den i den gängse rättsåskådningen inneslutna tron på existensen av rättsregler, vilka hade tillvaro i sig själva och tillämpades av domstolarne.

Men denna tro har en särskild resonans i det mänskliga anlaget, som kommer plikt känslan att förnimmas såsom en självbefallning (samvetets röst). Med detta anlag blir det helt »naturligt» för människorna att uppfatta de handlingar gentemot medmänniskor, vilka föreställas ha rättslig karaktär, såsom antingen rättsenliga eller rättstridiga i mening av av *samhället* (eller någon annan högre auktoritet) antingen befallda eller förbjudna. Det är denna rättsmedvetandets naturliga böjelse för tron på befallande eller förbjudande rätts-

¹ Se härom nedan s. 241 ff.

normer, som ligger i bakgrunden, när — såsom jag nyss antydde — även en upplyst domare *till formen utgår* (och väl även i det allmännas intresse måste utgå) från över honom stående, honom bindande rättsregler.

Såsom upprepade gånger antytts, är det givetvis icke nödvändigt, att ens en upplyst domare verkligen har intresset att bedriva en samhällsgagnelig verksamhet. Den upplyste domare, som icke skulle åtminstone *handla, såsom om* han besjälades av ett sådant intresse, vore dock en ren undantagsfigur. Ty dels har man att beakta, att en domare som läte sig ledas av enskilda intressen eller klassintressen lätteligen därigenom förfölle till straffbart handlingssätt. Men dels måste märkas, att det ytterst sällan går så långt, enär den allmänna moraliska atmosfären i samhället är sådan, att den övar ett starkt tryck på domaren till att endast handla efter sådana maximer, som äro gagneliga för samhället.¹

¹ Såsom redan påpekats, ovan s. 93, är det givetvis en praktisk fördel att för korthetens skull begagna sig av sådana uttryckssätt som rättsregler, rätten eller rättsordningen. Denna fördel har jag begagnat mig av både i det föregående och i det efterföljande. Då och då har dock genom anföringstecken erinrats om begreppens verklighetsfrämmande karaktär i deras vanliga användning: Rent språkligt skulle väl kanske eljest intet vara att invända mot de båda senare ordens användning såsom synonyma med *rätts-* eller *samhällsmaskineriet*.

Svensk rättspositivism.

Så framstår då *Bergbohms* (och andras) positivism som i det hela intet annat än en fantasiprodukt. *Bergbohms* tal om den fullkomligt lakunfria rätten, som en domare i varje fall hade att tillämpa, har intet stöd. Ja, varje hans tanke på »positiv rätt» är orealiserbar, ty den är betingad av existensen av rättsregler i sådan mening, att det är logiskt orimligt att antaga deras existens. Vid sitt raserande av den historiska skolans rättsmedvetande har *Bergbohm* icke haft något reellt att sätta i stället till den »objektiva rättens» utforskande. Likaväl som domarne tidigare litat till det allmänna rättsmedvetandet, så skulle de, också om de velat tillägna sig *Bergbohms* syn på saken, dock icke fått något annat än just detta rättsmedvetande att gå efter. *Bergbohms* kritik av rättsmedvetandet har varit ensidig och aldrig i verkligheten träffat kärnpunkten. Därför har den icke blivit av någon betydelse. En sak är, att — såsom *Bergbohm* mycket riktigt framhåvt — rättsmedvetandet är irrationellt. En annan sak är, att det dock på ett för det allmänna högst betydelsefullt sätt dirigeras av vissa sociala ledmotiv.¹ Det är kombinationen i rättsmedvetandet av å ena sidan starka, understundom obetvingliga känslomoment, och å andra sidan samhällsnyttiga hänsyn, som gör rättsmedvetandet till den i hela samhällsmekanismen utomordentligt betydelsefulla faktor, som det är. För detta, ävensom för rättsmedvetandets förhållande till rättsmaskineriet i övrigt, har *Bergbohm* lika litet som hans samtida och efterföljande rättslärda haft någon verklig förståelse. Denna

¹ Se framställningen under nästföregående rubrik.

förståelse kan icke erhållas, förrän man tillägnat sig sådana kunskaper om vissa realiteter i samhällsmaskineriet och om falskheten i gängse pliktidéer och andra sociala föreställningar, som meddelats av *Hägerström* i hans ovan berörda arbeten. Före honom har, såvitt jag känner rättslitteraturen, ingen författare klarlagt hithörande sammanhang.

Jag har så pass utförligt uppehållit mig vid *Bergbohms* lära, enär i densamma ingående »positivistiska» åskådningsätt — även om *Bergbohm* icke betraktas såsom den omedelbara källan — inom svensk (och överhuvud nordisk) jurisprudens numera torde anses utgöra det förnämsta »vetenskapliga» grundlaget för de juridiska resonemangen. Detta måste ju också vara klart av den dominerande ställning, som rättstridighetsläran intager inom denna jurisprudens. Grunden för hela rättsmaskineriet upplöser sig ju här i ett system av mystiska regler, karakteriserade såsom normer eller imperativer. Visserligen erhålla blott rättsplikterna omedelbart härur sin positivistiska förklaring. Men såvitt dessa rättsplikter skola gälla till förmån för enskilda, måste de — med jurisprudensens gängse betraktelsesätt — motsvaras av enskildas rättigheter. Åtskilliga privata rättigheter synes man dock även inom positivismen (dock icke den extrema *Bergbohmska*) anse finnas till oberoende av imperativer, vilka senare då få betydelsen att förstärka ifrågavarande rättigheter, i det de anses befalla individerna att respektera dem. Men hur skola nu sådana »primära» rättigheter kunna fonderas? Stundom talar man här öppet om primärt berättigande rättssatser (*Sjögren*). Men också där detta ej uttryckligen sker, följer ju med den dominerande positivistiska utgångspunkten en tendens att skjuta allting tillbaka på »rättsordningen» såsom yttersta auktoritet för allt, som man tillskriver rättslig karaktär. Imperativerna skola ingå i »rättsordningen». Men även alla sådana »rättssituationer», vilkas uppkomst icke lämpligen kan konstrueras på imperativisk väg, anses också inneslutna

i »rättsordningen». Som sagt reflekterar man i allmänhet icke djupare över saken. Men när man någon enstaka gång ser sig nödsakad att gå till »grunden» för sin ståndpunkt, då plägar ofta detta åskådningssätt — enligt vilket den rättsliga företeelsen skall vara »grundad i positiv rätt» (vilken realistisk klang!) — tillgripas.

Emellertid är det svårigen möjligt för positivisterna, att i verkligheten helt och hållet frigöra sig från att repliera på det allmänna rättsmedvetandet såsom rättskälla. Detta måste ju efter vad vi sett t. o. m. gälla en sådan så att säga professionell positivist som *Bergbohm*, låt vara att han icke är medveten därom. Och inom den svenska rättspositivismen, där något försök att konsekvent genomföra en positivistisk metod näppeligen kan spåras, laborerar man vid sidan av positivismen, utan att söka dölja det, med rättsmedvetandet som rättskälla. En viss dualism mellan rättsmedvetandet och »positiv rätt» framträdde för övrigt redan under den historiska skolans herravälde. Det allmänna rättsmedvetandets postulat skulle ju enligt historiska skolan själv icke hava rättslig giltighet, förrän de »positiverats». Inom den svenska juridiken skulle kunna sägas, att rättspositivismen har något svävande eller glidande över sig, beroende kanske just på det inflytande den historiska rättsskolan alltjämt har på de rättslärdas tankebanor. Bland våra mera rättslärdade män under innevarande sekel skulle säkerligen majoriteten, tillfrågad, förklara sig såsom rättspositivister. Likväl skulle den känna sig oförhindrad att stödja åtminstone vissa satser på dessas »rättvisa» karaktär, på billighetssynpunkter eller något annat utslag av det allmänna rättsmedvetandets föreställningssätt. Hur är detta nu att förena med en rättspositivistisk rättsåskådning? Två sätt äro härvid möjliga.

Man tror på en i sig varande rättvisa och låter »positiv rätt» åtminstone till vissa sina grunddrag vara bestämd av denna rättvisa, som då icke kan vara något annat än det-

samma, som avses med det allmänna rättsmedvetandets postulat. I dylik händelse dominerar givetvis den historiska skolan, fastän man kallar sig positivist. Såsom exempel på den historiska skolans makt hos oss ännu i vårt eget århundrade kan jag erinra om t. ex. *Berglunds* försök att bestämma rättighetsbegreppet,¹ ävensom därom att man rent av talar om »rätten sådan som den lever i allmänna rättsmedvetandet».² Det är ju också ganska naturligt, att man särskilt hos oss — där man icke på samma sätt som i åtskilliga utländska doktriner förmenat sig metodiskt arbeta sig bort från naturrättslig åskådning — måste vara benägen för en uppfattning, enligt vilken »positiv rätt» på detta sätt endast har karaktär av sekundär rättskälla.

Såvitt nu emellertid rent positivistiskt betonade författare, svenskar eller andra, falla tillbaka på det allmänna rättsmedvetandet, måste — om icke all konsekvens i resonemangen skall uppgivas — giltigheten av allmänna rättsmedvetandets maximer om rättfärdighet och billighet för dem städse vara involverad i »positiv rätt». Detta tomma ord måste appliceras såsom yttersta grund, sedan man under inflytande av allehanda faktorer, vilkas betydelse ofta på ett högst oklart sätt ingår i ens medvetande, resonerat sig fram till en viss ståndpunkt.

Om vårt land har någon enligt egen mening fullt utrerad rättspositivistisk författare kan nu i detta sammanhang vara utan intresse. Säkert är emellertid, att även hos sådana rättsvetenskapsmän, som rönt betydande inflytande av historiska skolan eller andra icke positivistiska doktriner, kunna återfinnas uttalanden, vilka närmast äro att fatta såsom rättspositivistiska. Såsom exempel kan anföras följande uttalande av *Björling* i förf:s inledning till sin *Lärobok i civilrätt för nybörjare*:

»Med rätten eller rättsordningen, såsom begreppet ock uttryckes, förstås

¹ Se Förra delen, s. 83.

² *Bjerre*, *Rättstridighetsrekvisitet vid förtalsbrottet*, 1910, s. 33 ff.

en viss ordning, som i varje civiliserad stat gäller för människornas sammanlevnad. Varje stat har för sig fastställt en särskild dylik ordning.»

Till sin formulering äro dessa ord klart rättspositivistiska. Sammanhanget, i vilket de förekomma, kan dock möjligen föranleda antagandet, att förf. med dem icke avsett att giva uttryck åt en rättspositivistisk ståndpunkt. Mera uttrycksfulla i sådant avseende blir därför kanske följande *Björblings* påstående:

»Nu är det ju, som bekant, vedertaget i juridiken att kalla det för plikt, som *rättsordningen föreskriver*...» (kurs. här).¹

Uttalandet sker i polemik mot mina åsikter. Dessa vila emellertid uttryckligen på uppfattningen, att ingen enhetlig vilja eller makt kan ligga i bakgrunden för »rättsordningen». Och min av *Björling* i uttalandet avsedda uppfattning är en omedelbar konsekvens av denna åsikt. Icke desto mindre polemiserar han mot mig med utgångspunkt från — såsom självfallet — att »rättsordningen föreskriver», vilket icke kan innebära något annat än en i rättsordningen uttryckt vilja. Det sammanhang, vari uttalandet sålunda fälles, ådagalägger att man i vissa sina resonnemang står handfallen utan antagande av en sådan basis. Klart är att med »rättsordningen» här icke menas blott de uttryckliga lagarna. Man tänker sig över hela linjen en dessa supplerande »oskriven rätt», uppehållen av en enhetlig vilja.² Men därmed ha vi då just grunddraget i den *Bergbohmska* åskådningen. — Emellertid måste man nog om *Björling* säga, att han går på rättsordningens föreskrifter eller på rättsmedvetandet såsom yttre grund, alltefter som det bäst passar sig. I det ifrågavarande fallet är det ju omöjligt att draga in rätts-

¹ Sv. J. T. 1924, s. 438.

² Nu skulle visserligen *Björling* kunna tänkas genmäla, att han icke menar något dylikt med talet om rättsordningens föreskrift. Men kan då sådant tal ha någon som helst mening? Må man märka, att det från *Björblings* sida här icke kan vara fråga om en blott terminologisk sak. Ty han vill just angiva *realiteten* i det, som kallas rättsplikt.

medvetandet, när fråga är om *rättsplikt*, sålunda ett böra som icke täcker sig med det moraliska, det allmänna rättsmedvetandets böra. Men eljest är nog hans ståndpunkt den, att »rättsordningens föreskrifter» i sin tur hämta sin kraft från rättsmedvetandet. Naturligtvis menar *Björling*, t. ex. att »rättsordningen föreskriver», att löften (med vissa undantag) skola hållas. Men den yttersta grunden härför finner han tydligtvis i »det mänskliga samvetet».¹ Sådan metod blir också i det hela nödvändigt, när man utgår från att rättsföreskrifterna måste ha en specifikt rättslig grund. Också om man då verkligen på positivistiskt sätt tror på en lakunfri serie av rättsföreskrifter, så måste man ju ha något att gå efter för att utleta dem, som icke finnas i lagar eller icke framgå av enhetlig rättspraxis och sålunda äro osynliga. Men med nämnda utgångspunkt finns intet annat att repliera på än det allmänna rättsmedvetandet. Vad man tror sig utfinna med hjälp av detta, säger man sedan vara föreskrivet av rättsordningen.

En svensk rättspositivist av mera renodlad art är givetvis *Thyrén*. Genom principen *nulla poena sine lege* blir det alltid lättare på straffrättens område att skenbart uppehålla möjligheten av ett positivistiskt åskådningssätt. Emellertid tvingas även *Thyrén* att direkt repliera på rättfärdighetskänslan såsom grund för straffet.²

Ett annat exempel inom vår rättslitteratur på fantasien om »positiv rätt» såsom grund för rättsinstituten är av särskilt intresse, när det direkt angår jämväl rättighetsbegreppet. Jag åsyftar *Undéns* författarskap, som också drager uppmärksamheten till sig av den anledning, att däri skönjes en omisskännelig *strävan* mot frigörelse från verklighetsfrämmande begreppsjurisprudens. Men denna *strävan* har icke krönts med framgång. *Undén* har förvisso icke kommit *saken* närmare än den vanliga jurisprudenten. Detta skall nu verifieras med

¹ Sv. J. T. 1924, s. 441.

² Se t. ex. mina Föreläsningar etc. II, s. 8 f.

exempel från *Undéns* skrifter. Dessförinnan önskar jag dock förutskicka en anmärkning. När jag i det följande granskar vissa för *Undéns* senare författarskap karakteristiska uttalanden, så sker det alls icke av någon önskan att nagelfara just hans uttalanden och få just dessa ställda i saklig belysning. Saken är den, att *Undén* tillhör en numera allt vanligare kategori av rättslärare, vilkas sociala intressen kommit dem att få viss blick för den traditionella rättsvetenskapens bristfällighet och fört dem till metoder av förment beskaffenhet att komma det verkliga livet närmare än den äldre vetenskapen. På grund av otillräcklig kunskap om samhällsmaskineriets verkliga struktur hava dock de anlagda metoderna blivit odugliga för sitt syfte. De innebära också en särskild fara, som icke fanns hos den gamla jurisprudence, i det att de utmärka sig genom åsidosättande av vissa intellektuella renlighetskrav. Man spårar faktiskt i den »nutida juridiken» brist på full aktning för sanningen. Det torde få sägas vara av allra största vikt, att rättsvetenskapen i görligaste mån förskonas från den förvirring och tankeoreda, som dylika metoder draga med sig. Härtill kommer att jag personligen känner ett visst ansvar för, att den rättsvetenskapliga strid, som dock här igångsatts genom mina skrifter, snarast blir, visserligen icke avgjord, men likväl införd i ett mera fruktbarande skede än det, som kan åstadkommas genom metoder av den art, som *Undén* använder för att hävda sin och »nutida juridikens» ståndpunkt. Genom allt detta har jag nödgats, på sätt som följer, till behandling upptaga vissa uttalanden av *Undén*, i vårt land kanske den mest utpräglade exponenten för denna nyss karakteriserade »moderna» rättsvetenskap.

Undéns rättighetsbegrepp i hans systematiska framställning.

I första upplagan av sin bok »Om panträtt i rättigheter» betecknar *Undén*, låt vara med en viss tvekan, rättigheten såsom »en rättsligt skyddad makt» (1915, s. 11). I andra upp-

lagen (1923) av samma arbete återfinnes icke denna *beteckning*. Detta betyder emellertid alldeles icke något avståndstagande från den gängse rättighetschimären.¹ Hela detta *Undéns* arbete har f. ö. sin utgångspunkt i antagandet av rättigheter *in abstracto*. Intresset knyter sig emellertid framför allt till *Undéns* senare uttalanden. Här betecknas äganderätten såsom ett

»uttryck för och en sammanfattning av en komplex rättsverkningar. Att en person har äganderätt till en sak, innebär att han enligt gällande rätt har vissa befogenheter i avseende å tinget, vilka befogenheter framgå av de olika rättsreglerna om stöld, skadestånd, besittningskränkning, separationsrätt i konkurs o. s. v. Äganderätt är alltså i rättspråket ett förkortat uttryck för det förhållande, att en person under vissa omständigheter av rättsordningen tillerkännes skydd såsom ägare gentemot dem, som skulle vilja beröva honom saken, vägra lämna den till ägaren, annorledes tillgodogöra sig den, förstöra den o. s. v.»²

Det är icke uteslutet, att *Undén* gjort dessa egendomliga formuleringar till någon del under inflytande av vissa mina uttalanden.³ Förhåller det sig så, har han dock, såsom strax skall framgå, uppfattat mig radikalt oriktigt. Emellertid är det nu först ett misstag att påstå, att äganderätten i *rättspråket* skulle vara »ett förkortat uttryck för det förhållande etc.». Med det skydd, som enligt detta uttalande av rättsordningen skall tillerkännas ägaren, åsyftas givetvis, såsom också framgår å s. 94 (citerad nedan) i *Undéns* bok, diverse tvångsreaktioner mot en inkräktare. Men därmed är det ofrånkomligt, att *Undén* förfalskat rättspråket. Ty enligt den allmänna rättsvetenskapens läror inträda dessa tvångsreaktioner såsom

¹ Jfr Förre delen, s. 23 n. 1, samt noten å s. 76 f.

² Svensk sakrätt I, 1927, s. 83 (under rubriken »Äganderättens begrepp»).

³ T. ex. mina Kritik av nordiska skadeståndsläror i T. f. R. 1923, Förberedande utredning av vissa principer för reformering av hyresrätten, 1923, Vägen till fred, 1924, Superstition or rationality etc., 1925. — Såsom ett indicium på min förmodans riktighet kan hänvisas till *Undéns* uttalanden i T. f. R. 1928, s. 403 f. (Se även hans inlägg i Festskrift för Thyren, s. 78, och hans Juridik och Politik, s. 107 f., varom allt nedan.)

följder på ett ingrepp i annans äganderätt. I sådant avseende behöver jag endast hänvisa till vad jag i Förra delen anfört om författare sådana som *Windscheid, Jhering, Dernburg, Nordling, Trygger, Vinding-Kruse, Fehr, Berglund* etc.,¹ eller till processrättslärans allmänna tanke, att rättigheten utgör föremål för skydd genom processen, eller slutligen till hela folkrättsvetenskapen, som utan förbehåll för särskild betydelse i begreppet laborerar med staternas rättigheter, fastän det icke finns någon internationell rättsordning, i varje fall icke i den mening, vari *Undén* här använder ordet rättsordning. Överallt visar »rättsspråket» hän på begreppet rättighet såsom varande något, tänkbart i sig självt, sålunda något, oavsett rättsmaskineriet eller, med ett oegentligt uttryck, oavsett rättsordningens *uppehållande*.

Här synes mig nu vara platsen för ett *observandum*, som måste ha åtminstone någon betydelse för linjerna under närmaste årtionden för svensk rättsvetenskaplig utveckling. *Undén* har vid upprepade tillfällen både direkt och indirekt — såsom också av min följande kritik skall framgå² — låtit förstå, att vad jag vill föra fram i juridiken icke väsentligen vore något annat, än vad som hävdades av »nutida juridik». Detta verkar något egendomligt vid bl. a. följande förhållanden, nämligen *att* de flesta övriga nordiska kritiker förfäktat motsatsen delvis under stark indignation över mitt övermod att vilja söka riva ned en hel vetenskap och lägga grundvalen till en ny,³ *att* man i den anglosachsiska kritiken synes finna mitt huvudfel ligga i en alltför långt gående radikalism,⁴ *att*

¹ Se överhuvud 3 och 4 §§ samt s. 122 ff. och jfr s. 19—24, allt i Förra delen.

² Se angående direkt förfarande nedan, s. 121, 124—126, 150 f., 176 f., s. 178.

³ Så *Thyrén* i Sv. J. T. 1929, s. 227. Beakta även *Björlings* inlägg mot mig.

⁴ Så t. ex. *The Commonweal*, Jan. 1926, och *Allabad Pioneer* (15 nov. 1925), som finner min »Superstition etc.» innefatta »not a mere criticism of

jag på grund av mina rättsteorier betecknats såsom »einer der grössten Umwälzer unserer Zeit, etwa einem Einstein gleich zu setzen»,¹ att jag med dem säges företaga mig »das Gebäude einer Jahrtausende alten Wissenschaft umzustürzen»² o. s. v. Omnämmandet av dylika ting har i förevarande sammanhang betydelse, såtillvida som det möjligen kastar ett ljus över *Undéns* metod att i rättsspråkets äganderättsbegrepp inlägga en tanke, som *dels* har en viss *skenbar* likhet med mina uttalanden och *dels*, av rättslitteraturen att döma, är absolut främmande för den gängse rättsvetenskapen. Man kan nämligen befara, att *Undéns* iver att till det yttersta

jurisprudence; it is a denunciation», och betecknar mina teorier såsom »new and apparently eccentric and dangerous». — Times of India (Bombay 28 juli 1926) förstår det häftiga motstånd, som väckts av mina »attacks upon the fundamentally sacred principles», som dyrkas av jurisprudensen, då det ju alltid är »disconcerting when one's cherished beliefs are dug up by the roots and exposed to the light of day».

¹ *Heider*, Die Kampagne im Sundgan, II, 1928. Naturligtvis kan jag icke taga åt mig ett sådant omdöme, då ju *Hägerströms* rättsfilosofi är underlaget för mina egna undersökningar. Omdömen, liknande *Heiders*, angående mina teorier ha f. ö. framkommit också på annat håll. Efter publiceringen av min lilla avhandling »Das trojanische Pferd», i Preuss. Jahrbücher 1928, skrevs om denna (av dr Berthold Widman i Deutsche Stimmen, 5. 5. 1928, s. 272) efter erinran om den naturvetenskapliga utvecklingen från Ptolemäus till Kopernicus och från denne till Einstein bl. a. följande: »Dieses Fortschreiten von einer Beobachtungs- bzw. Erkenntnisposition zur anderen, betätigt dadurch, dass man das bisher als feststehend ausgemachte Element in ein Fliessendes verwandelt, Primäres zu funktionell Sekundärem werden lässt, dieses Fortschreiten will auf einem anderen Geistesgebiet ein Mann fördern, der sich in diesen Tagen zum ersten Mal in Deutschland zum Wort gemeldet hat».

² *Walz*, Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner, 1930, s. 147. *Walz*, som visat sig ha studerat min rättsåskådning mera ingående än någon annan av mina kritiker (varom nedan) ställer denna på grund av »ihrer ganzen Eigenart» i särklass och betonar angående min »Superstition etc.», att hela utredningen är förtjänt av »die sorgfältigste kritische Erwägung», att särskilt min folkrättskritik »nicht ernsthaft genug aufgenommen

reducera betydelsen av mina rättsforskningar helt ofrivilligt förlett honom till en sådan användning av det vanliga »rättspråket», att mina framställningar icke kunde ha den betydelse, som jag själv tillmäter dem. *Undéns* framställning av »rättspråket» på denna punkt är under alla omständigheter högst utmanande. En sådan innebörd i äganderättsbegreppet som den av *Undén* däri för »rättspråkets» räkning inlagda har jag själv aldrig någonsin mött i rättslitteraturen. Och *Walz*, en stor kännare av denna, anför gentemot mitt försök »den ganzen überlieferten Begriffsapparat der subjektiven Rechte und Pflichten . . . zu zertrümmern» bl. a. följande.

»Die Frage, ob die Zwangsrealisierung zu einem immanenten Begriffsmerkmal des Rechts erklärt werden soll, braucht hier nicht genauer entschieden zu werden: bei Gegnern und Anhängern dieser Auffassung steht das eine fest, dass die real erfolgende Zwangsexekution nicht identisch mit dem Tatbestand des Rechts ist, sondern dass sie diesem irgendwie zuzurechnen ist» (kurs. här).¹

Med vad jag anfört finner jag situationen vara sådan, att den motiverar en uppmaning till *Undén* att *angiva de litterära fakta*, på vilka han vill stödja sitt påstående, att rättspråkets äganderätt endast vore »ett förkortat uttryck för det förhållande . . . förstöra den o. s. v.». Ett uppklarande av denna punkt är viktigt för att förekomma en extraordinär förvirring hos det uppväxande juristsläktet i vårt land.

men werden kann», s. 146, samt att »mit solcher Entschiedenheit und Rücksichtslosigkeit ist die Rechtsnatur des Völkerrechts seit geraumer Zeit nicht mehr negiert worden», s. 39, ett påstående, som måste ses mot bakgrunden av hans åsikt att, om min argumentation är hållbar, så är »der Bestand des heutigen offiziellen Völkerrechts in vollem Umfange in Frage gestellt», ja, har »die Stunde des Völkerrechts geschlagen», s. 146 f. Detta bör beaktas, enär *Undén* också på folkrättens område bagatelliserar mina undersökningar, varom i Andra häftet. Därför nämnes här även, att min »Superstition etc.» utgivits på japanska med motiveringen, att »it throws a fresh light on the peace movement now prevailing in the world».

¹ *Walz*, a. st., s. 149.

Eljest är den ifrågavarande sidan av *Undéns* nu berörda formuleringar i förevarande sammanhang av underordnad art. Viktigare är här, att han med dem, oaktat deras realistiska syftning, står verkligheten lika främmande som den gamla vanliga jurisprudensen. *Undén* tror ju, att äganderätten innebär, att en person »enligt gällande rätt har vissa befogenheter i avseende å tinget». Därmed ha vi den »positiva rätten» — d. v. s., efter vad jag ovan visat, det rena ingenting — såsom basis för rättigheterna. »Gällande rätt» är blott en term, som i sak icke kan säga någonting. Bakom den termen döljer sig ett heterogent, högst invecklat komplex av psykologiska och andra faktorer, vilket jag trott lämpligen kunna betecknas såsom samhällsmaskineriet eller rättsmaskineriet. Hurudant detta nu i detalj än må vara beskaffat — visst är i varje fall, att det är logiskt orimligt att tala om »gällande rätt» såsom grund för rättigheter. Det är klart redan av min i Förra delen meddelade dels kritik av rättighetsbegreppet och dels framställning av realiteterna bakom rättighetsföreställningen.¹ För den, som icke vill göra en sådan slutledning, borde det vara klart åtminstone efter min förestående kritik av positivistiska läror. Hos *Undén* saknas nu varje närmare analys av vad »gällande rätt» i verkligheten kan vara för något. Allt vad jag i avseende å detta begrepp utvecklat synes vara *Undén* främmande; likaså — trots vissa realistiskt färgade ordalag hos honom — min analys i avseende å rättighetsbegreppet. *Undéns* hela framställning ådagalägger, att han fattar äganderätten såsom varande något, vilket hade både subjekt² och objekt.³ Läsaren bör observera de fullständigt från varandra skilda betydelse, i vilka *Undén* och jag tala om en persons, t. ex. den s. k. ägarens, »befogenheter». För *Undén* är det fråga om något rättsligen maktartat, och detta av den

¹ Se Förra delen, 3—5 §§.

² *Undén*, Svensk sakrätt, s. 83, 86 m. fl.

³ *Undén*, a. a., s. 86 ff.

anledning, att de »befogade» handlingssätten stå i överensstämmelse med »gällande rätt» och sålunda äro *auktoriserade* av »rättsordningen». Jag åter avser intet annat än *faktiska handlingsmöjligheter*, uppkomna genom andras faktiska tillbakahållande och riskfria genom frånvaro för personen själv av de menliga tvångsåtgärder, vilka skulle drabba andra, som företoge sig motsvarande handlingar. För *Undén* blir det fråga om »befogenheter» i vanlig mening, vilka skola »framgå av de olika rättsreglerna om stöld etc.» Enligt de synpunkter, som jag hävdar, är detta ett betraktelsesätt, som icke har något med realiteterna att skaffa. För mig är det alls icke fråga om några befogenheter i detta ords vanliga innebörd av »tillåtelse» att handla. Utan saken är blott den, att den s. k. ägaren, men inga andra, *faktiskt kan* med den ifrågasvarande riskfriheten handla på vissa sätt i avseende å tinget. Detta är icke ordrytteri utan en väsentlig distinktion, som blir nödvändig, så snart man tager avstånd från tron på rättsordningen såsom ett system av imperativer eller »tillerkännanden», överhuvud från tron på »rätten» såsom en sak, på dess »upprätthållande» såsom en annan, och från alla därmed sammanhängande förfalskningar av verkligheten. Ordet »befogenhet» är med hänsyn till den betydelse, däri vanligen inlägges, oriktigt att utan närmare förklaring använda, och jag beklagar, att jag någonsin i min rättskritik för egen del begagnat detsamma. Vad jag menat med ordet har dock varit omöjligt att missförstå för den, som tagit del av min tankegång i det hela. Av denna framgår nämligen, att en i en »rättighet» innefattad »befogenhet» faktiskt icke kan ha mera rättslig karaktär än (utan ingår i det naturliga sammanhanget på alldeles samma sätt som) t. ex. den skeppsbrutnes möjlighet att röra sig på en obebodd och — till undvikande av allt missförstånd — hittills oupptäckt och sålunda under ingens »suveränitet» fallande ö, ja, för att möjligen vara ännu tydligare, som djurens rörelsemöj-

ligheter inom ett fridlyst område. Med hänsyn till gängse språkbruk är det därför malplacerat att begagna ordet »befogenhet» och jag hoppas hava kunnat undvika detsamma i förevarande arbete.¹

I enlighet med det nu sagda och vad jag förut utvecklat² är det logiskt omöjligt att, såsom *Undén* gör, tala om subjekt eller objekt med hänsyn till den situation, som benämnes äganderätt. Man *kan* icke föra sådant tal utan tro på tillvaro av rättigheter såsom varande till i sig själva, d. v. s. såsom varande något annat än vissa trygga situationer, vilka uppkomma *genom att rättsmaskineriet hålles igång*, d. v. s. uppkomma såsom konsekvenser av »rättsreglernas» faktiska genomförande. Men när *Undén* talar om »gällande rätt» såsom grund för rättigheterna, antyder han alldeles icke något dylikt. Utan han giver uttryck åt den vanliga tron på de skrivna och oskrivna »rättsreglernas» kraft i och för sig. Detta framgår utom av det gjorda citatet också av den därefter följande punkten, i vilken lagstiftning och rättsvetenskap sägas ha »närmare utformat» äganderättsbegreppet, »med angivande av de befogenheter, som innefattas» däri. D. v. s. *positivismen* är den åskådning, genom vilken *Undén* förklarar tillvaron av s. k. rättigheter.³ Han antager ju öppet, att en person »av rättsordningen tillerkännes skydd såsom ägare». Sådant är givetvis lika överkligt som *Björlings* tal om, vad »rättsordningen föreskriver». Båda positionerna bliva nulliteter genom insikten om, att »rättsordningen» icke uppehålls av någon enhetlig vilja, utan att begreppet upplöser sig i det

¹ Jag medgiver villigt, att min ifrågavarande terminologi liksom också vissa andra uttryckssätt i tidigare arbeten berott på, att jag då icke såg tillräckligt klart på frågorna för att kunna tillfullo beakta faran av missförstånd genom den fortsatta användningen av vissa gängse språkbruk.

² Särskilt i »Superstition etc.», s. 110—119, samt Förra delen, 5 §.

³ *Undéns* allmänna positivistiska åskådning framträder tydligt i hans »Juridiken som vetenskap», 1918, s. 4—8, och »Juridik och Politik», 1927, s. 11—16.

heterogena komplex, som jag här förut med hjälp av citat från *Hägerström* sökt angiva. Utan tanken på en enhetlig, maktfullkomlig vilja bakom rättsordningen är det — vad nu *Undén* angår — uteslutet att med någon mening i orden tala om det skydd, som »av rättsordningen tillerkännes». För övrigt har ju *Undén* uttryckligen förklarat sig tro på rättsordningen såsom ett system av imperativer.¹ Ja, han har varit till den grad oberörd av allt, som framförts till argumentering för absurditeten i en sådan tro, att han 10 år efter sin första framställning ånyo publicerade densamma utan att i nu berörda avseende göra någon ändring. Men i citatet från »Svensk sakrätt» finner ju *Undén* äganderätten grundad icke i rättsordningens *imperativer* utan i dess *tillerkännanden*? Liksom många andra svenska forskare har *Undén* kanske icke tänkt sig så noga in i, hur beskaffad den grund skall vara, utifrån vilken han för sina rättsliga resonnemang. Möjligen menar han, att »imperativer» till alla *andra* att avhålla sig från tinget ur en »ägares» synpunkt te sig såsom »tillerkännanden» av rättsskydd. Möjligen har han i tankarna *Sjögrens* »primärt berättigande» satser. Vad som närmare av *Undén* kan åsyftas, må dock här vara tämligen likgiltigt, enär hans ståndpunkt under alla omständigheter är ohållbar. Ty efter vad jag ovan, s. 39 ff., påvisat, är det lika fantastiskt att räkna med »primärt berättigande» rätts-satser som med imperativer.

Emellertid skall jag nu ytterligare från *Undéns* ifrågavarande arbete taga ett av dessa karakteristiska uttalanden, i vilka formuleringen icke kan dölja rotbundenheten vid den gamla vanliga jurisprudensens åskådning. *Undén* säger, alltjämt under rubriken »Äganderättens begrepp», följande:

»Äganderätten är den starkaste av sakrätterna. Den innebär befogethet att råda över en sak i skilda hänseenden, att förfoga över saken i dess totalitet inom de gränser, som varje rättsordning utstakar,

¹ *Undén*, Juridik och Politik, s. 11, 14.

och med de inskränkningar, som ägaren själv genom rättshandlingar med andra personer ålagt sig. Någon otadlig definition av äganderätten, sådan denna rätt uppfattats under olika tider och på grundvalen av skilda rättssystem, torde icke kunna uppställas. Varje definition måste få en i hög grad formell karaktär. Det maximum av befogenheter över en sak, som en viss rättsordning medgiver, sammanfattas såsom äganderätt.

Man kan betrakta äganderätten liksom andra sakrätter ur två synpunkter: ägarens befogenheter i avseende å objektet, å ena sidan, hans skydd gentemot tredjeman å andra sidan. I förra avseendet tänker man på de regler, som gälla ägarens befogenheter att så väl faktiskt draga nytta av saken — t. ex. konsumera den, begagna den, draga avkastning av den, inneha den — som rättsligt förfoga över den, t. ex. sälja, skänka bort, hyra ut, låna ut, pantsätta den. I senare avseendet åsyftas rättsreglerna om straff och skadestånd för varjehanda egendomsbrott och om återkrävande av sak som kommit i annans besittning (vindikation). Det kan emellertid påstås, att äganderättens *innehåll* och dess *rättsskydd*, under vilka rubriker dessa två grupper av rättsregler brukas behandlas, egentligen låta sig reduceras till rättsskyddet, enär »befogenheten» att begagna en sak är en annan sida av rättsskyddet. Befogenheten förlorar i regel varje praktiskt värde och gripbart innehåll, om den icke innebär just rättsordningens skydd, straffrättsligt, processuellt och exekutivt, i avseende å objektets behållande och begagnande. Den nämnda uppdelningen i innehåll och rättsskydd, eller äganderättens inre och yttre sidor, såsom uttrycket också lyder, har heller intet annat syfte än att beskriva äganderätten från olika synpunkter.»¹

Här ha vi nu först i båda styckena ofrånkomliga uttryck för tron på en rättsordning *in abstracto* med därifrån härledd rättslig effekt för individerna i dessas förhållanden till varandra. Denna tros faktiska grundlöshet torde få anses vara till full evidens ådagalagd genom min föregående framställning under rubriken »Rättspositivismen och rättsmedvetandet» jämte däri gjorda hänvisningar.

Härmed sammanhänger givetvis försöket i första stycket att »definiera» äganderätten. I detta försök framträder oför-

¹ Undén, Svensk sakrätt I, s. 93 ff.

tydbart tanken på existensen av något, vars existens dock, efter vad som ingående utretts,¹ är logiskt omöjligt att antaga. Det har ju först visats, att rättigheter icke kunna finnas. Vidare har ådagalagts arten av de realiteter, som äro påvisbara i med »rättighet» betecknade situationer. Denna art är sådan,² att det icke kan ha någon mening att i en saklig framställning göra sådana uttalanden, som *Undén* här gjort.

Det sist sagda gäller även 2:dra stycket i citatet. Men detta föranleder ytterligare följande anmärkningar. De tre första punkterna däri äro, jämte första stycket, uttryck för uppfattningen av äganderätten såsom varande något i sig själv, d. v. s. oberoende av rättsmaskineriets uppehållande. Inneböörden av hela uttalandet före de tre sista punkterna kan logiskt icke vara någon annan, än dels att äganderätten innefattade vissa befogenheter, visserligen grundade i »positiv rätt», men likväl varande till oberoende av *uppehållandet* av straff-, skadestånds- och vindikationsrätten, och dels att denna äganderätt skyddades genom nyssantydde rättsregler. I de tre sista punkterna suddas emellertid denna ståndpunkt över på ett anmärkningsvärt sätt. Ja, skall det verkligen ligga något särskilt i vad som sägs i dessa tre punkter, måste de anses fullständigt slå ihjäl det först sagda. *Undén* synes själv ha haft en ganska stark känsla härav, att döma av åtskilligt. Vi ha först de modifierande orden »egentligen» och »i regel». Man observerar vidare, att *Undén* nu plötsligt skriver »befogenheten» med citationstecken. Förut i båda här ovan anförda uttalandena har det icke skett. Saken är uppenbarligen den, att uttalandena förut *vila på* uppfattningen av befogenheter i rättslig mening såsom primära i förhållande till och föremål för rättsskydd, under det att *tendensen* i de tre sista punkterna äro oförenliga med en sådan åsikt. Till sist må i detta sam-

¹ Se Förra delen, 3, 4 och, särskilt, 5 §§.

² Se Förra delen, särskilt s. 107—109 och 118—122.

manhang märkas, hur *Undén* för att mildra det bryska i övergången från det förut hävdade till de tre sista punkterna nödgas reducera »befogenheten» till något som »i regel» saknar »varje praktiskt värde och gripbart innehåll». Saken är helt enkelt den, att det icke alls finns några befogenheter i den mening, varom *Undén* talar. Erkändes detta öppet av *Undén*, skulle hela hans framställning sväva i luften. Faktiskt för han nu i stället fram ett gåtfullt tal om »befogenheter», bestående i — ingenting. Egendomligt är även *Undéns* uttalande, att »befogenheten» skulle »innebära just rättsordningens skydd». Detta har intet realiserbart innehåll, är alltså en tom fras, varom man genom tankeexperiment kan övertyga sig.

Den bristande logiken i dessa *Undéns* sista tre punkter, sedda både för sig och i jämförelse med hans föregående uttalanden, torde, åtminstone delvis, bero på ett missförstånd av mina uttalanden.¹ Jag har stundom uttryckt saken så, att realiteten i den s. k. äganderätten blott är en situation, uppkommen såsom en konsekvens av eller »en annan sida» (jämför *Undén*) av vissa reglers uppehållande (men alldeles icke, såsom *Undén* fullkomligt meningslöst tror, av »rättsskyddet»). Därmed har jag, såsom man förstår både av Förra delen och föregående mina skrifter, icke kunnat mena något sådant, som att »äganderättens innehåll och dess rättsskydd... egentligen låta reducera sig till rättsskyddet». Detta är nämligen genom sin motsägelsefullhet något orimligt. Ett rättsskydd måste alltid förutsätta något som skyddas; alltså kan icke detta något vara involverat i rättsskyddet. Vad jag hävdar är nu, att detta något, som skulle skyddas genom vissa rättsreglers genomförande, icke finnes till, och att realiteten, som man famlar efter, icke är något annat än situationer, *betingade* av rättsmaskineriet, sålunda konsekvenser av, jämte andra fakta, vissa straff-, skadestands- och andra

¹ Se ovan, s. 110 n. 3.

reglers uppehållande. Jag medgiver nu, liksom alltid, att man kan diskutera lämpligheten av den av mig själv stundom använda *terminologien*. Men åtminstone i mina senare arbeten torde densamma icke behöva vilseleda den mera eftertänksamme läsaren, enär *sammanhanget* måste vidhandengiva min verkliga mening. När jag t. ex. i min »Superstition etc.» stundom betecknar realiteten bakom den s. k. äganderätten såsom »legally protected situation» (eller, i en på tyska skriven avhandling, såsom »gesicherte Position»), så synes mig ingen kunna undgå att av min utveckling av hela saken förstå, att det blott är en *för korthetens skull gjord benämning* för situationer, vilka helt och hållet uppstå, få hela sin konsistens *blott* — om man nämligen lämnar ur räkningen den fysiska naturens och människans existens — såsom indirekta följder av att vissa »rättsregler» praktiskt taget konsekvent och oemotståndligt uppehållas. Beteckningen av sådana situationer såsom »legally protected situations» kan dock missförstås därhän, att fråga vore om vissa situationer, som *redan* hade sin karaktär oberoende av antydda rättsreglers uppehållande och genom detta s. a. s. förstärktes. Ett sådant missförstånd har också *Undén* begått, såsom tydligast framgår av ett hans ännu senare uttalande:

»Det är svårt att inse nödvändigheten eller betydelsen av att utbyta begreppet subjektiv rätt mot t. ex. begreppet »legally protected situation» eller »gesicherte Position», alldeles oavsett att de sistnämnda uttrycken i sig må vara oklanderliga.»¹

Visserligen är detta svårt att inse, *för det fall* att de av mig använda orden vore att tolka strängt efter bokstaven. De äro nämligen ingalunda, såsom *Undén* synes förmoda, »i sig oklanderliga». Jag *trodde* dem vara användbara, d. v. s. icke vilseledande, såsom blott och bart benämningar *efter* de utredningar, jag företagit. Att *Undén*, som så mycket sysslat med mina skrifter, letts vilse av dessa benämningar visar, att

¹ *Undén* i Festskrift tillägnad Axel Hägerström, 1928, s. 174 n. 3.

jag i denna tro tagit miste och att svårigheter yppa sig med hänsyn till sättet att uttrycka de tankar, jag vill föra fram.

Tager man nu *Undéns* ovan, s. 117 f., citerade yttrande i dess helhet, däri inneslutna även de tre sista punkterna, så ligger det ovillkorligen närmast till hands att utläsa, att det oberoende av straff, skadestånd, vindikationsmöjlighet o. s. v. skulle finnas *något* — låt vara utan »praktiskt värde och gripbart innehåll!» — som är föremål för rättsskydd genom straff-, skadeståndsrätten o. s. v. Denna tankes ohållbarhet är fullt utredd. Skall *Undén* i de tre sista punkterna ha sagt något från denna tanke avvikande, så har han därmed också tagit avstånd från det övriga, han yttrat om äganderättsbegreppet, jämväl allt vad han sagt i första stycket och förra delen av andra stycket i sitt ifrågavarande uttalande. Angående detta må nu ytterligare följande anmärkas.

Undén skiljer ju mellan ägarens *befogenheter* i avseende å en sak och *rättsskyddet* för dessa. Befogenheterna skola framgå av de regler, som möjliggöra för ägaren att »konsumera saken, begagna den, draga avkastning av den, inneha den» samt »sälja, skänka bort, hyra ut, låna ut, pantsätta den». Däremot skola alla dessa befogenheter icke härflyta ur »rättsreglerna om straff och skadestånd för varjehanda egendomsbrott och om återkrävande av sak som kommit i annans besittning». Sådana regler avse blott rättsskyddet. Detta måste väl ändock vara något ganska extraordinärt av en person, vilken i likhet med *Undén* har sin uppmärksamhet riktad på den kritik av rättighetsbegreppet, som jag framställt. Om vi tänka bort straffrätten och skadeståndsrätten, d. v. s. om sådant, som vi nu kalla för rån, stöld, förskingring, olovligt begagnande, skadegörelse å sak o. s. v., icke medförde några rättsliga påföljder — hur skulle man då i någon som helst mening kunna tala om någon som helst av de befogenheter, som *Undén* radar upp? Icke ens *tanken* på sådant som försäljning, bortskänkande, uthyrning och pantsättning skulle

kunna uppstå! Och vad angår »befogenheter» att konsumera och inneha en sak kunde man med icke mindre fog tala om sådana hos vilddjuren. I stället för att strax efteråt släta över sitt tal om dessa »befogenheter» med förklaringen, att de »i regel förlora varje praktiskt värde och gripbart innehåll», synes det mig, att det hade varit mera vetenskapligt att medgiva kritikens riktighet och öppet erkänna, att jurisprudentens rättighetsföreställningar, hur de än vridas och vändas, motsägas av de faktiska förhållandena. *Undéns* ifrågavarande framställning visar oss, vilken tankeoreda som uppstår, när man till varje pris söker hävda jurisprudentens utgångspunkter gent emot en på fakta grundad kritik.

Ungefär samtidigt med nu berörda arbete publicerade *Undén* uppsatsen »Folkrätt och naturrätt».¹ Han har här direkt tagit ståndpunkt till min syn på rättighetsbegreppet, såsom jag utvecklat denna i min »Superstition or rationality etc.», en utveckling, som sakligt står i fullständig överensstämmelse med vad jag i Förra delen, 3—5 §§, framställt. Emellertid är det ju givet, att jag ofta betecknat rättighets-situationen med ordet rättighet, nämligen när en analys av realiteterna därbakom icke för ögonblicket varit av betydelse eller man i allt fall av sammanhanget bort förstå, att jag blott använt ordet, enär det utgjorde den gängse beteckningen för något, som jag på skilda ställen i min bok sökt analysera. Emellertid hade jag för ytterligare tydlighets skull efter min behandling av inomstatlig rätt, innan jag övergick till »folkrätten», fogat följande not å s. 158:

»In order to avoid any misunderstandings, I take the liberty of drawing attention to the following. When I have used in this book such words as 'right', 'obligation', 'liability', and 'property'. I have done so for the sake of brevity. In reality there is no 'right', no 'obligation', no 'liability', and no 'property' in the common sense of the words.

¹ Tryckt på två ställen, i Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén, 1926, samt i *Juridik och politik*, 1927.

I have used them only as indicating situations in which certain modes of conduct are followed by certain legal consequences. My meaning in using these expressions appears quite clearly from what I have set forth under 'Civil Law', especially under 'The Law of Contract' and 'The Idea of Right'.»

Undén citerar detta samt tillfogar:

»Det borde dock inte förmenas andra juridiska författare att begagna samma språkbruk, utan att därför misstänkas inlägga i dessa termer en ursprunglig, mera substantiell betydelse än vad Lundstedt själv gör. — Överhuvud är det emellertid en tendens hos Lundstedt att förstora och skärpa motsättningen mellan sin egen ståndpunkt och andras etc.»¹

Härtill bör nu för tydlighetens skull läggas, att *Undén* någon tid därefter påstått, att min i mitt engelska arbete utvecklade syn på rättighetsbegreppet vore överensstämmande med »en ganska utbredd riktning inom den nutida juridiken».² Syftande på mina uttalanden, ordar *Undén* rent av om »ett dylikt rättighetsbegrepp»! Enligt vad jag sökt utreda finns det ju inga rättigheter, ehuru jag medgivit, på grund av språkbruket, att ordet kunde användas såsom *blott och bart ett ord* för att beteckna vissa realiteter, vilka det är logiskt omöjligt att inränga såsom rättigheter.³

Må man efter dessa uttalanden av *Undén* nu beakta min framställning i Förra delen, med vilken undersökningarna i min engelska bok i sak fullt överensstämma! *Undéns* försök att få »rättsspråkets» rättighetsbegrepp att gå ihop med verkligheten har trots alla formuleringar icke kunnat dölja, att han för egen och jurisprudentens räkning hamnat i en positivism, där hela »grunden» för rättigheterna utgöres av någonting, som icke finns till, nämligen rättsordningens »tillerkännanden» eller »imperativer». *Nolens volens* har *Undén*, lika litet som jurisprudenten i övrigt, lyckats frigöra sig från en

¹ Skifter etc., s. 78; Juridik och Politik, s. 107 f.

² T. f. R. 1928, s. 403 f.

³ Se min »Superstition etc.», bl. a. s. 110 ff.

åskådning, i vilken ingår tron på en persons rättsliga befogenheter, såsom varande till oberoende av *genom process och exekution uppehållen* rättsordning och såsom utgörande *föremål* för rättsskydd. Till den grad har *Undén* rotat in sig i de gängse chimäriska rättsföreställningarna, att han — också när han tvingas att för ett ögonblick observera, hur luftiga dessa »rättighetshavarens» befogenheter äro — icke kan medgiva deras obefintlighet och hela åskådningens fullständiga oduglighet utan faktiskt fortsätter i de gamla banorna efter en förklaring, att dessa befogenheter »i regel förlora varje praktiskt värde och gripbart innehåll». Hur ställer det sig då, måste man fråga, när icke *regel* utan *undantag* föreligger? Ser man *Undéns* ifrågavarande uttalande i belysning av fakta, så leder det till två alternativa orimligheter. Den ena: *laborerandet* med befogenheter, som sakna allt både praktiskt värde och gripbart innehåll, ett problem som ingen utom *Undén* själv torde vara mäktig att lösa. Den andra: *laborerandet* med verkliga befogenheter såsom föremål för rättsskydd, något vars orimlighet framgår av vad jag utvecklade både här ovan och i Förre delen. Det är emellertid alldeles icke min avsikt att vilja pressa *Undéns* ordalag. Låtom oss tänka bort ordet »i regel»; låtom oss tillfoga den av *Undén* uteglömda slutsatsen, att befogenheter utan varje gripbart innehåll är = befogenheter saknas; och låtom oss eliminera bort det av *Undén* i samma punkt använda begreppet »rättsskydd», vilket ju förutsätter »befogenheten» såsom föremål! Vi antaga sålunda för ett ögonblick, att *Undén* i denna punkt verkligen gjort en reflexion, som står i överensstämmelse med det verkliga förhållandet, att det icke finns någon äganderätt och att det rörde sig endast och allenast om en situation, uppkommen såsom indirekt följd av rättsmaskineriet. Vad sen? Denna hans verklighetstroga reflexion skulle ju genom sin unika karaktär ha varit alldeles utan betydelse, insatt som den varit i en framställning, som i övrigt *genomgående* byggt på den gamla

rättighetschimären. Och även om *Undéns* uttalande kunde tolkas såsom innebärande en sådan reflexion, borde han icke lämpligen gentemot min kritik åberopa sig på densamma. Den vore ju motsagd av hela hans framställning i övrigt! Redan denna omständighet måste också utesluta antagandet, att *Undén* verkligen avsett att giva uttryck åt reflexionen ifråga. *Undén* har emellertid jämväl genom sista punkten i uttalandet, citerat här ovan s. 117 f., sörjt för, att det blivit utslutet att tro honom ens för ett ögonblick ha haft en realistisk syn på den s. k. äganderätten. Ur alla töcknen reser sig nämligen här till sist en äganderätt, som visserligen icke kan *beskrivas* annorlunda än genom en *overklighet* — nämligen genom den av *Undén* själv, åtminstone i ett moment, såsom orell betecknade »uppdelningen i innehåll och rättskydd» — men likväl skall *vara verklig*. Ty man kan väl icke tilltro *Undén*, att han företagit sig att på detta omsorgsfullt invecklade sätt »från olika synpunkter beskriva» något, som enligt hans egen mening icke kunde finnas till.

Härefter torde reflexionerna göra sig själva angående arten av *Undéns* nyssberörda uttalanden om den väsentliga överensstämmelsen mellan min syn på rättighetsbegreppet å ena sidan och hans egen och nutida juridikens å andra sidan. Jag har hävdad, att hela begreppet är en gammal traditionell fantasi-produkt, i verkligheten något otänkbart. Enligt nutida juridikens åsikt — ävensom enligt *Undéns*, därest denne nu överhuvud kan sägas ha *en* åsikt i ämnet — är rättighetsbegreppet en av hörnstenarne i hela lärobyggnaden.

Det vetenskapliga underlaget för *Undéns* rättighetsbegrepp.

Undén har senare gjort nya uttalanden i bl. a. frågan om rättighetsbegreppet.¹ Framställningen präglas av den mot-sägelsefullhet, som följer av realitetssträvanden, vilka dock

¹ *Undén*, Några synpunkter på begreppsbyggnad inom juridiken i Festskrift tillägnad Axel Hägerström, 1928, s. 167 ff.

icke sätta realitetsintresset högre, än att de vila på utgångspunkter, som i allt väsentligt bibehållit den traditionella rättsvetenskapens verklighetsfrämmande positioner.

Undén skiljer mellan rättigheten såsom ett substansbegrepp och densamma såsom ett funktionsbegrepp. Blott för naturrättslig åskådning vore rättigheten ett substansbegrepp. Alltmera viker denna uppfattning och man behandlar, liksom *Undén* själv, rättighetsbegreppet såsom funktionsbegrepp. Om, säger nu *Undén* med tydlig anspelning på sig själv,

»en författare t. ex. avvisar antagandet av rättigheter, existerande oberoende av positiv rätt, och lämnar öppet vilka faktorer det är, som åstadkomma rättsordningens upprätthållande, sålunda icke i rättighetens eller förpliktelsens begrepp inlägger något annat än hänvisningen till ett visst »rättsläge», sådant detta ter sig enligt de faktiskt upprätthållna rättssatsernas innehåll, så kan det påstås, att författaren i fråga använder rättighetsbegreppet såsom funktionsbegrepp. Att begreppet rättighet, så fattat, är av den största praktiska betydelse för rättsreglernas utformande och återgivande kan icke gärna bestridas. En kritik av rättighetsbegreppet har sitt fulla berättigande, om den riktar sig mot uppfattningen av detsamma såsom substansbegrepp. Men fattas det såsom funktionsbegrepp med uppgift att underlätta klarläggandet av det rättsliga regelsystemets innehåll, så kan begreppet naturligtvis ej kritiseras med invändningen, att några »rättigheter» inte existera. Begreppet hänvisar nämligen ej på några reala krafter, som antagas existera i den naturliga verkligheten eller i en övernaturlig sfär, utan är ett konstruerat begrepp, avsett att angiva ett visst förhållande. Det är ett funktionsbegrepp, åsyftande att för tanken tydliggöra det rättsliga regelsystemets teoretiska innehåll eller praktiska tillämpning i ett konkret fall. Begreppet bör ej prövas efter sitt sanningsvärde, eftersom det aldrig gör anspråk på att återspegla ett natursammanhang, utan efter sin ändamålsenlighet».¹

Här skulle nu — liksom också beträffande nästa långa citat av *Undén* — helt allmänt kunna sägas, att samma slags tankefel föreligga, som kritiserats från *Undéns* »Svensk sakrätt». Och jag skulle kunna inskränka mig till en hänvisning till min nyss utförda kritik därav. Hur motbjudande en upprepning

¹ *Undén*, a. st., s. 173.

av synpunkter än alltid måste förefalla, nödgas jag nu likväl på grund av min erfarenhet från svensk rättspolemik och i enlighet med ovan, s. 108 f., framställda anmärkningar punkt för punkt granska *Undéns* satser.

Undén godkänner tydligen här (i början av citatet) rättigheter, *grundade i positiv rätt*. Bakom detta godkännande dölja sig nu skilda tankefel. Rättigheten i verklig *begreppslig* mening (d. v. s. annorlunda än blott ett *ord*, vilket kan utbytas mot varje annat ord, som man bestämmer sig för) och alltså i *Undéns* mening¹ är en logisk omöjlighet, vilken grundval för densamma man än skulle söka åberopa, alltså även om man till denna grundval skulle hänföra rättsordningen i betydelse av det i gång varande rättsmaskineriet. Ty de *realiteter*, som därigenom få konsistens, hava, efter vad jag både här förut, i Förra delen och annorstädes visat, intet med rättighet i nyssnämnd begreppslig mening att skaffa.² Nu avlägsnar sig *Undén* emellertid om möjligt ännu längre från verkligheten, i det han — i överensstämmelse med sin framställning i »Svensk sakrätt» — som grundval åberopar »positiv rätt». Han kan därmed icke mena något annat än dessa rättsordningens »tillerkännanden» eller »imperativer», med vilka han förut laborerat, och vilkas existens är lika chimärisk som varje annan

¹ Framträdande även i nu behandlade framställning, efter vilken A t. o. m. kan ha »en konkret rättighet (fordran) mot B enligt det rättsliga regelsystemets anvisningar, och i process mot B tvista om denna rättighet», a. st. s. 175, varom nedan.

² Jag tillåter mig här fästa uppmärksamheten på att *Undén* tager miste, när han tror att *Olivecrona*, Studier över begreppet juridisk person, 1928, s. 37, givit uttryck åt, att »en rättighet skulle beteckna en i kraft av den faktiskt genomförda rättsordningen bestående makt», a. st., s. 174. *Olivecrona* angiver å sidan ifråga *icke* sin egen mening om hithörande realiteter. En uppfattning, sådan som den *Undén* alltså oriktigt tillskriver *Olivecrona*, är emellertid — vilket *Undén* synbarligen icke märkt — rent metafysisk. Detta tror jag mig verkligen ha visat upp i Förra delen. Jag hänvisar *särskilt* till s. 47 f., s. 53 f., s. 107 f., s. 118—122 ib.

naturrättslig vidskepelse.¹ *Undén* skriver såsom om han själv vore frigjord från dylik, en godtrogenhet som nu nästan går väl långt. Att *Undén* till utgångspunkt har dessa en maktfullkomlig »rättsordnings» satser är ju klart av vad som förut yttrats om hans skrifter. Utom hans direkta uttalanden måste märkas *konsekvensen* av hans tankegångar, vilken esomoftast visar tillbaka på denna utgångspunkt. Jag erinrar om hans tro på särskilda rättsregler, som skola grunda t. ex. befogenheter för en s. k. ägare att draga nytta av och disponera över tinget. Sådana rättsregler kunna blott antagas av dem, som tro på en auktoritativ över de enskilda upphöjd enhetlig vilja, från vilken dessa rättsregler med sina föreskrifter och tillerkännanden skola utgå. Från nu föreliggande och nästkommande citat — i vilka *Undén* visserligen synes besvärad av en viss ängslig försiktighet — må följande uttryck anföras, vilka, försiktigheten till trots, bliva ihåliga fraser genom insikten om, att »rättsordningens» viljeuttryck äro rena fantasier. *Undén* talar om:

något »sådant det ter sig enligt de faktiskt upprätthållna rättssatsernas innehåll»; rättighetsbegreppets »uppgift att underlätta klarläggandet av det rättsliga regelsystemets innehåll»; dess syfte »att för tanken tydliggöra det rättsliga regelsystemets teoretiska innehåll eller praktiska tillämpning i ett konkret fall»; »tankeinnehållet i rättsreglerna» under åsidosättande av frågan »om de krafter, som upprätthålla rättsreglerna»; en »situation, vilken enligt det rättsliga regelsystemet (rättsordningen, gällande rätt) skall inträda»; »det rättsliga regelsystemets teoretiska anvisningar».

Naturligtvis vill jag icke bestrida, att man kan begagna sådana uttryckssätt för *allmänna hänsyftningar*, i vilka det icke hänger på logisk exakthet i avseende å det, varpå hänsyftas. Men de äro icke blott odugliga utan genom den särskilda förvirring, de åstadkomma, även utomordentligt skadliga, när de — såsom hos *Undén* — användas som *utgångspunkter* eller *led* i förment vetenskapliga resonnemang. Det *går logiskt*

¹ I detta avseende hänvisas till min förutstående kritik av positivismen.

icke att draga någon som helst konklusion på basis av sådana uttryckssätt, helt enkelt därför, att dessa själva äro uttryck för *tankefel*.¹

Jag skall emellertid nu något närmare uppehålla mig vid det citerade uttalandet av *Undén*. Denne säger sig kunna bortse från, »vilka faktorer det är, som åstadkommer rättsordningens upprätthållande» och blott räkna med »de faktiskt uppehållna rättsatsernas innehåll». Innebörden av en sådan ståndpunkt kan icke vara någon annan än den, att det skulle vara logiskt möjligt att vetenskapligt behandla en »rättsregel» såsom varande något gripbart, oavsett rättsmaskineriet. Beaktar man min kritik av den historiska rättspositivismen och särskilt vad jag utvecklat angående den logiska omöjligheten att tro på rättsregler vare sig *in abstracto* eller såsom tillhörande rättsmaskineriet, så blir en sådan ståndpunkt som *Undéns* ännu orimligare, än om man t. ex. trodde sig kunna utleta hjärtats funktion för hela organismen utan att i avseende å denna ha kunskap om något annat än — hjärtat. Jag säger ståndpunkten är om möjligt ännu orimligare, ty hjärtat kan dock tänkas både isolerat och i organismen. Men rättsregler kunna icke tänkas, varken *in abstracto* eller såsom tillhörande samhällsmaskineriet. Inom lagstiftningsarbetet kan man vid stiftandet av vanliga lagar utan menliga verkningar förfalska situationen till meddelandet av rättsregler, alldenstund lagordens utformning måste bliva alldeles densamma vare sig lagstiftaren tror sig meddela rättsregler eller icke. Även domaren kan utan omedelbart påtaglig skada för samhället inbilla sig tillämpa rättsregler, ehuru dock, såsom jag nedan påvisar,² det vore nyttigare för rättsutvecklingen, om han hade kunskap om verkliga förhållandet. Men inom en *rättsvetenskap*, som syftar till klar-

¹ I detta avseende hänvisas till det föregående, särskilt s. 91—102.

² Se nedan, s. 258 f.

het över verkligheten, är det absolut omöjligt att resonnera med utgångspunkt från rättsregelsbegreppet vare sig *in abstracto* eller icke, alldenstund en sådan utgångspunkt måste förutsätta en verklighetsfrämmande och därför *ovetenskaplig* tro på tillvaron av ett överindividuellt subjekt, varifrån auktoritativa »imperativer» eller »tillerkännanden» skulle emanera, samt på tillvaron av en övernaturlig, s. k. bindande, kraft hos det sålunda emanerade.

Men låt oss för ett ögonblick tillmötesgå *Undén* ett steg i förfalskning av situationen, så att vi inbilla oss, att rättsregler vore tänkbara. Vad vore därmed vunnet? Ett »rättsläge», bestämt enligt »innehållet» i en rättsregel, vore ju likväl intet annat än en fras. Ty om rättsläget verkligen självt skall vara något, så kan dess tillvaro icke ha något som helst samband med rättsregeln ifråga. Hur mycket man än tänkte sig ett auktoritativt subjekt bakom rättsregeln, kunde därav dock aldrig bliva något annat än ett visst idéinnehåll, som icke har något med fakta att skaffa. Ett faktiskt rättsläge i enlighet med en tänkt rättsregel måste alltid ha uppstått *fullkomligt oberoende av denna*, såvida man icke med de gamla romarne och deras rättsvetenskapliga efterföljare tror på ordmagi. Men detta steg n:r 2 i förfalskning av situationen finnes uppenbarligen ingen anledning att här företaga. Jag ville endast visa, att — bortsett från det falska i antagandet av rättsregel — även själva den abstraktion, som *Undén* gör, är rent meningslös. Alla sådana situationer, som plåga betecknas som rättigheter (eller rättsförhållanden) och som *Undén* på annat ställe exemplifierat med tal om allehanda »befogenheter» att nyttja och disponera över en sak, äro *otänkbara utan det*, som *Undén* vill abstrahera från, när han skall förklara — just dessa situationer. Särdeles gåtfullt synes det mig nu vara, hur *Undén* med dessa verkligheten förvrängande¹

¹ Lägg märke till *Undéns* »Begreppet bör ej prövas efter sitt sannings-

abstraktioner skall kunna »för *tanken* tydliggöra det rättsliga regelsystemets teoretiska innehåll eller praktiska tillämpning i ett konkret fall». Och tror man på »ändamålsenligheten» i sådant, så vet man sannerligen icke, varom fråga är.

Det är sålunda på situationer, vilka icke i verkligheten kunna finnas,¹ som *Undén* insisterar att få anbringa »funktionsbegreppen» rättighet och förpliktelse, begrepp vilka skola vara »av den största praktiska betydelse för rättsreglernas utformande och återgivande». Att man skulle direkt införa osannfärdigheter till gagn för det vetenskapliga sannings sökandet är dock ett förslag, vars framställande — låt vara att *Undén* därvid haft berömda förebilder — man får hoppas i längden icke skall tillvinna sig rättsvetenskapsmännens sympatier. Förslaget har emellertid en särskilt tvivelaktig sida, som *Undén* försummat att utveckla. Jurisprudensen har nu i sekler använt rättighetsbegreppet, i tro att det varit sant. Än i dag använder den allmänna jurisprudensen begreppet i denna tro. *Undén* är i det hela taget nästan ensam om att vilja använda detsamma i fullt medvetande om, att det är falskt. Det är nu givet, att användningen av ett *falskt* begrepp i rättsvetenskapen måste gestalta sig helt olika, alltefter om man *har* kunskap om dess falskhet eller *icke*. Detta är nu första gången, som *Undén* otvetydigt meddelar, att begreppet är falskt.² Och han skulle näppeligen så demonstrativt ha gjort det här, om han icke föranletts därtill av missnöje med mina framställningar. Härav kan man närmast draga den slutsatsen — eftersom *Undén* icke kan vara likgiltig för hur

värde eftersom det aldrig gör anspråk på att återspegla ett natursammanhang» (d. v. s. något verkligt); märk vidare, att fråga blott vore om »ett konstruerat begrepp».

¹ Se föreg. not.

² Möjligen skall en antydning därom finnas i hans »Panträtt i rättigheter» (1 uppl. s. 16 f.; 2 uppl. s. 6 f.). Vad han här menar har jag dock icke kunnat utröna, då framställningen är mig obegriplig.

begreppets användning i juridiken utfaller — att *Undén* själv helst sett, att jurisprudensen fått förbliva ovetande om *Undéns* egen kunskap, att rättighetsbegreppet *blott* är *ändamålsenligt* men *icke sannfärdigt*.¹

Vad som särskilt underhåller *Undéns* tro på abstrakt givna auktoritativa satsar, ur vilka vissa rättslägen läte sig bestämmas, är den metodiska felaktighet, som jag varit angelägen att vid varje tillfälle så skarpt som möjligt fästa uppmärksamheten på. Jag syftar på denna närsynta betraktelse av de enskilda »konkreta fallen», som man tror regleras av rättsordningen. Dessa »fall» eller »rättslägen» uppstå genom att man *ur sitt logiskt nödvändiga sammanhang* ryckt loss något, som sålunda självt i denna isolering är otänkbart.² Denna jurisprudensens brist på förståelse för de olika »rättslägenas» inställning i hela samhällsmaskineriet är något, som måste övervinnas, om rättsvetenskapen skall kunna länkas in i förnuftiga banor. *Undén* kan på sitt sätt sägas ha hunnit en bit på vägen. Han ser, att det gängse bedömandet av de konkreta fallen icke är sannfärdigt. Han synes också förstå, att det icke går att bedöma dem sannfärdigt, ty eljest skulle han väl icke nöja sig med ett osannfärdigt begrepp. Men den snubblande nära liggande tanken — att omöjligheten att här komma verkligheten, sanningen, in på livet kunde bero på att *hela frågeställningen med dessa lösryckta »rättslägen» utgjorde en orimlighet* — den tanken har icke, oaktat mina upprepade påpekanden, inställt sig hos *Undén*. Därigenom representerar han en halvmesyr, i intet avseende nyttigare än den gamla jurisprudensens ståndpunkt, men särskilt skadlig genom den extraordinära förvirring, den är ägnad att åstadkomma.

Vad *Undén* i citatet närmare utvecklat om sitt funktions-

¹ I allt fall är det högst mystiskt, att rättighetsbegreppet, som genom seklerna använts såsom något sannfärdigt, alltjämt skall vara användbart, sedan det nu upptäckts vara osannfärdigt.

² Se härom framför allt s. 93—101 i Förra delen.

begrepp är helt naturligt lika meningslöst som detta självt. I tredje och fjärde punkten av citatet å s. 127 heter det: »En kritik av ett 'rättigheter' inte existera». Om *Undén* nu (såsom vi straxt skola se och ju f. ö. måste framgå av mina kritiska anmärkningar mot hans uttalanden i »Svensk sakrätt», dock blott i ögonblicket) förnekar rättigheten såsom »substansbegrepp» och behandlar densamma såsom »funktionsbegrepp» — något icke blott överkligt utan jämväl logiskt omöjligt att använda, för den händelse man känner till det faktiska sammanhanget — så är det givet, att emot hans nyss antydda uttalande blott behöver invändas, att detsamma ingalunda förbättrar saken utan snarare, efter vad jag nyss framhållit, förvärrar densamma.

Ehuru rättighetsbegreppets användning såsom »funktionsbegrepp» i *Undéns* mening sålunda är minst lika ovetenskapligt som dess användning såsom »substansbegrepp», kan det likväl ha sitt intresse att observera, att *Undéns* påstående, att han med förkastande av rättigheten såsom »substansbegrepp» blott opererade med detsamma såsom »funktionsbegrepp», är falskt. Detta framgår (utom av hans »Svensk sakrätt») strängt taget redan av det nyss behandlade citatet, enligt vilket rättighetsbegreppet, oaktat sin konstruktiva karaktär, skall »angiva ett visst förhållande»,¹ men blir särskilt tydligt av följande *Undéns* uttalande:

»Ingenting hindrar, att begreppet rättighet användes om det läge, som föreligger t. ex. efter vissa rättshandlingars företagande och vilket läge bör enligt lag föranleda domaren att, om det bevisas, avkunna en dom i viss riktning. Att man har behov av ett begrepp, som täcker även den situation, vilken föreligger före processen och oavsett bevismöjligheterna, är uppenbart. Det måste anses olämpligt att vid uppställandet av rättighetsbegreppet draga in i definitionen problemet om upprätthållandet av rättsordningen såsom en totalitet. Domaren är ingen Hamletfigur, som vid avkunnandet av en dom ställer sig frågan, huruvida en rättighet existerar eller icke, innan han givit

¹ Detta förhållande kan ju icke vara = ingenting.

den kraft genom sin dom. Hur obestridligt det än är, att »rättigheter», som icke kunna framtvingsas, icke heller innefatta något maktmoment. och att det beror på domaren, i vad mån statens garanti skall ges åt den förmente rättsinnehavaren eller icke, så är det dock fullt försvarligt att vid bestämmandet av rättighetsbegreppet utgå från tankeinnehållet i rättsreglerna och lämna å sido problemet om de krafter, som upprätthålla rättsreglerna, d. v. s. föranleda domstolarna och andra myndigheter att följa lagar och instruktioner och allmänheten att lyda lagarna. Detta sistnämnda problem är helt fristående. Det finns ett starkt praktiskt behov av ett rättighetsbegrepp, som täcker t. ex. den situation, vilken enligt det rättsliga regelsystemet (rättsordningen, gällande rätt) skall (sic!) inträda, när en rättskapabel person skrivit sitt namn under ett skuldebrev. Det ligger då ingen motsägelse i uttalandet, att A, som förvärvat ett skuldebrev, varå B tecknat sitt namn såsom gäldenär, har en konkret rättighet (fordran) mot B enligt det rättsliga regelsystemets teoretiska anvisningar, och i process mot B tvistar om denna rättighet.»

I den ena vändningen efter den andra låter *Undén* här rättigheten såsom avseende något faktiskt existera oavsett rättsmaskineriets uppehållande. Rättigheten skall vara ett »läge, som föreligger t. ex. efter vissa rättshandlingars företagande»; rättigheten skall »täcka den situation, vilken föreligger före processen och oavsett bevisningsmöjligheterna»; rättigheten skall vidare täcka »den situation, vilken enligt det rättsliga regelsystemet (rättsordningen, gällande rätt) skall inträda, när en rättskapabel person skrivit sitt namn under ett skuldebrev». Till sist sägs ju helt oförblommerat, att innehavaren av ett skuldebrev har en »konkret rättighet» mot skuldebrevets utgivare, vilken rättighet kan bli föremål för tvist i process. Redan blott efter dessa uttalanden måste man, så vitt jag kan se, stå frågande efter *Undéns* mening med att bestrida rättigheten såsom ett substansbegrepp. Icke den mest utrerade naturrättslärare har väl tänkt sig rättigheterna såsom fyllda av kött och blod eller såsom klot- eller kubformiga tingestar! Någon mera »substantiell» rättighet, än den som *Undén* här fört fram, har jag icke påträffat i rättslittera-

turen. Möjligen menar *Undén* sig stå i särklass genom påståendet i förra citatet, att han i rättigheten icke såge »några reala krafter». Men också detta påstående synes hos *Undén* blott vara en fras. Ty av det nu förevarande citatet framgår, att *Undéns* rättigheter skola »innefatta maktmoment» — låt vara att dessa maktmoment, till skillnad från den äldre jurisprudensens rättighetsmakt, väl skola vara att hänföra på »statens garanti» åt rättsinnehavaren. Att en sådan föreställning om maktmoment i rättigheten är minst lika absurd som den traditionella har jag ingående uppvisat i Förra delen.¹ Men också antaget, att maktmomentet hos *Undéns* rättighet endast berodde på en lapsus, vad sedan? För det första: rättighetsbegreppet innesluter till hela sin karaktär föreställningen om förmåga att ställa anspråk, vilket i sin tur förutsätter makt.² Att applicera rättighetsbegreppet men bestrida det rättsliga maktmomentet vore därför blott en särskild tanklöshet. För det andra: om man tror på *krafter*, som icke existera, eller på *andra* blott i fantasien befintliga *fakta* synes ur kritiksynpunkt vara skäligen likgiltigt. Vidskepligheten torde få anses lika »substantiell» i båda fallen. Om min kritik av de naturrättsliga rättighetsföreställningarna i allmänhet riktat sig mot rättigheten såsom rättslig makt, har detta endast berott därpå, att den allmänna jurisprudensens rättighetsföreställningar i allmänhet icke varit bemängda med den nyssnämnda särskilda tanklösheten. Det chimäriska, som det framför allt är angeläget att träffa, ligger ju däri, att man *efter rättsfaktum före eventuell rättspåföljd inskjuter detta blott i fantasien givna något, som man kallar för rättighet*.³ Ingen har någonsin kunnat anföra något reellt stöd för dess tillvaro. Likväl skall frågan om rättighetens existens enligt *Undén* kunna göras till föremål för bevisning och process! *Undén* synes

¹ Bl. a. s. 42—54 (jfr även s. 102 f.) och s. 122 f.

² Se Förra delen, s. 23 n. 1.

³ Se Förra delen, noten å s. 76 f.

tala emot bättre vetande, när han bestrider, att domaren är en »Hamletfigur, som vid avkunnandet etc.». Den ofrånkomliga konsekvensen av *Undéns* egen framställning blir i varje fall, att domaren just är en sådan figur.

När nu emellertid *Undén*, såsom vi sett, tror, att det är »rättigheten», d. v. s. det »läge» eller den »situation», som därmed betecknas, som göres till föremål för bevis i processen, så är ju begreppsförvirringen påtaglig. Ty det är ingenting annat än vissa s. k. rättsfakta — persons handlingar, ålder, sinnesbeskaffenhet, saks beskaffenhet, storlek av sakskada, ekonomisk förlust, utebliven vinst o. s. v. — som här kunna komma i fråga såsom föremål för processuell utredning. Det särskilda »rättsläget» *kan icke* göras till föremål för bevisning, eftersom möjligheten av dess existens är logiskt utesluten. Det är visserligen sant, att domaren för att kunna fälla dom måste känna till mera än nyssantydde fakta. Han måste också veta, *hur* han skall döma. Men detta har intet med fastställande av rättslägen eller rättigheter att skaffa. Är domaren icke en metafysiker, så forskar han icke efter, huruvida ett visst rättsläge är förhanden, eller icke. Utan han tager reda på vissa lagar, vissa principer för dessas tolkning eller vissa andra rättsprinciper och fäller, så gott han nu kunnat skaffa sig kunskap om sådant och om hur det lämpligen bör användas i avseende å det i processen åvägabragta faktiska materialet, med ledning därav sin dom. Naturligtvis kan en domare, såsom ju merendels är fallet, ha den *föreställningen*, att han har att konstatera existensen av eller frånvaron av faktiskt bestående »förhållanden», av honom betraktade som rättigheter, vare sig i »substantiell» eller »funktionell» mening. En dylik domarens föreställning kan dock icke omskapa verkligheten. Då dessa »förhållanden» logiskt icke kunna existera, *kan* domaren *icke* träffa något avgörande om dem. Vad han i *realiteten* kan taga i övervägande vid dömandet är intet annat än vad som nyss antydde.

Men för *Undén* ställer det sig icke så. Han inlägger i de av domaren använda maximerna något, som skulle göra, att i och med fakta-komplexen (t ex. myndig persons utfärdande av skuldebrev utan simulation och utan tryck av tvång, svek etc.) *skall* inträda en viss situation, täckt av rättighetsbegreppet. Detta »skall»-läge, som sålunda rent av *skall* föregå själva rättighetssituationen, vad är det för något? Här har *Undén* endast ytterligare med sina glidningar mystifierat saken. Vi få först situationen av ett objektivt »böra» och därefter rättigheten såsom beteckning för situationen *efter* detta »böras» förverkligande. Jag behöver ju icke ånyo uppehålla mig vid metafysiken om dylikt »böra». Men jag vädjar till *Undén*, att han ville beskriva för oss, när och på vilket sätt detta »böra» realiseras till den situation, som nu äntligen *skall* täckas av rättighetsbegreppet, ävensom angiva kriterierna på den sålunda inträdda situationen. Efter skuldebrevets utfärdande har borgenären ännu ingen rättighet. Men det *skall* föreligga ett objektivt böra till rättighet för honom! Vad gagn kan juridiken ha av sådana »nya» konstruktioner, lika imaginära som de gamla? Helt omedvetet blottar *Undén* sitt missförstånd av hela frågan, när han finner det »olämpligt att *vid uppställandet av rättighetsbegreppet* draga in i definitionen problemet om upprätthållandet av rättsordningen såsom en totalitet» (kurs. här). Felet är ju här just, att rättighetsbegreppet överhuvud uppställles. Att *Undén* trots känedom om den kritik, som häremot framställts, likväl framhärdar på sådana linjer, torde förklaras därav, att han, liksom jurisprudenten i övrigt, alltför starkt behärskas särskilt av två, visserligen med varandra sammanhängande men dock på sitt sätt olika, vanföreställningar, av mig ofta påpekade. Den ena består däri, att man räknar med »regler» av visst innehåll såsom en sak för sig, skild alltså från rättsmaskineriets fungerande, d. v. s. »reglernas» praktiska genomförande.

En sådan föreställning är ju också en nödvändig konsekvens av tron på rättsliga imperativer eller »tillerkännande» satser. Den andra vanföreställningen ligger däri, att man av doms- och exekutionsförfarandets relativa regelmässighet och därav att man följaktligen vid mängder dagligdags förekommande mera lättfattliga och otvetydiga fakta-komplex kan förutsäga, huru, i fall av behov, det kommer att dömas — att man, säger jag, därav drager konklusionen, att enligt »det rättsliga regelsystemets teoretiska anvisningar» i och med en viss fakta-komplex föreligger en situation av särskild rättskvalitet, nämligen av kvaliteten att medföra viss dom. En sådan situation är emellertid blott en synvilla, som uppstår genom ett betraktelsesätt, i vilket det enskilda fallet ryckes loss ur sitt sammanhang i rättsmaskineriet. Ett på detta sätt isolerat fall är något otänkbart i verkligheten. Utgångspunkten, enligt vilken det dock skall existera, intvingar hela åskådningen i en verklighetsfrämmande ram och leder till tron på »fallet» såsom varande bestämt av, grundat i, givna rättsregler såsom sådana, vilka alltså få karaktär av »anvisningar», d. v. s. imperativer eller »tillerkännanden». Man ser sålunda hur s. a. s. en växelverkan mellan de två tankefelen äger rum. Må man verkligen giva akt på *Undéns* fortfarande fångenskap i föreställningen om rättsregler såsom inneslutande ett »böra» eller innefattande »tillerkännanden». Det förra framträdande i hans nyss berörda uttalande, att en viss rättssituation »enligt det rättsliga regelsystemet *skall* inträda»; det senare i talet om A:s konkreta rättighet mot B »enligt det rättsliga regelsystemets teoretiska anvisningar». Gentemot sådan klart naturrättslig positivism måste fastslås, att »det rättsliga regelsystemet» omedelbart aldrig kan avse något annat än *dömandet*¹ (jämte exekutionen) och att det sålunda

¹ Att domaren därvid icke är bunden av några »rättsregler», ävensom arten av de »regler» han följer, har jag påvisat ovan s. 99 ff.

är uteslutet, att på basis av detta »regelsystem» skulle kunna uppstå några rättskvalificerade förhållanden, de må nu betecknas såsom rättigheter eller annat.

Innan jag lämnar det nu behandlade citatet från *Undén* fäster jag än en gång uppmärksamheten på den redan förut berörda långa punkten i mitten av detsamma med dess bihang: »Detta sistnämnda problem är helt fristående». Dylika uttalanden innebära likgiltighet för utredda fakta. Hela den realitet, som hos *Undén* och andra föranleder den förvirrande rättighetsföreställningen, är *oskiljaktigt* förbunden med det, som *Undén* vill fränkoppla såsom »helt fristående».¹ Antag att man verkligen kunde se bort från den psykiska både drivfjäder till och återhållning från handlingssätt, som ligger i det allmänna medvetandet (hos såväl enskilda som myndigheter) om genomförandet genom dom och exekution av både straff och annat och i därigenom under tidernas lopp småningom alstrade moralinstinkter i avseende å åtminstone vissa hithörande handlingssätt — vad skulle väl bli kvar som *stoff* åt dessa rättighetsfantasier? Svar: bevisligen ingenting. Också det »rättsliga regelsystemet (rättsordningen, gällande rätt)» och dess »teoretiska anvisningar» skulle med en sådan abstraktion bli otänkbara i föreställningsvärlden.²

¹ Se min framställning om *Jherings* rättighetsbegrepp och »Realiteterna bakom rättighetsföreställningen» i Förra delen, 4 och 5 §§, samt ovan s. 130.

² *Undén* har i denna fråga ett redan berört uttalande, som möjligen kan bero på *särskild* missuppfattning: »Det måste anses olämpligt att vid uppställandet av rättighetsbegreppet draga in i definitionen problemet om upp-rätthållandet av rättsordningen såsom en *totalitet*» (kurs. här). Till detta är att här säga följande. Naturligtvis vore det, lindrigt talat, vilseledande att såsom grund för en s. k. ägares position åberopa straffet för mord eller dråp. Tager man åter *rån*-straffet, ställer det sig genast något annorlunda. Såsom särskilt betydelsefulla för realiteterna i den s. k. äganderätten har man givetvis att beakta sådant som straff för stöld, försnillning, åverkan, olovligt begagnande och skadegörelse samt skadestånd för sakskada, ävensom vindikationsmöjlighet och liknande. Men att utesluta alla andra delar av

Efter denna inblick i *Undéns* åskådning synes mig ett visst drag av omedveten komik falla över följande hans uttalande:

»Otvivelaktigt finnas även inom nutida rättsvetenskap många rester av naturrättslig åskådning. En rad av moderna författare föra en strid på bred front mot naturretten inom juridiken.»¹

Om *Undén* hänför sig själv till dessa »moderna författare» kan vara likgiltigt. Naturrättsliga vidskepligheter behärska i allt fall faktiskt *hela* rättsvetenskapen. För egen del har jag icke lyckats påträffa en enda »modern författare», som icke faktiskt är fången i en metafysisk värld. Och jag vill just med detta arbete söka visa, att »oppositionsjurisprudensen» utefter hela linjen, från och med historiska skolan allt intill våra dagar, på väsentliga punkter laborerat och laborerar med synpunkter, som stå i strid mot den i tid och rum givna erfarenheten. Det är visserligen sant, att *Undén* förenar sig

rättsmaskineriet vid en *fördjupad* undersökning av dessa realiteter låter sig icke göra, redan av den anledning att rättsmaskineriets begränsning till genomförandet av endast nu antydda kategorier icke är tänkbar i ett samhälle. åtminstone icke av den typ, i vilken vi leva. Utom *denna* indirekta verkan från rättsmaskineriet i det hela måste också observeras något annat. Hela »ägarens» position är ju i det väsentliga beroende på *medmänniskornas handlingssätt* i avseende å tinget. Till den *allmänna* standard, som i sådant avseende råder, bidrager icke blott den till området s. a. s. mera omedelbart hörande delen av rättsmaskineriet utan mer eller mindre även andra delar. Så är det ju tydligt, att icke blott stöld- och försnillningsstraffet utan jämväl straffet för bedrägeri, förfalskning o. s. v. bidrager till de s. a. s. moralinstinkter, som verka hämmande mot stöld och förskingring. Vidare vilar ju den allmänna lagrespekten såsom sådan på rättsmaskineriet i det hela. Hur det enligt min mening summariskt ställer sig vid »fordringsrättigheten» har jag angivit i Förra delen, s. 119—121. Alla dessa antydningar bliva visserligen i mina framställningar nödiga till förekommande av på missförstånd grundade invändningar. Men eljest torde det icke vara behövt för rättsvetenskapen att vid behandling av realiteterna bakom rättighetsbegreppet på detta sätt beakta »upprätthållandet av rättsordningen såsom en totalitet». Den *fördjupade* analysen tillhör väl här närmast rättsfilosofien.

¹ A. st. s. 173.

med en hel skara forskare, vilka ha viss blick för det verklighetsfrämmande i mycket av jurisprudentens begreppsbyggnad. Man tror sig nu kunna *rationalisera* begreppen och få dem i bättre överensstämmelse med de faktiskt rådande företeelserna i samhället. Men det går icke att blåsa in förnuft i begrepp, som ha hela sin grund i övertro och vilkas utbildning genom tiderna blott utgör en återspeglning av övertroens växlingar. När man nu likväl räknar med en sådan rationaliseringsmöjlighet, så beror detta på, att man själv icke helt förmått frigöra sig från de gamla tänkesätten och därför icke fått upp blicken för, hur *djupt* rotfästade i övertro gängse rättsföreställningar äro. Spåren efter dessa rationaliseringsförsök äro verkligen ägnade att förskräcka. Den gamla hederliga rättsskolastiken vet man dock var man har. Det finns en viss förbenad fasthet i dess dogmsystem. Men den »moderna» jurisprudenten åstadkommer en svår förvirring. De gamla begreppen användas, men urvattnade till nya betydelser, som skola vara mera realistiska. Den vanliga jurisprudenten kan icke betjänas av begreppen i dessa betydelser, ty de täcka icke dess föreställningar. Och hur urvattnade dessa begrepp än ofta bliva, bemängas de likväl med verklighetsfrämmande moment. — Kritiken får ett tidsödande arbete. Genom sin imaginära natur få dessa tankegångar något flytande och halt över sig. Denna jurisprudent har en naturlig tendens att slingra sig undan. Alltid finner den utvägar. Man visar upp, att dess tankegångar äro oriktiga. Gör intet: de *behöva icke* vara riktiga. Man visar upp, att rättigheter i verkligheten äro otänkbara. Gör intet: man använder rättigheten såsom »funktionsbegrepp», och kritiken måste förstummas. Ty »funktionsbegreppet» har privilegiet att stå sig oberoende av allt sanningskriterium. Det visas, att rättigheten icke kan ha något som helst innehåll. Gör intet: ty rättigheten skall just sakna »varje praktiskt värde och gripbart innehåll». Emot en motståndare med dylika utomordent-

liga Proteustalanger måste striden bli ojämn. Det medgivandet skall oförbehållsamt givas.

Till sist måste med några ord den ståtliga filosofiska apparat beröras, i vars ram *Undén insatt* sina nyss behandlade reflexioner angående rättighetsbegreppet. Först uppehåller sig *Undén* vid *Vaihingers* »Als-Ob-filosofi» och betydelsen av dennes fiktionslära för juridiken. Därefter påpekar han, hur *Kelsen* »vidgat» *Vaihingers* fiktionsbegrepp, så att man kunde få »äkta fiktioner även inom juridiken». *Vaihingers* fiktionsbegrepp hade kantänka den bristen, att det icke omfattade »även vissa tankens konstgrepp, som avse annat än kunskap om verkligheten». Emellertid vill *Undén* icke behålla uttrycket fiktion, som

»leder tanken på ett förhållande till det verkliga, »fiktivt» betecknar något överkligt. *Men juridiken är, såsom både Vaihinger och Kelsen framhållit, inriktad på det rättsliga regelsystemets innehåll.* (Kurs. här.) Begreppet juridisk person kan visserligen karaktäriseras såsom en fiktion, om man vill markera motsättningen till en organteori, som i den juridiska personen ser ett självständigt naturligt eller överindividuellt väsen. Men denna karaktärisering antyder ingenting positivt rörande begreppets uppgift och betydelse. Bättre är att beteckna de ifrågakörande rättsbegreppen såsom *funktionsbegrepp* i den mening, nutida logik använder denna beteckning.

Den aristoteliska logiken sysselsatte sig med en viss typ av begrepp, nämligen tings- eller substansbegrepp. Dessa äro den beskrivande och klassificerande naturvetenskapens begrepp. Verkligheten erbjuder oss olika slags ting, och begreppen svara mot tingen såsom föreställningar om dessa. Genom definition av ett sådant begrepp analysera vi begreppets innehåll, uppsöka dess väsentliga kännetecken. (Hänvisning till Malte Jacobsson, Begreppet såsom en betydelseenhet, 1927.) Den nutida logiken tar emellertid hänsyn även till helt andra typer av begrepp. Tankandet rör sig sålunda med begrepp, som avse fiktiva företeelser. Men även relationer, som icke ha någon substantiell tingskaraktär, äro föremål för begreppsbildning, och man talar då om funktionsbegrepp. Den ingående utredning, som Cassirer verkställt rörande funktionsbegreppens roll inom de exakta naturvetenskaperna (*Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, 1910), är av utomordenligt intresse med hänsyn till olika vetenskapers metodik.

Matematiken, inclusive geometrin, bygger principiellt på funktionsbegrepp. De matematiska begreppen angiva konstruerade förhållanden. Ett visst tal i en given talserie får sin innebörd genom förhållandet till övriga tal i serien och sålunda i sista hand genom den princip, enligt vilken talserien bildats. De geometriska begreppen punkt, linje, yta kunna icke uppfattas såsom avseende delar av eller egenskaper hos i naturen förhandenvarande föremål. De bildas icke genom enkel abstraktion. Alla matematiska begrepp uppstå genom fastställande av ett konstruktivt sammanhag, icke genom återgivande av faktiska drag i en given verklighet. 'Die Bedeutung des *Gesetzes*, das die Einzelglieder verknüpft, ist durch die Aufzählung noch so vieler *Fälle* des Gesetzes nicht zu erschöpfen; denn bei dieser Aufzählung fiele gerade das erzeugende Princip fort, das die einzelnen Glieder zu einem funktionalen Inbegriff verknüpfbar macht. Kenne ich die Relation, durch welche a, b, c, \dots geordnet sind, so kann ich sie durch Reflexion, herauslösen und zum gesonderten Gegenstand des Denkens machen; dagegen ist es unmöglich, aus dem blossen Beisammensein von a, b, c in der Vorstellung die Eigenart der verknüpften Relation zu gewinnen' (Cassirer). Definitionen blir i dessa fall för begreppet av konstitutiv betydelse, icke blott explikativ. Vid definition av t. ex. begreppet 'häst' gäller det att genom abstraktion från föreställningar rörande olika konkreta hästar nå fram till en definition, som endast angiver de för alla hästar väsentliga kännetecknen. Definitionen av talet 17 i den vanliga talserien sker däremot genom angivandet av den regel, efter vilken talserien byggs upp, och av det nämnda talets förhållande till andra tal i serien.

De specifika rättsbegreppen tillhöra ofta i avseende å logisk struktur den grupp av begrepp, som inom logiken kallas funktionsbegrepp. De äro bildade, icke för att motsvara i naturen förekommande ting eller krafter, ej heller för att beteckna egenskaper hos sådana objekt, utan allenast för att underlätta uppfattningen av det rättsliga regelsystemets innehåll. Rättsbegreppen äro hållpunkter för tanken, konstbegrepp genom vilka en systematisering av rättsreglerna skall möjliggöras. De äro fritt konstruerade begrepp såtillvida, att endast den praktiska ändamålsenligheten avgör deras värde. Naturligtvis bör ett juridiskt begrepp liksom alla begrepp utgöra en viss betydelseenhet, inrikta tanken mot ett bestämt förhållande. I det systematiska tänkande, som föreligger i vetenskapen, söker man så långt möjligt röra sig med klart fixerade utgångspunkter för ytterligare tankeoperationer. Sådana fasta utgångspunkter för tänkande kallas begrepp. *Begrepp äro således nog-*

grant fixerade betydelseenheter.' (Malte Jacobsson.) Men icke ens detta elementära krav på allt begreppsmässigt tänkande, får inom rättsvetenskapen tagas alltför rigoröst. Det av *Vaihinger* påvisade förhållandet att man inom en vetenskap kan med fördel eller dock utan olägenhet röra sig med fiktioner, som innefatta motsägelser, är lärorikt bland annat ur den synpunkten att logiska ofullkomligheter, som vidlåda ett inom en vetenskap använt begrepp, alltså inte utan vidare göra begreppet odugligt för sin uppgift. Detta gäller även om rättsbegreppen.¹

Efter denna »vetenskapliga» harang följer en framställning av *Julius Lassens* uppfattning om de »juridiska begreppens och definitionernas logiska struktur och uppgift». Där-efter följa så de uttalanden, som jag här ovan upptagit till behandling.

Som av detta synes, har *Undén* härmed dragit upp frågor, för vilkas prövning tarvas de mest djupgående kunskaper i filosofiens historia och den mest ingående förtrogenhet med nutida filosofiskt tänkande. För egen del har jag endast att tillstå min fullkomliga inkompetens att vetenskapligt befatta mig med dessa frågor, såsom de av *Undén* här berörts. Och *Undén* själv har icke visat, att han är mäktig därtill. Det hela har endast blivit ett hopande av ord, vid vilka ingen mening kan fästas. Emellertid skall jag tillåta mig några särskilda anmärkningar.

Vad *Vaihinger* beträffar, är så mycket bekant också för mig, att han betraktar *alla* vetenskapliga begrepp såsom fiktioner, t. o. m. de logiska lagarna, och *reducerar verkligheten till sensationer*, vilka dock skola uppträda på ett reguljärt sätt.² Att på något sätt åberopa honom i samband med en

¹ A. st. s. 170 f.

² *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 2 uppl. 1913, t. ex. s. 97 ff., s. 325 ff. Se även de allmänna anmärkningarna i början av verket. Rätt betecknande är ett uttalande som detta: »Das Denken beginnt zuerst mit leichteren Abweichungen von der Wirklichkeit (Halbfiktionen), um zuletzt, immer kühner geworden, mit solchen Vorstellungsgebilden zu operieren,

undersökning, i vilken man strävar efter att stå på den empiriska vetenskapens bas, torde få anses väl starkt. — Hur ytligt *Undén* går tillväga blir särskilt tydligt för dem, som ha någon kännedom om *Kelsens* läror. *Undén* andrager ju också, såsom högst beaktansvärd, åskådningen hos *Kelsen*, om vilken det kan visas, att han är en metafysiker av renaste vatten. *Kelsen* betraktar den rättsliga världen såsom *absolut* avsondrad från hela den naturliga tillvaron och detta på det sätt, att antagandet av rättens existens innebär förnekandet av en naturlig verklighet och, tvärtom, antagandet av denna innebär förnekandet av allt, som har med rätten att göra.¹ Och ändock vill *Undén* framstå såsom strävande i riktning emot utrensandet av rättsmetafysiken! Ett koncentrerat uttryck för, hur *Undén* misslyckats i sådana strävanden, har han givit med sitt uttalande, att »juridiken är, såsom både *Vaihinger* och *Kelsen* framhållit, inriktad på det rättsliga regelsystemets innehåll». Det, som *Undén* här tillsammans med sina auktoriteter vill göra till rättsvetenskapens föremål, är det *rena ingenting*, som det logiskt är omöjligt att antaga utan godkännande av fantasierna om en överindividuell

welche nicht mehr bloss dem Gegebenen widersprechen, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll sind». I sanning en snygg maxim för vetenskaplig verksamhet! — Man kan också fråga, varpå *reguljariteten* i fiktionerna skall grunda sig — den oföränderliga »Succession und Koexistenz», som trots allt skall bilda »ein sicheres Wissen» — om nu vårt tänkande aldrig når verkligheten utan upplöser sig i överkliga begrepp. Är denna reguljaritet då skriven i himlen? Det är ju uppenbart, att uppställandet av dylika teorier, vilka föra ut vetenskaperna på det rena gungflyet, självt har sin förutsättning i den oförmåga av logik, som t. ex. låter en snabblöpare hasta runt med sådan fart, att han kan bita sig själv i ryggen. *Vaihinger* måste, om han vore konsekvent, själv förfäktat, att hans teorier äro orimliga, ty det tänkande, som skulle leda honom dit, måste ju *a priori* vara falskt enligt hans egna utgångspunkter.

¹ Se min framställning här ovan, s. 58 ff., om *Kelsen* och där gjorda hänvisningar till *Hägerströms* kritik. Se även min antikritik mot *Walz* nedan, s. 282 ff.

vilja, från vilken rättsnormer skulle emanera, och som man förledes att tro på genom en isolerad betraktelse av enskilda fall, vilka, på detta sätt lösryckta ur sin inställning i rättsmaskineriet, i verkligheten icke kunna tänkas. I anledning av de undersökningar på hithörande rättsområden, som här i Sverige publicerats från och med *Hägerströms* »Är gällande rätt uttryck av vilja?», torde ju en svensk jurist kunna sägas stå i en särskilt gynnad position i anseende till motståndskraft gentemot sådana metafysiska frestelser, som *Kelsen* och vissa andra efter klarhet strävande forskare fallit för. Dessa män ha icke, trots sina förvisso erkännansvärda ansträngningar, kommit in på spår, som *möjliggöra* en inblick i de realiteter, som i verkligheten ligga bakom den gamla jurisprudensens föreställningar och begrepp. De, som då icke nöjt sig med inbillningar, ha haft två alternativ. Antingen ha de nödgats lämna frågan öppen, överlåtande åt det fortsatta vetenskapsarbetet att söka lösa densamma. Eller också ha de måst stanna vid den på *Kant* grundade ståndpunkten, att det specifikt rättsliga ligger utanför realitetsvärlden.¹ Såvitt *Undén* åberopar sig på *Kelsen* för »ändamålsenligheten» i att medvetet laborera med begrepp, som sakna sanningsvärde, förbiser *Undén* därför, att *Kelsen* icke har den kunskap om rättsmaskineriet, som gör det möjligt för honom att uppfatta de rättsliga realiteterna. *Kelsen* applicerar osannfärdiga begrepp i avseende å sådant, som enligt hans uppfattning *icke kan* vara sannfärdigt i den naturliga världen utan blott i »börats» därifrån skilda värld. *Undéns* nitälskan för ett osannfärdigt rättighetsbegrepp kan därför icke ha något stöd i *Kelsens* metoder under annan förutsättning, än att *Undén* i likhet med *Kelsen* anser, att sådana rättsföreteelser, som den förre avser med sitt rättighetsbegrepp, ligga *utanför* den

¹ Jag utför nedan närmare gent emot *Walz* det omöjliga i en sådan ståndpunkt.

värld, som vi med våra sinnen kunna iakttaga.¹ Och för övrigt, såsom jag förut påpekat, måste det ju vara något extraordinärt excentriskt att föra in osannfärdigheter i vetenskapen, om man vet vad som i ämnet är sannfärdigt.

Hur denna *Undéns* imponerande filosofiska exposé vid närmare granskning sålunda reducerar sig till en i det förevarande sammanhanget alldeles *meningslös* sammanställning av omdömen bekräftas för vilken iakttagare som helst t. ex. genom hans häst-exempel. *Undén* borde verkligen nedlåta sig till att tala om för sin publik, på vilken väg häst-begreppet kan utnyttjas som stöd för att man inom rättsvetenskapen bör kunna laborera med osannfärdiga men ändamålsenliga begrepp, ty det är väl detta som avses med exemplet ifråga. — Meningslösheten i det hela bekräftas även särskilt tydligt av slutet av citatet. Att å ena sidan åberopa sig på, att begreppen skola vara noggrant fixerade betydelseenheter och å andra sidan hävda, att man inom vetenskapen kunde röra sig med uppdyktade ting (fiktions), tillpåköpet sådana »som innefatta motsägelser» — varthän kommer man med dylikt? Och skall det sista, om motsägelse, ha giltighet för *Undéns* egen vetenskap, varför giver han sig då skenet — i de båda citaten ovan, s. 127 och 134 f. — av att vilja framföra ett tankesammanhang? Eller är meningen möjligen att komma ifrån kritiken med en hänvisning till att någon logik i resonemangen aldrig varit avsedd? Saken är nog den, att *Undén* aldrig satt sig in i vad konsekvensen i verkligheten blir av att laborera med dessa fiktioner eller funktionsbegrepp, som han förordar.²

¹ Men nu *vill* ju *Undén* själv icke gälla såsom rättsmetafysiker! I sådana motsägelser råkar man, när man åberopar sig på auktoriteter, vilkas läror man icke tillräckligt penetrerat.

² Se härom ytterligare ett par anmärkningar efter kritiken mot *Walz*, nedan, s. 292 ff. I noten å s. 295 påpekas den förväxling av verkligt och överkligt, som *Undén* gjort, när han här trott sig kunna använda funktionsbegrepp på ett vetenskapligt sätt.

När *Undén* till sist åberopar *Lassen*, så vågar jag visserligen påstå, att jag vore i stånd att visa upp ytligheten i dennes av *Undén* i detta sammanhang berörda resonnemang. Men jag finner verkligen icke saken värd ett sådant utrymme, så mycket mindre som jag strax i annat sammanhang nödgas visa upp, hur hos *Lassen* det gamla rättsskolastiska underlaget på ett sådant sätt införlivats med hans åskådning, att han *såsom från något självfallet utgår* från jurisprudentens mest vidskepliga dogmer.

Det Undénska filosoferandet föranleder till sist den allmänna anmärkningen, att det för det vetenskapliga forskningsarbetet är av tvivelaktig nytta att slå omkring sig med ogenomtänkta och oförstådda påståenden, med lösryckta omdömen utan inbördes sammanhang, ävensom med en mängd auktoriteter, som man själv icke är mäktig att penetrera.

Undéns försvar för Lassens tillitsteori.

Som man emellertid förstår av det sagda, skall *Undén* vara rättspositivist: rättsföreteelserna skola vara grundade i det rådande regelsystemets innehåll. Men varpå vilar då detta? Ja, det skall ju, om man lägger det ena till det andra från *Undéns* uttalanden, tydligtvis bestå i imperativer och tillerkännanden, följaktligen — om icke kovändning omedelbart skall företagas — vila på den auktoritativa kraften hos ett överindividuellt subjekt. Den mystiska slöjan över detta har *Undén* icke ens försökt att rycka bort. Det är tydligt och framgår av min förestående kritik av såväl *Undéns* åskådning som den allmänna rättspositivismen, att »rättslägena» med antagande av ett sådant »underlag» skulle bokstavligen sväva i luften. Det är därför endast helt naturligt, att *Undén* i kritiska ögonblick skall nödgas blotta ett annat »underlag» för sina »rättslägen». Detta blir då rättsmedvetandet eller, hur man vill kalla det, i allt fall en naturrättslig position, för vilken beteckningen »rättspositivism» är meningslös. Jag

har på annat ställe¹ sökt visa detta, och jag skall nu närmare granska ifrågavarande species av »nutida juridik», vilket *Undén* offentliggjort² emot min i Förra delen framställda kritik av vilje- och tillitsteorierna. *Undén* vill här föra en plaidoyer för *Lassens* »realistiska syn på de rättsliga företeelserna och hans fina blick för rättsreglernas funktioner».

Jag har i Förra delen bl. a. visat, 1:o att viljeteorien vilar på falsk grund, i det att den innefattar en *petitio principii*, 2:o att också tillitsteorien vilar på falsk grund, i det att denna dels i allmänhet hos nordiska teoretiker i sig involverar viljeteoriens falska tankegång dels dessutom företer ett nytt tankefel.³ Sedan jag erinrat om olikheten mellan nordisk tillitsteori och en *Schlossmanns* motsvarande lära, framlade jag vissa synpunkter på avtalsrättens grund,⁴ som — såvitt jag vet — förut aldrig framställt och som också *Björling*, vår mest durkdrivne civilist, betraktat såsom en fullkomligt oacceptabel nyhet.⁵ Därefter citerade jag ett uttalande av *Lassen*, som i visst avseende *formellt* täckte sig med min egen åsikt⁶ men anförde därefter ett annat *Lassens* uttalande,⁷ vilket i all sin pregnanta korthet på otvetydigt sätt ådagalade, att min åskådning var *Lassen* fullkomligt främmande. *Undén* vill nu hävda, att min åskådning ingalunda kunde vara vare sig *Lassen* eller den nordiska rättsvetenskapen främmande och att min kritik, åtminstone såvitt *Lassen* därav berördes, vore obefogad. Jag behövde ju egentligen för vederläggning härav endast bedja publiken läsa rätt innantill samt därvid också

¹ Sv. J. T. 1929, s. 426 f.

² I Sv. J. T. 1929, s. 342—351.

³ Förra delen, s. 128 ff.

⁴ A. a., s. 135 ff.

⁵ Se härom a. a., s. 139 ff.

⁶ A. a., s. 138.

⁷ A. a., s. 139.

beakta, hur energiskt *Björling*, själv en livlig beundrare av *Lassens* tillitsteori, på det mest ihärdiga sätt ansträngt sig för att vederlägga mina utredningar på denna punkt. Jag kunde frestas att på detta sätt inskränka mig, särskilt som en polemik sådan som den här ifrågakommande — som berör så djupt liggande ting, att man alltid måste befara missförstånd av ena eller andra arten — lätt kan bli alltför långdragen och trädig. När jag nu likväl väljer att också i detta stycke upptaga *Undéns* framställning till närmare behandling, så sker det i den förhoppning, att därvid en viss sida av jurisprudentens olyckliga metoder — den förvirrande motsättningen mellan det skolastiska underlaget och realitetssträvandena — möjligen skall framträda i skarpare belysning.

Det av mig med hänsyn till formuleringen i *förevarande avseende* godtagna yttrandet¹ av *Lassen* är av följande lydelse:

»Ved Retshandler kunne I skabe de Retsforhold, I ville, men hvad I love en anden, det sker, selv om I ikke have villet det saaledes, thi det er for Samfundets Sikkerheds Skyld vigtigt, att der kan stoles paa Løfter.»

Att *Lassen* emellertid icke kunnat därmed giva uttryck åt den tanke, som enligt min mening skulle ha blivit fruktbarande, ansåg jag visat med mitt andra citat från *Lassen*, i vilket han säger, att tillitsteorien:

»lægger Hovedvægten paa Erklæringen, idet dennes Egnethed til hos Erklæringsmodtageren at vække en vis Forventning eller Tillid antages at være Bærer av dens Retsvirkninger».

Efter detta citat konstaterade jag, att *Lassen* i verkligheten hävdade just det åskådningssätt, som stod i strid med vad jag trott mig kunna visa utgöra en förnuftig uppfattning i ämnet. Undén vill nu först visa, att det är falskt att påstå, att icke

¹ Att yttrandet i övrigt med sitt tal om att skapa rättsförhållanden genom rättshandlingar innefattar grövsta metafysik hade jag då ingen anledning att särskilt uppehålla mig vid efter min föregående kritik av vilje- och tillitsteorierna samt min analys av rättighetsbegreppet. Se emellertid om saken nedan, s. 168 f.

Lassen gjort den i första citatet liggande tanken fruktbarande. Då jag icke kunnat med full säkerhet utläsa vad *Undén* verkligen menar med sin argumentation mot mig på denna punkt, finner jag det riktigast att belasta utrymmet med ett utförligt citat av hans egna ord. *Undén* skriver:

»Redan Lassens uppfattning av tillitsteoriens innebörd är för hans metod belysande: 'Det Emne som her agtes drøftet, er Retsordenens Stilling overfor det Tilfælde, at et formueretligt Tilsagns (Løftes) Indhold ikke stemmer med den Erklærendes Vilje. Han har f. Eks. af en Feiltagelse skrevet eller udtalt noget andet end det han mente, eller hans Udtalelse er kun ment som en Spøg. Er Afgiveren af Tilsagnet i saadanne Tilfælde uanset Viljemangelen bunden ved sin Erklæring efter dens Indhold eller ikke?... Denne Konflikt imellem Tilsagnsgiverens Vilje og den ved Tilsagnet hos dettes Modtager vakte beføjede Tillid løses af nogle Retsforfatninger overvejende til Gunst for Afgiveren af Tilsagnet, af andre overvejende til Gunst for Erklæringens Modtager. De første siges at staa paa en *Viljestheoris* Standpunkt, de sidste paa en *Tillidstheoris* eller *Erklæringstheoris*...' Och på ett annat ställe: 'Mine ovenfor opstillede Retssætninger har jag samlet under Betegnelsen en Tillidstheori i Modsætning til Viljestheorierna.'

Det må alltså uppmärksammas, att Lassen här icke beskriver tillitsteorien såsom innefattande försök till förklaring, *varför* förmögenhetsrättsliga löften böra vara bindande. Om detta fristående spörsmål uttalar han sig närmare i avhandlingen. Men han betecknar tillits- eller viljeförklarings-teorien såsom vissa regler angående löftens giltighet. Sålunda skiljes mellan principens innehåll och dess 'materielle Begrundelse'. Såsom anhängare av tillitsteorin betecknas den, som anser sagda regler kunna och (eller) böra tillämpas enligt ett visst rättssystem. Enligt samma terminologi säges ett visst rättssystem stå på tillitsteorins ståndpunkt. En svaghet i terminologin är att en författare kan hävda t. ex. tillitsprincipens företråde de lege ferenda, oaktat han anser att en motsatt grundsats måste tillämpas de lege lata. Men det bör ju av sammanhanget framgå, om en förf. hävdar tillitsprincipen de lege ferenda eller de lege lata.

Vad Lassen sålunda menar med tillitsteorin är tydligt. Därmed menar han vissa regler angående rättshandlingars giltighet, som kunna beskrivas så att i allmänhet innehållet av en viljeförklaring blir gällande, såvitt ej löftesmottagaren såsom en förnuftig man bör kunna inse att något fel — t. ex. ett misstag — vidlåder viljeförklaringen. De spörsmål, som Lassen tog till sin uppgift att utreda, voro tvenne. Dels ville han visa, att regler av det antydda innehållet länge tillämpats i dansk rättspraxis (före avtalslagen).

Dels önskade han påvisa, att tillitsprincipen förtjänade företräde framför den motsatta principen. Lassen har sålunda icke givit sig in på spekulationer om den ena eller andra principens härledning ur rättshandlingens 'natur'. Hans resonemang ha alltigenom en empirisk karaktär.

Detsamma kan knappast sägas om *Nordling*, som utvecklade en till resultatet likartad princip. Hans uttalanden fingo i denna liksom i många andra frågor en mera naturrättslig, spekulativ läggning. Han avböjde ock, under polemik mot Lassen, att acceptera den av Lassen valda beteckningen 'tillits-teori' och föredrog att ge sin åsikt benämningen *intresseteori*, 'om hon nödvändigt skall hava ett särskilt namn av teori'.

Däremot förklarar t. ex. *Stang* den 'Erklæringsteori', som han förfäktar och som jämväl till resultatet sammanfaller med den Lassenska tillitsteorin, såsom innebärande blott vissa rättsregler eller en ståndpunkt angående dessa reglers förhandenvaro enligt ett visst rättssystem. En 'förklaring' till reglerna vill icke heller han inlägga i 'teorin' som sådan. Den är, såsom han uttrycker det, icke resonerande, endast refererande. Erklæringsteorin och tillitsteorin äro båda enligt *Stang* empiriska och ej aprioriska. De sammanfalla i huvudsak; endast i uttryckssättet skilja de sig åt. 'Erklæringsteorin er ikke ræsonnerende, men blot og bart refererende. Den kan uttrykkes saaledes: Vor rets hovedregel er, at den erklærende bindes ved, hvad han har sagt, saafremt den anden part ikke hade adgang til at forstaa, at der er indløpet en fejl i viljeserklæringen.' (Norsk Formueret § 16.)

På ett expressivt sätt kommer denna syn på de ifrågavarande 'teorierna' till uttryck i motiven till den danska avtalslagen . . .

Även i motiven till den svenska avtalslagen uppfattas tillitsteorin såsom en sammanfattning av vissa principer, vissa rättsregler. Det säges att dessa grundsatser, om ock under annat namn, under den senaste mansåldern vunnit allt större utbredning både i teori och praxis i Sverige.

I den mån de nordiska juristerna alltså uppfatta tillitsteorin eller viljeförklaringsteorin, icke såsom åsyftande att giva 'förklaring till att avtalet kan alstra en obligation' (jfr *Lundstedt: Obligationsbegreppet* s. 128), utan såsom en sammanfattning av vissa rättsregler, så är det otvivelaktigt ett symtom på deras realistiska syn på dessa spörsmål.

Då Lassen föredrager beteckningen tillitsteori framför den särskilt i tysk doktrin vanligare termen viljeförklaringsteori, är det av flera skäl. Den förra beteckningen fäster uppmärksamheten vid att viljeförklaringen bör bedömas från löftesmottagarens ståndpunkt. Det hänsyftas på den uppfattning av viljeförklaringen, som denne måste få och följaktligen litar på såsom den riktiga. Vidare antyder den reglernas 'materielle Begrundelse', det mål, mot vilket de sikta, nämligen 'Beskyttelsen af den for Samhandelens Sikkerhed

fornødne Tillid til Tilsagn' (s. 318). Valet av beteckning har således påverkats av Lassens syn på reglernas grund. I denna punkt har Stang en reservation att göra. 'Tillidsteorin indskrænker sig imidlertid ikke til at referere, men vil ogsaa ræsonnere; idet den udtaler reglen, vil den tillike antyde dens Begrundelse. Omsætningen kræver, siger man, at parterne kan ha tillid til hinandens udtalelser.' Men Stang föredrager beteckningen Erklæringsteori, varigenom endast hänvisas till regelns innehåll: att viljeförklaringen (icke den därifrån eventuellt avvikande viljan hos löftesgivaren) är avgörande för rättsverkningsarna.

I sina framställningar av tillitsteorin ville Lassen som sagt dels hävda, att de i tillitsteorin sammanfattade reglerna ägde stöd i dansk rättspraxis, dels uppvisa att de ägde ett betydande sakligt företräde framför de grundsatser, som innefattas i viljeteorin. Härvid fick han naturligen tillfälle att uttala sig om de reala skäl, som ligga bakom tillitsteorins regler, om teorins 'materielle Begrundelse'. Han säger härom i den citerade avhandlingen, att framställningen i Handboken måst bliva kortfattad och ofullständig. 'Om den materielle Begrundelse af mine Retsætninger mente jeg saaledes at kunne nøjes med en Henviisning til mine Forgængere; Kritiken har vist mig, at navnlig i saa Henseende en nærmere Redegjørelse var ønskelig.' Såsom naturligt är, blev Lassen härvid icke stående vid några allmänna ord om tillitsteorins större förnuftsenslighet e. d. utan sökte ge en ingående analys av principens värde.

Han fäster först uppmärksamheten vid att enligt den allmänna uppfattningen i Danmark man och man emellan (före avtalslagen) löften i vidsträckt omfattning äro och böra vara bindande för löftesgivaren, oavsett om deras innehåll icke överensstämmer med hans vilja. En lekman, som avgivit ett löfte, vilket icke överensstämmer med hans vilja, tror i allmänhet att han enligt gällande rätt är bunden och inrättar sig därefter. 'Spørges der saa videre, hvori da denne Opfattelse bunder, at man oavset Viljesmangel bør være forpliktet ved sit Tilsagn, da kan der ikke være nogen Tvivl om, at den har sin Rod i en mer eller mindre klar Forestilling om, at saaledes kræves det af *Hensynet til Samhandelens Sikkerhed*, som er betinget af, at der kan stoles paa formuerellige Tilsagn. Det vilde — som det af Indstævnte gjøres gjældende under den omtalte Højesteretssag — være en 'stor Consequence' om en saadan 'Baginstantz' som Viljesmangel skulde kunde paaberaabes. Heri mødes den almindelige Opfattelse med Tillidsteoriens Forsvarere i Retslitteraturen. Fra Retsvidenskabens Side anføres som Tillidsteoriens reale Grund netop Hensynet til Samhandelens Sikkerhed. Al Sikkerhed i Omsætningsforholdet — hedder det hos Goos — vilde forsvinde, naar det afgjørende skulde forflyttes fra den Erklæring, som meddeles, og ved hvilken

Forventningen väkkes, til noget udenfor liggende, som ikke meddeles, og hvorpaa der alltsaa ikke kan bygges af Løftesmodtagaren.' Detta sista yttrande av Goos finner emellertid Lassen väl starkt och anmärker att det dock funnits åtskilliga rättssystem, som stått på viljeteorins ståndpunkt. — Att tillämpningen av tillitsteorien, när man betraktar det enskilda fallet, stundom ter sig obillig gentemot löftesgivaren, kunde väl icke förnekas. Men man finge icke tappa blicken för vad som kräves av hänsyn till löftesmottagaren och omsättningens allmänna säkerhet. Och Lassen uttalar förväntningen att danska domstolar icke skulle glömma, vid behandlingen av ett enskilt fall, att man här befinner sig på ett område, där avgörandet sträcker sig långt utöver det enskilda fallet. Man finge ej låta sig påverkas av 'billighetshänsyn' gentemot löftesgivaren och därmed skapa osäkerhet i den allmänna samfärdseln.

Efter att ha upptagit till bemötande vissa invändningar, som framställts mot tillitsteorien, berör Lassen villkoret om god tro hos löftesmottagaren. Det skäl, som kräver att han skall kunna åberopa viljeförklaringen oavsett bristande vilja hos löftesgivaren, är hänsynen till omsättningens trygghet. Men härav motiveras rättsskydd endast i sådana fall, då den genom viljeförklaringen väckta tilliten är befogad...

Denna kortfattade redogörelse för Lassens uppfattning om 'förklaringsgrunden' till de regler, som innefattas i tillitsteorien, eller om dennas 'materielle Begrundelse' torde giva en föreställning om i vilken utsträckning han beaktar omsättningens trygghet.»

Jag kan icke finna annat, än att hela denna framställning är meningslös, ävensom att, bortsett därifrån, densamma karakteriseras av varandra motsägande tendenser. Det är icke lätt att av ovanstående förstå, huruvida *Lassen* skall anses ha givit någon verklig motivering eller icke för att löftesgivaren oaktat sin »viljesmangel» bleve »bunden» gentemot löftesgivaren. Å ena sidan säger *Undén* t. ex., att man just bör uppmärksamma, att *Lassens* tillitsteori icke innefattar försök till förklaring, *varför* förmögenhetsrättsliga löften böra vara bindande, och han komplimenterar vidare de nordiska juristerna för deras »realistiska syn», bestående däri, att de icke uppfatta tillitsteorien såsom förklaring till, att avtalet har rättseffekt. Å andra sidan skall *Lassens* tillitsteori skilja sig från *Stangs* »Erkläringsteori» just därutinnan, att den förre

icke såsom den senare blott refererar, utan också resonnerar och antyder sin »Begrundelse», och *Lassen* säges uttryckligen ha »sökt ge en ingående analys av principens värde». Hur en princip, som i motiveringen vore falsk, skulle kunna ha något värde synes obegripligt. Följaktligen synes en »ingående analys» av dess värde rimligtvis även innefatta en förklaring till densamma, d. v. s. här en förklaring, varför löftesgivaren bliver »bunden».

Man kan fråga, hur dessa motsägelser kunnat undgå *Undén*. Jag tror, att en förklaring därtill kan givas. När han beundrar realismen hos dem, som avstå från att *i samband med tillitsteoriens framställande* giva »förklaringar», så uttrycker han sig på ett särskilt sätt. Han talar därvid icke om förklaring till vad, som skall vara involverat i tillitsteorien, utan om förklaring, varför avtalet eller förmögenhetsrättsliga löften (underförstått: *i allmänhet*) hade rättseffekt. Sådan förklaring vore ett »fristående spørsmål», av *Lassen* visserligen behandlat men icke i direkt samband med tillitsteorien! Skola i *Undéns* framställning motsägelseorna försvinna, så måste alltså förutsättas, att hans mening är denna: det är synnerligen rekommendabelt att söka förklara, varför en löftesgivare i händelse av »Viljesmangel» blir bunden, men det är högst olämpligt att *i samband därmed* upptaga frågan, varför ett löfte i allmänhet, framför allt sålunda om löftesgivaren *velat* avgiva detsamma, är bindande. Det är emellertid just det senare, som jag har gjort. *Meningslösheten* i frågan »vilje- eller tillitsteori?» framgick därvid. *Undéns* starkt framträdande missnöje med mitt sätt att behandla saken blir därigenom ytterligare ett stöd för, att jag nu tolkat hans mening riktigt. Har jag verkligen gjort detta — och ytterligare skäl för att så förhåller sig skall senare¹ framläggas — då måste *Undén* anses ohjälpligt sitta fast i den naturrättsliga metafysiken även på denna centrala punkt. Jag säger ohjälpligen, ty *Undén* har

¹ Nedan s. 177 f.

då icke tagit intryck av, att jag redan för länge sedan¹ konstaterat, att vissa våra tillitsteoretiker i själva verket anammat viljeteorien, såsom innefattande något självfallet — nämligen den personliga viljans (i kraft av »rätten» eller utan sådan kraft) rättsstiftande förmåga — och först vid »viljesmangel» funno en diskussionsvärd fråga, vilken löstes genom tillitsteorien. Och i det mitt arbete, som närmast föranlett *Undén* att nu föra fram *Lassen*, har jag särskilt understrukt saken, framhävande de nordiska tillitsteoretikernas underlägsenhet på denna punkt gentemot en den tyska tillitsteoriens märkesman.²

Men även i övrigt torde ingen saklig mening kunna utletas i att på detta sätt anföra *Lassens* förtjänster gentemot vad jag hävdade angående denne. Jag har aldrig haft en tanke på att bestrida, att *Lassen* varit starkt hågad att laborera med samhällsnyttiga synpunkter. Jag har tvärtom ständigt understrukt jurisprudensens i vårt tidevarv strävan efter kontakt med det praktiska livet.³ Men jag har samtidigt visat, att man fullständigt saknar varje *djupare* förståelse för samhällsnyttan såsom juridisk princip. *Lassen* är en typisk representant för metoden att på basis av en, ofta förstucken, rättsskolastik applicera i riklig mängd synpunkter från livets »reale Forhold» el. dyl. Vad jag i sådant avseende visat angående t. ex. nordiska skadeståndsläror, angående gängse läror om löftesmans regress, angående rättsskolastikens hinderlighet för en realistisk syn på det s. k. tredjemansavtalet etc., har även tillämpning å *Lassens* åskådning. Och hur mycket än *Lassen* i avseende å sin utveckling av tillitsteorien rör sig med »Hensynet till Samhandelens Sikkerhed» eller liknande, är hans grundåskådning även här rent skolastisk såsom oförtydligt framgår redan av det påstående, som jag citerade,

¹ Sv. J. T. 1924, s. 283 f.

² Förra delen, s. 131 f.

³ Se t. ex. mitt a. a., s. 63 ff., s. 173 ff.

enligt vilket löftets »Egnet» att väcka tillit skall vara bärare av dess rättsverkningar. Om *Lassen* har någon mening med detta påstående, så följer av mina utredningar, antingen att *Lassen* utsätter sig för den kritik, som jag riktat, omedelbart, mot *Nordlings* åsikt, eller också att mot honom kunde göras anmärkningar liknande dem, vilka jag riktat mot *Schlossmann*. Jag har alltid ansett *Lassen* hänförlig under det förra alternativet¹ på grund av min kännedom om hans närmare ståndpunkt i ämnet, utvecklad i avhandlingen »Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn», 1905. De *Lassens* citaten i *Undéns* framställning stamma från denna avhandling, vilken *Undén* falskeligen tror, att jag underlåtit att beakta.² Denna avhandling visar vid närmare granskning, att *Lassen* hade samma ståndpunkt, som vi, låt vara förstucken, tyckas ha funnit hos *Undén*, nämligen att löftets rätts-effekt i händelse av överensstämmelse mellan vilja och förklaring vore något självfallet just på grund av sådan överensstämmelse, under det att ett *särskilt problem* förelåge först vid löftesgivarens »Viljesmangel». På detta tyder ju redan det citat från *Lassen*, som *Undén* först andrager och som jag beder läsaren uppmärksamma. Saken blir något tydligare, om man går till några punkter, som av *Undén* borttransumerats:

»I ældre Retsforfatninger ses Vægten udelukkende lagt paa Erklæringen. Man kan finde Tvang anerkendt som Ugyldighedsgrund, fordi der her er Tale om noget udvortes haandgribeligt, men det *indre Moment, Viljen*, kom-

¹ Jag uttalade dock därom intet direkt. Över huvud har jag i allmänhet i min rättskritik icke haft något större intresse av att närmare upptaga *Lassens* åsikter, när de ofta utmärka sig genom en särskilt förvirrad blandning av rättsskolastik och »realiteter», som det tager ett tidsödande arbete att reda ut. Ehuru jag av begripliga skäl näppeligen kunde undgå att beröra *Lassen* i min kritik av härskande avtalslära, var det dock *Nordling*, som jag ställde i centrum och riktade mig emot, helt enkelt därför att *Nordlings* framställning har en mera vetenskaplig karaktär än *Lassens*.

² Se i detta avseende jämväl antydningen i Sv. J. T. 1929, s. 540.

mer ikke i Betragtning. Afgiveren af Tilsagnet er bunden ved sit Ord uanset Viljesmangelen, selv om den, til hvem Tilsagnet er afgivet, er bekendt med Mangelen. — I yngre Retsforfatninger er dette Standpunkt forladt. Der er nu i det hele Enighed om, at *Viljesmangelen* maa *udelukke* Tilsagnets *forbindende Kraft*, naar den er kendt af eller kendelig for den, til hvem Erklæringen er afgiven. Uenigheden vedrører de Tilfælde, hvor Erklæringsmodtageren er i *god Tro*, idet han ikke har Grund til at antage andet, end at den *Erklærendes Vilje* stemmer med Tilsagnets Indhold» (kurs. här).¹

Hela detta uttalande avvisar uppenbarligen såsom något primitivt den äldre bristande förståelsen för det »inre momentets, viljans», betydelse just med hänsyn till rättsförbindande »Kraft». Tanken att, så långt som enigheten inom jurisprudencen faktiskt rådde, just viljan hade särskild betydelse för att skänka löftet rättsförbindande kraft är omisskännlig. Och när nu denna kraft skall ifrågakomma trots »Viljesmangel», så bestämmas likväl den nödiga goda tron med hänsyn till löftet såsom uppburet av löftesgivarens vilja. God tro betyder sålunda för *Lassen* tron, att löftet uppbäres av viljan. Hur skulle just sådan tro kunna bli »god tro» inom *juridiken*, om icke viljan ansåges ha särskild rättslig betydelse? (varom ytterligare nedan, s. 173 ff.). Man måste vidare beakta, att det, då dessa rader författades, alltjämt sedan hundratals år tillbaka var en allmänt erkänd lära, att partsviljan hade rättsskapande förmåga (med eller utan betonande av »rätten» som grund här för, ett betonande som endast kan vara en fras) och förty att löftesgivaren bundes därigenom, att han uttryckt sin vilja att varda bunden. Om *Lassen* stått i opposition till denna lära, skulle han näppeligen kunna ha fällt ett sådant yttrande som det sist citerade, allt under det han samtidigt ingick på en utförlig diskussion angående den — med hänsyn till en så revolutionerande opposition — fullkomligt underordnade, ja rent meningslösa frågan angående verkan av ett löfte i händelse av »Viljesmangel». Redan härav synes det sålunda,

¹ *Lassen*, Vilje og Erklæring, s. 2.

som om *Lassen* anslöte sig till det gamla s. a. s. viljekrafts-axiomet.

Men vidare betonar *Lassen*, att »den danske Rets Löfteprincip er ikke Viljesdogmet men Principet om Tro og Loves Ubrødelighed». ¹ Vad menar *Lassen* därmed? Förklaringen erhålles, när man går till *Goos'* och *Aagesens* »Under-søgelser om det bærende Princip for Tilsagns bindende Kraft», som *Lassen* för egen del så starkt åberopar sig på, att han finner det mindre korrekt att tala om *sin* tillitsteori, ett uttryck, som han blott för korthetens skull använder. Intresset knyter sig här särskilt till *Aagesen*, den äldre av dem, som själv just åberopar sig på principen om tro och loven. *Aagesens* lära är följande.

Bland de fakta, som medföra »Stiftelse eller Ophør av Ret-tigheder» märkas i allmänhet dels enkla fakta, t. ex. occupa-tion, dels också sådant som löftet, som avgives till en person och därigenom innefattar tvenne rättsstiftande fakta, nämligen löftesgivarens förklaring och löftesmottagarens genom denna väckta förväntan. ² *Aagesens* närmare mening i ämnet framgår av hans behandling av *rättshandlingen*, »først i Rækken af de forskjellige Stiftelsesgrunde for Formuerettig-heder». *Aagesen* utvecklar först, hur man nått fram till att det för en rättshandling måste fordras

»at en vis Retsvirkning var betinget af den paa dens Frembringelse ret-tede *Vilje som Aarsag*. Det er vistnok kun et andet Udtryk for den samme Opfattelse, naar man har sagt, at ved Retshandelen er det Viljeserklæringen som saadan, der er retsstiftende» (kurs. här). ³

Aagesen tager intet avstånd från denna åsikt, han blott *kompletterar* densamma. Han säger nämligen endast, att man »tør herved næppe blive staaende», alldenstund i nyare tid

¹ *Lassen*, a. a., s. 3, ävensom Haandbog, 8 §.

² *Aagesen*, Forelæsninger over den romerske Privatret, utg. efter förf:s död av Evaldsen och Goos, I, 1880—1882, s. 157.

³ *Aagesen*, a. a., s. 172 f.

den åsikten mer och mer trängt sig fram, att rättsverkningen i *mangfoldige Tilfælde*, först inträder genom *flera* självständiga fakta. Härpå andragas två exempel. Det ena är löftet med sina två moment, löftesgivarens förklaring och adressatens förväntan. »Et Løfte till en døf, som icke hører det, binder ikke.» Det andra exemplet är fastighetsköpet, där det fordras utom »Overdragelseserklæring», att dokumentet »tinglæses». Omedelbart härefter heter det:

»Medens vel alle ville være enige om, at der i alla disse Tilfælde bør tales om en Retserhvervelse ved Retshandel, er det noget tvivlsomt, om det sprogrigtig her kan siges, at Viljeserklæringen som saadan er retsstiftende. Herved føres man naturlig til at bestemme Retshandelen som den Stiftelsesgrund, i hvilken Viljeserklæringen fra den gjældende Rets Standpunkt maa siges at danne det mest fremtrædende Led, til hvilket de andre *muligvis* til Retserhvervelsen nødvendige Kjendsgerninger maa antages nærmest at staa i et akcessorisk Forhold. I det følgende vil blive omtalt, at *det her angivne Forhold med hensyn til Viljeserklæringens Betydning vistnok maa siges at foreligge ved alle de paa Principet om Tro och Loves Ubrødelighed grundede Retserhvervelser*, skjønt detta Princip i sine Konsekvenser ganske vist kan føre til at anerkjende Retserhvervelser, bag ved hvilke der ikke ligger nogen Vilje eller nogen Viljeserklæring af den forpligtede» (kurs. här).

Såsom motsättning härtill erinrar *Aagesen* om hävd och liknande »Retserhvervelser», vid vilka väl fordras »en viss *animus* eller Vilje», men vilka likväl icke kunna betraktas såsom rättshandlingar, alldenstund »Kjærnen for Retserhvervelsen icke ligger i nogen Viljeserklæring»,¹ varande denna enligt *Aagesens* egna förut citerade ord närmast liktydig med *viljan inriktad på rättsverkningen såsom dennas orsak*.

Vad principen om »Tro og Loves Ubrødelighed» kan betyda i *Lassens* framställning borde härmed vara tydligt nog, i all synnerhet om man ytterligare tager del av följande ur det *Aagesenska* grundlaget:

»Den overordentlig store Rolle, som Retshandelen spiller inden for Formueretten, ligger deri, at enhver Retsforfattning i videste Omfang tillægger

¹ *Aagesen*, a. a., s. 171—175.

de Viljeserklæringer, hvorved en Person binder sig i formueretlig Henseende over for andre Personer eller, for at bruge et kort Udtryk, paatager sig selv Retspligter til Fordel for andre, fuld Retsgyldighed: erkjender dem for retsstiftende og retsopløsende. Men bagved denne Retsordning ligger jo netop Principet om Tro og Loves Ubrødelighed. Det er derfor en i det mindste for dansk og vistnok ogsaa for den romerske (sic!) Formuerets Vedkommende berettiget Paastand, at Retshandelen som almindelig Stiftelses- og Ophørsmaade for Formuerettigheder hviler i Principet om Tro og Loves Ubrødelighed.»¹

Må man nu till allt detta, om man icke redan är på det klara med saken, lägga uttalanden av innehåll, att den i långliga tider rådande uppfattningen, att »Viljen var den egentlig bevægende Kraft i Formuesfæren», gjort, att »Retshandelen som Stiftelsesgrund» absorberat hela intresset. Genom modifikationer i denna uppfattning hade man kunnat erkänna *andra* »stiftelsegrunder» än *rättshandlingen*, vars effekt sålunda bygges på *viljan*.² — Och må man till sist taga del av rekvisitet enligt *Aagesen* för rättshandlingens »rättsstiftande förmåga». Efter att hava inom avtalsläran avvisat tanken på en »fælles Vilje» ävensom påvisat det både praktiskt och teoretiskt otillfredsställande i »Samtykketeorien» uttalar *Aagesen* därom följande:

»Efter den rette Begrundelse av Retshandelens retsstiftende Evne efter Principet om Tro og Loves Ubrødelighet fordres saaledes kun, at den av den ene Part (A) avgivne Viljeserklæring, som gaar ud paa at forskaffe den anden Part (B) en Ret (eller Frigjørelse for en Forpligtelse), paa en saadan Maade er bragt til sidst nævnte Parts Kundskab, at den hos denne kan have vakt en begrundet Forventning om Viljeserklæringens Opretholdelse eller Opfyldelse, men ikke nogen Viljeserklæring fra denne Parts Side.»³

Av *Aagesens* hela framställning framgår sålunda angående principen om tro och loven i *detta sammanhang* intet annat, än att det vore stridande mot denna princip, att verkligen

¹ *Aagesen*, a. a., s. 176 f.

² *Aagesen*, a. a., s. 178—181.

³ *Aagesen*, a. a., s. 205.

velade viljeförklaringar, som hos adressaten väckt en »begrundet Forventning», icke vore bindande. Hela *Aagesens* ifrågavarande framställning är sådan, att, hur stor betydelse än en »begrundet Forventning» spelar, så är likväl för rätts-handlingen som »Stiftelsesgrund» löftesgivarens förklaring av sin *vilja* något väsentligt. Om man bortser från »Forventningens» betydelse såsom ledande till den s. k. löfsteorien i motsättning till avtalsteorien,¹ har »Forventningen» i *Aagesens* nu berörda framställning, såvitt någon logik därur skall utvinnas, faktiskt *endast* betydelse som *inskränkning* i viljeförklaringens rättsstiftande verkan. Hur mycket man än t. ex. utfäste sig åt en döv, som icke kunde uppfatta saken, bleve man ju icke bunden, just emedan hos denne ingen »Forventning» väckts. »Forventningen» åberopas sålunda av *Aagesen* såsom, utöver viljeförklaringen, en ytterligare betingelse för rätts-effekten. Följande *Aagesens* uttalande i ett senare sammanhang svävar därför i luften:

»Hvis en Person paastaar, at der paa Grund af en Fejlskrift, Fortalelse o. s. v., ikke ligger nogen virkelig Vilje bag ved den af ham afgivne Erklæring, maa han selvfølgelig bevise dette. Men saafremt det lykkes ham at føre Beviset, er Sagen efter det her tagne Udgangspunkt ogsaa klar. Er der nemlig vakt en berettiget Forventning hos den anden Part, altsaa navnlig under Forudsætning af, at han ikke har set og heller ikke har burdet se Fejltagelsen, bliver den erklærende utvivlsomt bundet.»²

Ser man på det resultat, som här proklameras, kan man icke begripa det föregående talet om att viljeförklaringen (i mening av en på alstrandet av en viss rättsverkning riktad vilja) vore kärnan i rättshandlingen såsom »Stiftelsesgrund», under det att andra »Kjendsgjerninger», t. ex. »Forventningen», blott hade accessorisk karaktär. Det nu sist andragna uttalandet förutsätter ju, att *Forventningen* är kärnan och en-

¹ Med det sista citatet avses ju detsamma, som man brukar uttrycka så, att anbudet såsom sådant (oberoende av accept) är bindande.

² *Aagesen*, a. a., s. 264 f.

samt kärnan i den rättsstiftande rättshandlingen! Men därmed blir det å andra sidan obegripligt, varför sådan affär göres av löftesgivarens möjlighet att bevisa viljebristen. *Allt* skall ju hänga på en berättigad förväntan. Det är naturligtvis uteslutet, att i detta *Aagesens* helt och hållet isolerade uttalande inlägga ett avståndstagande från hela hans föregående utredning, så mycket mindre som han åberopar sig på denna¹ och några sidor dessförinnan just hänvisat till sin definition av rättshandlingen »som den Stiftelsesgrund, i hvilken Viljeserklæringen maa siges at danne det mest fremtrædende led».² Skall nu ur det hela något sammanhang kunna utläsas, så kan meningen icke bli någon annan än den, att »Forventningens» rättsstiftande betydelse har till självfallen förutsättning en *rättsgrundsats*, att den uttryckliga viljan har rättsstiftande kraft. Utan en sådan tanke vore ju också allt tal hos *Aagesen* om löftesmottagarens Forventning» fullständigt gripet ur luften. Denna »Forventning» skall ju vara »begrundet» och gå ut på »Viljeserklæringens *Opretholdelse* (kurs. här) eller Opfyldelse». En sådan »Forventning» vore dock grundlös, om icke löftesmottagaren kände till, att en person bleve, som det heter, rättsligen bunden genom en viljeförklaring, som han verkligen velat.

Beaktas nu allt detta angående *Aagesens* lära, beaktas vad jag förut anfört angående *Lassens* egna uttalanden och lägges därtill, att dennes avhandling *genomgående* är inställd just på att lösa en »konflikt» mellan löftesgivarens »Viljesmangel» och löftesmottagarens goda tro,³ så torde det vara nödvändigt att fatta *Lassens* ståndpunkt så, att han, i olikhet med *Schlossmann* och i likhet med t. ex. *Björling* och *Nordling*, finner det vara en *naturligt given sak*, att löftesgivaren blir »bunden», såvitt löftet uppbäres av hans vilja, och att problemet vore

¹ Märk »efter det her tagne Udgangspunkt».

² *Aagesen*, a. a., s. 260.

³ Se t. ex. *Lassen*, Vilje og Erklæring, s. 3, s. 6 m. fl.

att utreda, hurusom löftesgivaren trots »Viljesmangel» bleve »bunden» på grund av löftesmottagarens goda tro, ett problem som *Lassen* synbarligen menar att *Aagesen* tagit alltför lättvindigt på, åtminstone att döma av det nummer *Lassen* själv gör därav.

Emellertid ha vi nu sett, att *Aagesen* jämte själva viljan hos löftesgivaren såsom »rättsstiftande» också åberopar den befogade förväntan »om Viljeserklæringens Opretholdelse eller Opfyldelse». Det har stort intresse att efterse, vad detta i själva verket skall innebära? Det kan icke betyda det, som man ofta, med ett oriktigt ord, brukar beteckna såsom »tillit», nämligen att löftesmottagaren befinner sig i den tron, att verkligen löftesgivaren *velat*, vad han sagt. En sådan tro är förvisso något, som kan komma ifråga såsom ett rättsfaktum i förnuftig mening, nämligen ett faktum, vars konstaterande influerar på domens innehåll. Men i *Aagesens* framställning avses något, som *omöjligen* kan utgöra ett sådant faktum. Huruvida löftesmottagaren förväntar, att löftet upprätthålles genom tvång eller verkligen kommer att uppfyllas måste alltid förbliva likgiltigt för det rättsliga bedömandet av situationen. Om en löftesgivare har tillräckliga rättsliga kunskaper eller överhuvud är tillräckligt kapabel att reflektera över, hur domaren har att döma, måste givetvis för domens innehåll vara fullkomligt likgiltigt. Det säger sig ju självt, att antagandet av dylikt såsom rättsfaktum skulle stå i strid med alla acceptabla principer för dömandet. Det är ju f. ö. helt enkelt logiskt omöjligt, att löftesgivarens kunskap om den tillämpliga »rättssatsen» skulle kunna utgöra ett rättsfaktum. Ty »rättssatsen» måste alltid ha ett självständigt innehåll, för att den skall kunna vara föremål för kunskap. D. v. s. den kan själv logiskt icke såsom moment *i* sig upptaga kunskapen *om* sig. Kunskapen *om* något kan icke innefattas *i* detta något.

Vad kan då vara meningen med *Aagesens* tal om en »begrundet Forventning»? Jo, endast och allenast att angiva

»Stiftelsesgrunden» till uppkomsten av det s. k. rättsförhållandet mellan parterna, eller löftesmottagarens s. k. rättighet. Det är alltså fråga om exakt samma orimlighet som den Nordlingska, nämligen att en rättighet *in abstracto*, d. v. s. i rättsmedvetandets mening, skulle alstras för löftesgivaren, däri-genom att han hade »anledning att räkna sig berättigad» efter löftet. Det är alltså ofrånkomligt, att *Aagesen* — när han i principen om »Tro og Loves Ubrødelighed» inlägger tanken på (den till uttryck komna) viljans rättsstiftande kraft — ingalunda avser, att den uttryckta viljan vore ett rättsfaktum, d. v. s. ett faktum som följdes av viss rättsverkan, utan att han menar, att viljan *själv skapar* rättseffekt, nämligen uppkomsten av ett rättsförhållande. Vi ha m. a. o. ohöjld framför oss den gamla Savignyska teorien om viljans autonomi.¹

Om nu vissa *Lassens* uttalanden, såsom *Undén* uppenbarligen tror, måste anses tyda på stridighet med en sådan ståndpunkt, så måste de härflyta av förvirring, beroende på en särskild ytlighet i resonnemangen, i sin tur föranledd därav, att han skulle, i sitt intresse för betydelsen av de »reale Forhold»

¹ Vad angår *Goos'* likaledes av *Lassen* åberopade undersökningar överensstämma de i det hela med *Aagesens*. Här laboreras lika öppet med rättshandlingarne såsom rättsstiftande viljeförlaringar. »Retshandler ere de Akter der tilsigte Meddelelse av en Vilje, rettet paa at bestemme et Retsforhold og som saadanne ifølge Retsordenen ere retsstiftende Kjendsgjerninger», *Goos*, Forelæsninger over den almindelige Retslære, I, Kphmn 1889, s. 213. Innebörden av ett sådant uttalande kan så mycket mindre missförstås, som det om accepten heter, att den »betyder den Vilje at være berettiget», a. a. s. 222, och det i själva utredningen om rättshandlingsbegreppet särskilt betonats, att partshandlingen i ett avtal består i meddelandet »om en Vilje der umiddelbart er rettet paa at bestemme et Retsforhold». Vid sin behandling av *löftet* manövrerar emellertid *Goos* på ett sådant sätt — för att kunna hävda tillits-teorien — att hans rättshandlingsbegrepp fullständigt uppgives, se hans Forelæsninger II, 1900, s. 323 ff., jfda med I, s. 221 f. Ett närmare ingående på *Goos'* framställning torde med hänsyn till vad som redan sagts om *Aagesens* »Forventning» såsom »Stiftelsesgrund» och till vad som i det följande utredes angående *Lassen* och *Undén* vara överflödigt.

i rättslivet, ha helt eller delvis förlorat sin egen grundåskådning ur sikte. Bland sådana uttalanden märkes följande *Lassens* bemötande av den huvudinvändning mot hans tillits-teori, som

»støtter sig paa *Lovgrunden* for Regelen om Retshandlers bindende Kraft. Det er utvivlsomt, at Retsordenens Motiv for den Retssætning, at Retshandelen skaber Ret, er det at sætte de Private i Stand til at ordne deres Retsforhold, som de ville (de *Privates Autonomi*). Heraf er ofte draget den Slutning, at Retsregelen altsaa maa blive den: Hvad Du vil og erklærer at ville, det sker! Naar der mangler en til det erklærede svarende Vilje hos den Erklærende, passer *Lovgrunden* formentlig ikke. Viljesmangelen maa altsaa udelukke Retshandelens Gyldighed. — Jeg har andetstedts oplyst, at denne Slutning, der lyder saa sikker, er forhastet. *Lovgrunden* kan afføde en saadan Retsregel og bør med Hensyn til visse Arter af Retshandler gøre det (saaledes Testamenter og andre *dispositiones mortis causa*). Men *Lovgrunden* kan ogsaa føre til en ganske anden Retsregel. Hvad saaledes formueretlige Tilsagn angaar, kan *Lovgrunden* ogsaa føre til en Regel, der lyder som saa: *Ved Tilsagn kunne I skabe de Retsforhold, I ville, men hvad I tilsige en Anden, det sker, selv om I ikke have villet det saaledes, thi der maa for Samhandelens Sikkerheds Skyld kunne stoles paa Tilsagn!* Lovgivningens Motiv for den Retsregel, at Tilsagn forbinde, kan med andre Ord lige saa godt føre til en Tillidsteori som til en Viljesteori . . . Set i Forholdet til sin *Lovgrund* betyder Retsregelen om Tilsagns forpligtende Kraft dette, at Retsordenen forsyner de Private med et Middel (Tilsagnet, Løftet), hvorved de sættes i Stand til at hidføre de af dem forønskede Retsforhold». ¹

Mot bakgrunden av det förut utvecklade böra enligt min mening dessa ord ingalunda fattas annorlunda än så, att rätts-handlingen såsom en *viljeförklaring* själfallet är rättsstiftande samt att på vissa områden »Viljesmangel» icke utesluter rätts-handlingens ifrågavarande egenskap. Men, som sagt, skola de ha annan innebörd, så bero de på förvirring hos *Lassen* angående hans allmänna åskådning och dennas samband åtminstone med *Aagesens*.² Denna sak är emellertid av full-

¹ *Lassen*, Vilje og Erklæring, s. 36 f. Jfr *Lassen*, Haandbog, 8 §.

² Ett samband med *Goos'* åsikt i detta ämne är svårt att tala om, eftersom *Goos* såtillvida icke har någon åsikt, som han å ena sidan hänför löftet

ständigt underordnad art inför det faktum, att uttalandet i fråga *under alla omständigheter innefattar den mest genuina skolastik*. Det faller mig naturligtvis icke in, och jag har heller aldrig någonsin haft tanken på att bestrida, att dylika uttalanden hos *Lassen* förestavats av en livlig önskan, att såsom *rättsvetenskapsman* bidra till att det praktiska livets realiteter skulle bliva beaktade i »rätten». Men denna önskan har faktiskt varit orealiserbar. Man behöver ju alls icke vara rättsvetenskapsman för att begripa, att opraktiska principer angående avtals verkningar icke befrämja affärlivet utan tvärtom. Sådana iakttagelser angående det för affärlivet bästa, som framställts av *Lassen* i hans ifrågavarande avhandling och som till stor del refererats av *Undén*, kunna naturligtvis ännu sakkunnigare meddelas av en erfaren och klok affärsman. Att just *Lassens* iakttagelser erhållit stor betydelse för den s. k. rättsutvecklingen i Norden beror, utom på hans stora arbetsamhet, blott därpå, att han innehade en rent formell auktoritet, m. a. o. var en person, som de praktiska juristerna lystrade till. Men såsom *vetenskapsman* har han, åtminstone på detta område, icke lämnat det allra ringaste bidrag, helt enkelt därför att hans resonnemang präglas av en fullkomligt förvirrande ovetenskaplighet, oscillerande, som de äro, mellan en skolastisk värld av »rättsförhållanden» och en därmed absolut oförenlig social verklighet.

Den genom det efter *Lassen* citerade uttalandet gående tanken är fullt ut lika orimlig som det gamla viljekraftsaxiomet. Ty dettas orimlighet ligger alldeles icke i *viljans* betonande utan i föreställningen, att man genom en *förklaring* av sin vilja kunde *skapa fram* något. Föreställningen, att något genom en *i strid med viljan avgiven förklaring* kunde framskapas, är naturligtvis icke ens i den allra ringaste grad

till rättshandlingar men å andra sidan vid behandlingen av löftet uppger hela sin grundåskådning angående rättshandlingen. Se ovan s. 166, n. 1.

förnuftigare. Båda föreställningarne innefatta tro på *ordmagi*. På intet sätt kan den fatala situationen anses upphjälpt genom talet om att löftets rättsskapande kraft härledde sig från »Retsordenen». Med detta begrepp kan ju i förevarande sammanhang omöjligens avses, vad jag betecknat såsom rättsmaskineriet, eller det faktiska förhållande, att s. k. rättsregler uppehållas genom process och exekution. Ty dels är ju *Lassens* mening uppenbarligen, att dessa »Retsförhold», som skapats genom löftet, sedermera skola i fall av behov genom processen i vidsträckt mening skyddas och genomföras. Men därmed kan ju tillkomsten av »rättsförhållandena» ifråga icke vara beroende av rättsmaskineriet. Och dels vore det ju, alldeles bortsett från vad *Lassen* menat, en orealiserbar tanke, att en persons löfte i kraft av det förhållande, att vissa s. k. rättsregler genomfördes, skulle kunna alstra det, som logiskt icke kan vara något annat än en konsekvens av detta förhållande.¹ Följaktligen kan *Lassen* med »Retsordenen» icke avse något annat än den »positiva rätten», den »gällande rätten» eller, för att tala med *Undén*, »regel-systemets innehåll». Men därmed framträder i *Lassens* åskådning hela serien av verklighetsfrämmande tankar: a) det överindividuella subjektet med sina imperativer eller tillerkännanden, b) en övernaturlig kraft hos dessa att åstadkomma c) en övernaturlig kraft hos löftet.

Att med en sådan bakgrund förfäkta en samhällsnyttig avtalslära har sannerligen intet med *rättsvetenskap* att skaffa. Men näppeligen nog därmed. Om en erfaren köpman finge meddela juristerna sina synpunkter på en för affärlivet nyttig avtalslära, så skulle han icke på samma sätt som *Lassen* vara besvärad av den *motsättning*, som ligger i laborerandet med affärsintresset, samtidigt med antagandet, att rättshandlingen skapar rättsförhållanden. Den förvirring, som ligger i en sådan *motsättning*, är direkt hämmande för möjligheten att

¹ Se härom Förra delen, 2—5 §§.

anlägga samhällsnyttiga synpunkter. Dessa förhållanden finnas ju icke till. De äro endast av *rent ideell* art och *kunna* därför icke vara bestämda av några samhällsnyttiga intressen utan blott av chimäriska föreställningar om »rättvisa». »Rättvisan» yttrar sig just däri, att den ene skall ha vissa ideella krav på den andre. *Lassens* ståndpunkt är ett omisskännligt uttryck för den alltjämt florerande tron på en materiell rätt, som skulle göras till föremål för processen. Men en sådan tro är intet annat än rättsmedvetandets föreställning om en existerande rättvisa och om dennas realiserande.¹ Då en sådan föreställning saknar verklighetsinnehåll, måste det ju vara uteslutet att utifrån densamma motivera de s. k. rättsreglerna med samhällsnyttiga synpunkter. »Rättvisa» betyder just detta, att *individ* är ett *ändamål i sig själv*, varmed åter är sagt, att han *icke av hänsyn till samhället* kan åtnjuta de fördelar, som skola vara inneslutna i hans »rättsförhållanden».

En särskild sak må emellertid här betonas. Låt oss göra det antagandet, att av *Lassens* uttryckssätt icke framginge, att han utgår ifrån hela den nedärvda juridiska begreppsvärlden med dess rättigheter och skyldigheter i meningen av ideella förhållanden, som skapades genom rättshandlingar (i kraft av den s. k. rättsordningen), ja låt oss rent av antaga, att *Lassen* i verkligheten icke hade sådana utgångspunkter! Ur *vetenskaplig* synpunkt vore situationen därmed likväl på intet sätt förändrad. Ty även oaktat sådana antaganden kvarstode dock, att *Lassen* icke tagit någon position till de nedärvda, allmänt inom jurisprudensen anlitade begreppen, icke gjort dem till föremål för vetenskapligt kritisk behandling. Därmed förbleve hans påståenden om den rättsliga betydelsen av »Hensynet till Samhandelens Sikkerhed» o. dyl. *blott och bart påståenden*, lika ovetenskapliga som det gängse replieran-

¹ Se ovan, särskilt s. 82 ff., jfda med Förra delen, s. 93—101 och s. 57, 66, 99 n. 1 samt s. 118 f.

det på irrationella rättsföreställningar. Sådana påståenden gåve — även under de gjorda, förvisso grundlösa, antagandena — endast uttryck åt en *personlig* tendens hos *Lassen* att beakta det praktiska livets intressen. De gåve, om man så vill, uttryck åt ett visst lynnesdrag, alls icke åt någon vetenskapligt motiverad åskådning.

Jag övergår nu till en granskning av *Undéns* kritik av min tolkning av *Lassens* påstående, att löftets »Egnethed» att väcka en viss förväntan eller tillit hos löftesmottagaren vore bärare av dess rättsverkningar. Att detta påstående är bestämt av rättvisesynpunkter kan ju icke betvivlas. Hur skulle eljest rättsverkningarna kunna sättas i sådant beroende just av den enskilda personens förväntan eller tillit? Ja, denna förväntan eller tillit säges uttryckligen giva löftesmottagaren ett *krav på rättsskydd*.¹ Detta »krav» kan icke avse något annat än ett ideellt, på rättvisa grundat förhållande, som ropar på sitt realiserande. Hur »orättfärdigt» det skulle vara av »rätten» att icke beakta detsamma måste ju också särskilt väl inses, när man finner, att fråga blott vore om en förväntan eller tillit, som hos löftesmottagaren uppstått *utan dennes oaktsamhet* och sålunda vore »*begrundet*».² Att det här är fråga om culpa i den gamla vanliga betydelsen av åtminstone i någon grad undermåligt handlingssätt är uppenbart. Lägg så här till, att hela tillitsteorien uppfattas såsom en »*Beskyttelse*» av löftesmottagarens goda tro (med vissa begränsningar),³ och man nödgas förstå, att *Lassens* förklaring angående tillitsteoriens *Lovgrund* åstadkommes genom ett *compositum* av samhällsnyttiga synpunkter⁴ och rättfärdighetsföreställningar,

¹ *Lassen*, Vilje og Erklæring, s. 39.

² *Lassen*, a. a., s. 39.

³ *Lassen*, a. a., t. ex. s. 35, s. 38.

⁴ Realiter dock, om ock icke verbaliter, framträdande blott negativt, i ett tillbakaträngande av vissa *alltför* besvärliga rättfärdighetssynpunkter, se *Lassen*, t. ex. s. 34.

bottnande i den mot all samhällsnytta stridande idéen om individen såsom ett ändamål i sig själv.

Man måste också kunna förstå, att min egen åskådning — såsom jag utvecklat denna¹ — angående förklaringen till att vårt rättsmaskineri är så inrättat, att löftet får den stora betydelse i omsättningslivet, som det faktiskt har, står i diametral motsättning till den Lassenska. Jag har ju sökt visa, att löftesmottagarens tillit, långt ifrån att här på något sätt kunna åberopas såsom *grund* till eller överhuvud såsom *prius* i förhållande till avtalets rättseffekt, tvärtom är en *följd* av denna. Och det är i samband härmed, som jag emot tillitsteorien bl. a. anmärkt, att den rör sig i cirkel, när den vill motivera löftesmottagarens rättsställning till löftesgivaren med den förres »befogade tillit» till löftet. En löftesgivare skulle nämligen förnuftigtvis icke kunna ha något fog för sin tillit till löftet, om han icke visste, att vissa tvångsreaktioner utfördes mot den löftesgivare, som underlåte att hålla vad han lovat. Eftersom, enligt vad jag flerstädes påvisat, en löftesmottagares s. k. rätt på grund av löftet nu icke kan vara något annat än en viss position, uppkommen bl. a. såsom en konsekvens av dessa med en viss regelmässighet genomförda tvångsreaktioner, blir faktiskt tillitsteoriens motivering för löftesgivarens rätt en *petitio principii*, d. v. s. den förutsätter det, som skall motiveras, såsom redan förhandenvarande. Om denna min anmärkning säger nu *Undén*, att jag gjort mig skyldig till ett påtagligt missförstånd av innebörden i uttrycket »befogad» tillit hos *Lassen* och andra. *Lassen* menar därmed, fortsätter *Undén*,

»att löftesmottagaren inte bör kunna stödja sig på en viljeförklarings ordalag, om förhållandena varit sådana att han begrep eller borde ha begripit, att t. ex. en felskrivning förelåg. Det är med hänsyn till viljeförklaringsens innehåll och omständigheterna vid dess mottagande, som *Lassen* säger att ett löfte i vissa fall är ägnat att väcka tillit, i andra fall icke. Tilliten är sålunda

¹ Förra delen, s. 135 ff.

i detta sammanhang ej, såsom Lundstedt uppfattar saken (se t. ex. Obligationbegreppet ss. 132, 151), en tillit till löftets rättsliga giltighet, utan en tillit till att orden äro menade så, som de äro formulerade».

Efter *Undéns* mening skulle det sålunda i *Lassens* tal om tilliten icke vara fråga om något annat än löftesmottagarens goda tro i avseende därå, att löftesgivaren verkligen velat vad han uttryckt. Min nyss givna framställning av den *Lassenska* teorien i dess historiska sammanhang med *Aagesens* åskådning giver vid handen, att *Undéns* utläggning icke är med verkligheten överensstämmande. Förvisso tyda *Lassens* uttalanden på att hans tanke i ämnet är svävande. Men hur svävande den än må vara, så ligger dock alltid i bakgrunden, att löftesmottagarens *förväntan* — som är något helt annat än hans nyssberörda goda tro — grundar hans »Krav paa Retsbeskyttelse». Att *Lassen* och andra stundom uttrycka saken så, som om fråga vore blott om en »tillit till att orden äro menade så, som de äro formulerade», har emellertid särskild anledning. De utgå nämligen såsom från något *självfallet* därifrån, att en person rättsligen bindes av sina ord till en annan, förutsatt att han verkligen menat vad han sagt. Tilliten till orden i enlighet med deras formulering *implierar* sålunda tanken, att orden ha rättslig effekt. Om man försöker sig på experimentet att laborera med tillit till löftet och därvid verkligen bortser från idéen om att det avsiktligt uttalade löftet är, såsom det heter, rättsligen bindande, så skall man finna, att ett sådant försök strandar på sin fullkomliga tanklöshet. Det går alldeles icke att hävda, att anledning finnes att lita på, att en person verkligen fullgör vad han sagt sig skola göra, *blott och bart* av den anledning att han avsiktligt, låt vara i löftets form, uttalat sig på ett sådan sätt. Det är visserligen sant, att människorna i allmänhet söka hålla vad de lova. Men detta beror icke på någon i löftet såsom sådant inneboende kraft. Den löftets allmänna tillitsfullhet, som man inom omsättningslivet bygger på, denna tillitsfullhet är

icke tänkbar utan uppehållandet av »rättsreglerna» angående vissa tvångsreaktioner till men för den löftesgivare, som icke infriar sitt löfte. Den saken har jag utvecklat upprepade gånger, senast och utförligast i Förra delen, s. 139—148, jämförda med s. 119—122.¹

Man bör efter det nu sagda noga lägga märke till, hurusom ensamt därmed är visat, att det *för Lassen är ett rättsligt axiom*, att det av löftesgivarens *vilja* uppburna löftet är »rättsstiftande» i den mening, som, efter vad jag ovan s. 160 ff. visat, avses av *Aagesen*. Detta axiom är en logiskt nödvändig förutsättning, för att löftesmottagarens tillit, »till att orden äro menade så, som de äro formulerade», skall kunna erhålla ett visst *sken* av att vara »Bærer» av löftets »Retsvirkninger».² I verkligheten kan emellertid talet om tillit till löftet icke ha någon mening annorlunda än såsom avseende en tillit till löftesgivarens rättsliga bundenhet. Därför har jag också ansett

¹ Emellertid bör här påpekas, att det är synnerligen vågat av *Undén*, att gentemot min kritik driva denna ytliga argumentation, enligt vilken man i tilliten icke inlade något annat, än att orden vore så menade, som de formulerats. Ty till ytligheten och till detta, att mina upprepade uttalanden varit ägnade att på denna punkt förebygga förhastade slutsatser, kommer nu, att *Undén*, fullt korrekt refererande *Lassen*, uttryckligen säger (se citatet ovan s. 154), att »en lekman, som avgivit ett löfte, vilket icke överensstämmer med hans vilja, tror i allmänhet att han enligt gällande rätt är bunden och inrättar sig därefter». När man är på det klara med, att *löftesgivaren* tror sig vara rättsligen bunden, t. o. m. när löftet tillkommit genom misstag, då går det sannerligen väl långt, när man söker undkomma kritiken genom att intaga den attityden, att *löftesmottagaren* icke ens skulle räkna med att den förre vore bunden, när denne verkligen *velat* sitt löfte enligt dess formulering. Skulle i princip löftesgivares rättskunskap vara större än löftesmottagares? Ty något så absurt, som att löftesmottagaren, *ehuru räknande med löftesgivarens rättsliga bundenhet*, skulle bygga sin tillit icke härpå utan på de uttalade orden, måste väl anses uteslutet.

² Detta att tilliten skulle vara »bärare av löftets rättsverkningar» är exakt detsamma, som att den vore »rättsstiftande». Se också terminologien hos *Stang*, Den norske Obligationsrets almindelige Del, 2 litogr. uppl., s. 275.

mig för korthetens skull i min kritik av tillitsteoretikerna kunna räkna med denna tolkning av deras ståndpunkt. Så mycket hellre har jag utan särskilda kommentarer kunnat göra detta, som *Nordling* — den tillitsteoretiker, som står oss närmast, som jag direkt vände mig emot och som på detta område är mindre oklar än *Lassen* — uttryckligen formulerar saken så, att löftesmottagaren genom löftet får anledning »att räkna sig berättigad» enligt detsamma.

Långt före mina inlägg hade anmärkning mot tillitsteorien för cirkelartad tankegång framställts,¹ vartill *Lassen* helt framt framgår följande, också av *Undén* återopade ord:

»At jeg ikke ved Henviſning til den »berettigede» Forventning har sigtet til den, som faktisk beskyttes av Retsordenen, vil vel Ingen være i Tvivl om?»²

Härom är först att säga, att frågan alls icke rör sig om, huruvida *Lassen* velat vara logisk utan därom, huruvida det faktiskt finns någon logik i hans framställning. Detta senare spörsmål är indirekt nekande besvarat genom ologiskheten också i de sist citerade orden. När *Undén* nu anfört dem gentemot mig, så må det väl sägas, att talet om en förväntan, »som faktisk beskyttes av Retsordenen» är ett ganska meningslöst svar på invändningen, att *all* ifrågavarande »förväntan» vore otänkbar utan det regelmässiga genomförandet av vissa tvångsreaktioner mot en löftesbrytare och att »förväntan» ifråga sålunda blott kunde vara en följd av, jämte annat, detta genomförande.

Undéns vanliga försiktighet har här på ett egendomligt sätt svikit honom. Ty icke minst min sista framställning av ämnet i Förre delen, som av *Undén* särskilt avses, är av den art, att den, visserligen blott indirekt men likväl mycket tydligt, varnar för en sådan genomgripande missuppfattning av min kritik, som *Undén* här begått. Jag hade ju gentemot den

¹ Av bl. a. *Reuterskiöld*, Bidrag till läran om avtal, 1900, s. 10, och *Stang*, Den norske Obligationsrets alm. Del, s. 275 f.

² *Lassen*, Vilje og Erklæring, s. 70.

nordiska tillitsteorien ställt *Schlossmanns* lära och pointerat den påtagliga ytlighet i metoden, som kännetecknar den förra i jämförelse med den senare. *Schlossmann* ställer upp sin tillitsteori under avståndstagande från den absurda tanken om parts vilja såsom ägande rättsstiftande förmåga. Den nordiska jurisprudensen (inklusive *Lassen*) utgår — såvitt dess resonnemang skall kunna såsom sådant karakteriseras och icke redan från början måste anses bestå av en innehållslös sammanställning av ord — ifrån partsviljan såom »Stiftelsesgrund» för rättseffekten, såvitt denna vilja kommit till uttryck i löftet. Det är *först* om löftet tillkommit genom *misstag*, som man till stöd för löftesgivarens bundenhet laborerar med tilliten. Att detta också är *Lassens* ståndpunkt — såvitt man kan tala om en sådan och icke blott om sig varandra upplösande motsägelser — torde till full evidens vara utrett i det föregående. Därmed kan *Undén* kort och gott överbevisas genom följande slutledning. Den nordiska jurisprudensen laborerar med löftesmottagarens tillit — till att löftesgivaren verkligen *velat* vad han sagt — såsom grund för löftesmottagarens berättigande i enlighet med löftet. Självfallen utgångspunkt är härvid, att löftesgivaren blir *rättsligen bunden*, om han *velat* sitt löfte. *Alltså laborerar den nordiska jurisprudensen med löftesmottagarens tillit till löftesgivarens rättsliga bundenhet av löftet såsom grund för löftesmottagarens berättigande enligt löftet.*¹ Gentemot denna uppenbara meninglöshet — uppenbar när den väl en gång påpekats — har jag i mina skrifter, som sagt, hävdadt, att löftesmottagarens s. k. rätt (d. v. s. det förhållandet, att en icke ordhållig löftesgivare träffas av vissa menliga tvångsreaktioner) inträder, *på det att löftesmottagare skola kunna lita på löften och dessa därigenom bliva användbara för den allmänna omsättningen.* Denna min ståndpunkt — mot vilken, som ovan nämnts, *Björling* in-

¹ Se angående logiken däri ovan, s. 174 n. 1 i slutet.

lagt de kraftigaste gensagor — skall enligt *Undén* vara en gammal erkänd sak i den nordiska rättsvetenskapen!

Som sagt *utgår* den nordiska jurisprudensen från *viljans rättsstiftande* betydelse. Denna utgångspunkt *kompletteras* för fall av löftesgivarens misstag med *tillitskonstruktionen*. I Förra delen visade jag upp, att både utgångspunkten och kompletteringen utgjorde cirkelresonemang. Av vad jag nyss yttrat förstår man, att min kritik av tillitsteorien icke kan till fullo förstås, utan att man beaktar mina anmärkningar i *båda* dessa avseenden. *Undén* avslutar emellertid sitt inlägg emot mig i följande ordalag:

»Lundstedt finner tillitsteorien innesluta ännu ett tankefel (sc. partsviljans rättsstiftande betydelse), men då härvid icke är fråga om densamma i dess egentliga betydelse av en grundsats angående den rättsliga regleringen av de fall, då bristande överensstämmelse föreligger mellan vilja och förklaring, ligger invändningen på ett annat plan och skall ej här diskuteras.»

Detta uttalande ådagalägger tydligt den goda tron i *Undéns* kritik mot mig. Men det visar också, vilken vrångbild av mina undersökningar, han givit allmänheten, när han i sin välvilliga raskhet sökt göra densamma bekant med min förra bok om obligationsbegreppet. — Av intresse är givetvis även, att *Undén* med uttalandet i fråga själv sitter fast i den skolastik, som han tror, att den nordiska rättsvetenskapen övervunnit. Liksom både *Lassen* och samtliga andra nordiska tillitsteoretiker reserverar han löftestilliten för fall av bristande överensstämmelse mellan löftesgivarens vilja och förklaring.¹ Korttänkheten i ett sådant åskådningssätt har *Undén* helt enkelt icke märkt, oaktat jag upprepade gånger direkt lett uppmärksamheten därpå och densamma dessutom näppeligen borde ha undgått observation av en person, som verkligen satt sig in i de positiva synpunkter på grunden till löftets rättsliga betydelse, som jag angivit. Skall något av *tanke* inläggas

¹ Märk *Undéns* tal om tillitsteoriens *egentliga betydelse av en grundsats angående* etc.

i *Undéns* ståndpunkt, så kan denna icke innefatta annat än följande. Har löftesgivaren *velat*, då behöver tilliten icke åberopas. Varför icke? Därför att den nu är överflödig i *Undéns* (och de övriga nordiska rättsteoretikernas) resonemang. Varför är den här överflödig? Anledningen kan icke vara någon annan än den, att man vid överensstämmelse mellan vilja och förklaring tror sig utan vidare ha det rättsliga momentet givet: den rättsstiftande partsviljan. Alltså: vad jag visat vara den rent vidskepliga grundstommen i den nordiska tillitsteorien ingår i *Undéns* (ävensom i *Lassens*) åskådning, utan att han ens synes ha förstått detta, långt mindre försökt att vederlägga mig. Denna grundstomme i den nordiska tillitsteorien är absolut oförenlig med något enda moment i de positiva synpunkter, som jag hävdade i avseende å löftets rättsliga betydelse (Förre delen, s. 135—138). Men vidare. Tillägget, själva *tillitskonstruktionen*, *innefattar ju självt lika primitiv ordmagi*, blott att denna här skall verka utan vilja bakom ordet (se ovan s. 168 f.). Huru, såsom *Undén* inledningsvis påstått, den av mig angivna »ledande synpunkten» vid dessa förhållanden skulle kunna vara ett *commune bonum* i den nordiska rättsvetenskapen är en gåta, på vars lösning *Undén* får tillfälle att ytterligare pröva sin utomordentliga gissningsförmåga.

Redan förut¹ hade jag till väsentlig del publicerat anmärkningarna här ovan å de sista 6 sidorna. Men *Undén* har synbarligen icke förstått vad jag velat säga, åtminstone att döma av följande replik:

»Den framställning av tillitsteorin i Lundstedts skrifter, som jag vände mig mot, kritiserade denna teori såsom vilande på tvenne fristående (sic!) tankefel, som här må kallas a och b. Jag utvecklade i min artikel, att påståendet angående b grundade sig på missuppfattningar och att enligt min åsikt tankefelet var obefintligt. Rörande a yttrade jag, att den frågan låg på ett annat plan och inte skulle av mig diskuteras. Lundstedts genmäle består väsent-

¹ I Sv. J. T. 1929, s. 424—427.

ligen däri, att han förklarar $b = a$. Med min, visserligen i skolastik snärjda hjärna kan jag härav ej draga annan slutsats än att Lundstedt nu nödgats medgiva obefintligheten av tankefelet b och vill hålla sig till tankefelet a .¹

Med a avser *Undén* här det av mig kritiserade viljekraftsaxiomet. Med b menar han den likaledes av mig kritiserade särskilda utbyggnaden på basis därav, som inneslutes i den nordiska tillitsteorien. Jag har, som man förstår av det föregående, ingalunda uttalat en sådan meningslöshet som att b är $= a$. Men jag har möjligen sagt, att med raserandet av a faller också b platt till marken. Och har jag icke direkt sagt detta, så är det i allt fall min uppenbara och tydliga mening. Huruvida b skulle kunna äga bestånd under *antagande*, att a verkligen vore något hållbart blir av mindre intresse, eftersom ju detta antagande är falskt och hela b -resonnementet aldrig skulle kunnat föras, om man haft förstånd för a -resonnementets falskhet och vari falskheten består.²

Av den förestående utredningen angående tillitsteorien finner man nu också det meningslösa i att här tala om en positivistisk ståndpunkt. Man finner jämväl, huru under denna dölja sig rättsmedvetandets föreställningar. Detta vare sig fråga är om *viljeförklaringen* eller *tilliten* såsom *rättslig* grund för effekten. Visserligen skjuter man in »rättsordningen» såsom basis för det hela. Men *kan* man ha någon mening därmed? Samtidigt säger man ju, att det är »Principet om Tro og Loves Ubrödighet», som ligger i bakgrunden. Antingen måste man då därmed mena, att denna princip *är* själva den »posi-

¹ Sv. J. T. 1929, s. 540.

² Jag anser mig därför verkligen icke, efter hela den förestående utredningen, kunna belasta utrymmet med en polemik emot vad *Undén* anfört å s. 350 f. (i Sv. J. T. 1929), en polemik fullkomligt improduktiv efter allt det föregående. Jag finner så mycket mindre anledning därtill, som ju också själva tillitsresonnementet, bortsett från det i Förre delen, s. 132 f., blott »för fullständighetens» skull påpekade tankefelet, innefattar samma absurditet som viljeteorien: att ett *rättsförhållande producerades* genom (vilje)förklaring, som väckt tillit.

tiva »rättssats», varpå löftets verkan *grundar sig*, eller också menar man, att denna »rättssats» själv *grundar sig* på principen ifråga. I senare alternativet är det positivistiska underlaget icke längre något underlag, utan vi få som sådant rättsmedvetandets krav, analogt med den gamla naturrättsliga satsen: *pacta sunt servanda*. Men kan det logiskt ställa sig annorlunda i förra alternativet? Svar: omöjligen om man håller sig till *Lassens* av *Undén* åberopade framställning. Ty detta i »rättsordningen» ingående led om hållandet av tro och loven såsom innebärande något visst ifråga om löftets effekt kan ju icke anses ha berott på blott en sinkadus. Någon åtminstone förment förnuftig anledning måste finnas. Lagar kunna icke i sådant avseende åberopas, så mycket mindre som på den tid, satsen hävdades till precisering av ett visst resultat, alls inga lagar därför kunde anföras. Den enda tänkbara möjlighet för principens ifråga inväxande i »positiv rätt», utan att bakomliggande rättfärdighetssynpunkter åberopades, vore att man kunde säga, att den vuxit fram till rättskaraktär på basis av samhällliga intressen. Men nu visar *Lassens* hela utveckling av principens innebörd såsom *rättslig grund* för hans tillitsteori, att det är den *enskildes krav på skydd för hans på goda grunder byggda tillit*, som ligger i bakgrunden. Det är alltså den *enskildes krav på realiserandet av hans rättvisa*, som är bestämmande. Men detta är raka motsatsen till tanken, att samhällsnyttiga synpunkter vore avgörande.¹ Hur det än vrides och vändes, finner man sålunda, att »rättspositivismen» här upplöser sig i det gamla vanliga *rättsmedvetandets rättfärdighetssynpunkter*.²

*

*

*

¹ Jfr ovan s. 169 f.

² Ytterligare en anmärkning om *Undéns* rättsåskådning se nedan s. 292 ff. En granskning av *Undéns* folkrättsliga författarskap, såvitt det berör mina skrifter, nödgas jag uppskjuta till Andra häftet.

Innan jag lämnar den svenska rättspositivismen skall med några ord beröras ett helt nyligen fällt uttalande angående densamma av en ung docent *Håkan Nial* i dennes anmälan av »Minnesskrift», utgiven av juridiska fakulteten i Uppsala, 1929.¹ Ehuru icke riktat direkt emot mig innebär detta uttalande likväl ett avståndstagande jämväl från min åskådning. Det lyder, som följer:

»Lagstiftaren uppställer vissa 'materiella rättsregler', som just ge uttryck för vad *man* (kurs. här) önskar genomföra såsom handlingsregler i samhället — att avtal skola hållas, att fader skall bidra till underhåll av sitt barn u. ä. etc. Att realisera detta syfte, d. v. s. att i möjligaste mån ge dessa regler faktisk tillämpning i samhället, betraktas som domstolarnas uppgift. Denna tankegång behöver icke ha det ringaste med naturrätt att göra. Diskussionen blir betydligt fruktbarare, om man försöker finna sina motståndares mening i stället för att till varje pris tolka in naturrätt i deras uttryckssätt.»²

Uttalandet framställes av *Nial* såsom återgivande den gängse åskådningen inom den nutida rättsvetenskapen. Detta kan dock icke vara med sanningen överensstämmande. Också den nutida jurisprudence har naturligtvis en sådan uppfattning av »rätten», att dennas »kraft», d. v. s. rättsmekanismens funktionering, därav skall kunna på ett ur jurisprudence synpunkt tillfredsställande sätt förklaras. Men i *Nials* formulering av jurisprudence uppfattning av rätten utelämnas just det, som i sådant avseende är av betydelse. Det sålunda utelämnade är — det naturrättsliga godset.

Det förhållande, att lagstiftaren uppställde allmänt önska handlingsregler, kan innefatta ingenting annat än just — detta förhållande. Därifrån kunde ingen annan slutledning dragas än möjligen den, att sådana regler också överensstämde med vad allmänneligen ansåges i handlingsavseende nyttigt för samhället. Men den ytterligare slut-

¹ Se Sv. J. T. 1930, s. 351 ff.

² A. st., s. 355.

satsen, att dessa handlingsregler uppehöles genom domstolar och andra ifrågakommande myndigheter och dymedelst efterlevdes, m. a. o. att dessa handlingsregler utgjorde det, som vi avse med begreppet rättsordning i ett land — en dylik slutsats skulle sakna all faktisk grund.

En sådan ytlighet i resonnemangen måste man nu också helt och hållet fritaga den svenska rättsvetenskapen i allmänhet från. Denna kan icke undgå att inse, att den Nialska förklaringen utgör en homeopatisk utspädning av dess egen åskådning. Rättsvetenskapen både i Sverige och annorstädes säger, att det är *rättsstridigt* att bryta avtal, att söka undandraga sig rättslig underhålls*plikt*, att stjäla, att anställa skada å annans egendom (d. v. s. kränka annans *rättighet*) o. s. v. Alltså: rättsvetenskapen fäster i sin uppfattning av den »materiella rätten» *väsentligt* avseende vid något, som helt och hållet undgått *Nial*, när han vill angiva begreppet ifråga. Denne förutsätter visserligen, att »handlingsreglerna» skola utgå från lagstiftaren. Men såsom han framställer saken — för att förebygga invändning om naturrättslig uppfattning — blir hans »lagstiftare» såtillvida utan all poäng, att varje skenbar möjlighet saknas att just därifrån, att lagstiftaren (och icke vem som helst) uppställt »handlingsreglerna», sluta till dessas vitala betydelse för samhällslivet. Vad som enligt jurisprudensen åstadkommer »lagarnas kraft», det är att »lagstiftaren» är utrustad med en särskild *auktoritet*, som åstadkommer, att hans »handlingsregler», »rättsreglerna», bliva att fatta som *befallningar* till människorna eller *tillerkännanden* av rättsliga positioner åt dem. Dessa befallningar skola ha den utomordentliga kraften, att det uppstår rättsplikt att handla så, som lagstiftaren påbjudit. Såsom korrelerat till dessa rättsplikter uppstå rättigheter, i den mån sådana icke anses komma till existens direkt genom lagstiftarens tillerkännanden (märk t. ex. *Sjögrens* »primärt berättigande» rättssatser). Vidare skola »rättsreglerna» givetvis på grund av sin aukto-

ritativa karaktär ha egenskapen att stå över domstolarne och andra statsorgan, vilka därför i sin verksamhet äro bundna av dem och ha att respektera de rättsliga situationer, som föreligga i kraft av rättsreglerna. Det är i sådana — ur jurisprudensens allmänna ståndpunkt *absolut nödvändiga* — tesar, som naturrätten håller sig förstucken, såsom ingående klarlagts i en mängd undersökningar både av undertecknad och andra. Det måste ju också vara ganska tydligt, att t. ex. *Thyrén* icke skulle ha gent emot mina framställningar sökt på sätt som skett hävda sin rättsplikts- och rättsstridighetslära, eller t. ex. att *Björling* icke skulle så energiskt ha förfäktat liknande synpunkter, eller t. ex. att *Undén* icke skulle på det extraordinära sätt, som jag ovan belyst, ha vecklat in frågorna — om auktorerna ifråga hade haft den ytliga syn på saken, som *Nial* här i sin oskuld fört fram. *Nial* har icke förstått, att han genom att på detta sätt söka bortskaffa det traditionella skolastiska underlaget för jurisprudensens åskådning hamnat i den fullständiga meningslösheten. Ty för *jurisprudensen*¹ är hans förenkling av saken absolut oduglig. Och med *verkligheten* har den ingenting att skaffa. Detta senare kan man övertyga sig om genom att studera vad jag här ovan anfört, t. ex. citatet från *Hägerström* å s. 63—73, mina anmärkningar mot *Bergbohms* lära å s. 44, min utredning om rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet och om rättsregelbegreppets ohållbarhet, s. 74—102, eller min därefter följande granskning av *Undéns* rättspositivistiska åskådning, allt jämfört med min nedanstående undersökning av samhällsnyttans betydelse som princip i juridiken.²

¹ D. v. s. den som söker gå djupare än till rent lekmanamässiga iakttagelser.

² *Nial* har i sin anmälan av »Minnesskriften» även berört min däri ingående avhandling, betitlad »Den historiska rättspositivismen» och i det hela täckt av vad härövan framställts å s. 26—102. Vad jag nyss visade an-

gående *Nials* rättspositivistiska åskådning torde därför ådagalägga arten av den kunskapsutrustning, varmed han gripit sig an att *offentligen värdesätta* min ifrågavarande skrift. Omedelbart före omnämmandet av denna hade *Nial* emellertid berört *Hägerströms* i »Minnesskriften» ingående arbete. Det förtjänar påpekas, att *Nial* alls icke förstått detta arbete, såsom synes av följande hans uttalande:

»Genom att eftervärlden upptagit de romerska rättsbegreppen utan att beakta den från vår uppfattning vitt skilda tankevärld, varur de vuxit, ha begreppen enligt förf. förlorat varje mening och hela rättsvetenskapen råkat på irrvägar» (a. st. s. 354).

Härom finns intet i någon av *Hägerströms* skrifter! Vad han i det av *Nial* missuppfattade avseendet velat framhålla är endast, att man icke förstått den romerska rätten och därför har förblandat den nutida rättsvetenskapens begreppsvärld med den romerska. *Hägerström* har, helt naturligt, icke givit någon som helst antydning om, att missförstånd av den romerska rätten skulle vara anledning till nutida rättsvetenskapens meningslöshet och att det skulle ha varit bättre ställt, om man icke begått dessa missförstånd.

Emellertid är nu *Nial* nedlåtande nog att ursäktas *Hägerströms* mot juristerna »orättvisa» generaliseringar på den grund, att *Hägerström* icke vore rättsvetenskapsman *ex professo*. Men, säger *Nial*, av personer, vilka såsom bl. a. undertecknad (Lundstedt)

»stå mitt i rättsvetenskapens arbete, skulle man däremot vänta en större erfarenhet av hur nyanserad denna rättsvetenskap i själva verket är, hur farligt det måste vara att skära den över en kam. Men förhållandet är snarare det motsatta. För professor *Lundstedt* är det en synd mot den helige ande att ens tala om några förnuftiga utgångspunkter i den nutida rättsvetenskapen. Han är gripen av korsriddarens hänförelse och hänsynslöshet. På hans korsfana flammar devisen 'all rättsvetenskap är naturrättslig'. I de otrognas land finns ingen rättfärdig» (a. st. 354).

Detta och intet mera är vad i denna »anmälan» består min ifrågavarande avhandling av en professionell rättsvetenskapsman. *Nial* kan helt enkelt icke ha läst det, som han här yttrat sig om. Annars måste han ha förstått, att jag icke skurit de behandlade rättsteorierna »över en kam». Jag har i den ifrågavarande avhandlingen efter studium av de olika författarnes skrifter — *Bergbohm*, *Zitelmann*, *Austin*, *Jellinek*, *Krabbe* och *Kelsen* — med tydliga belägg jämte egen argumentation samt rikliga hänvisningar till och citat från *Hägerströms* undersökningar ådagalagt, att författarne ifråga samtliga, *hur mycket de än avvika från varandra*, likväl faktiskt hamnat i genom sin irrationalitet ohållbara läror. Har jag tilldelat mina kritiserade auktorer andra åsikter, än de haft eller ha, eller har jag resonnerat falskt vare

sig ifråga om de olika författarnes åsikter eller i min utredning om rättsmedvetandets inställning i samhällsmekanismen och om »positiv rätts» överkliga natur, så får detta bevisas av den som det kan. Men en sådan karakteristik av mitt arbete, som här av *Nial* offentligen företagits utan varje tillstymmelse till försök att vederlägga mina uttalanden, torde icke av någon omdömesgill människa kunna betraktas såsom annat än en smädelse. Att detta kunnat undgå den ansedda tidskriftens redaktion är beklagligt, dock självfallet högst förklarligt. Men att en framåtsträvande docent uppenbarligen icke ansett ett sådant handlingssätt, som han här företagit sig, vara absolut demeriterande för sin karriär, tyder på en atmosfär i den rättsvetenskapliga världen, som lämnar åtskilligt övrigt att önska ifråga om saklighet. En apologi från *Nials* sida med stöd i hans artikeln inledande ord om brist på »erforderlig tid och sakkunnighet» kan i denna sak icke komma ifråga. Tidsbrist och osakkunnighet motivera, att man tiger, men minst av allt att man producerar sig på det sätt som *Nial* gjort. — Personligen är jag oberörd av *Nials* tilltag. Jag fruktar varken att min rättskritik skall kunna hämmas eller att framtiden för min positiva rättsåskådning skall kunna göras osäker genom ignoranterns försök att komma denna till livs. Det är därför icke heller av sådan anledning, som jag tagit upp saken. Men i mitt yrke såsom vetenskapsman har jag intresse av, att icke den rena okungheten får tränga sig fram och oantastad göra sig bred inom vetenskapen.

Ett med det nu berörda beslätat handlingssätt framgår av T. f. R. 1928, s. 224 f. Här har *Stjernberg* i samband med en anmälan av »Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén», 1926, passat på att visa mig en, såvitt det kan synas, särdeles omotiverad uppmärksamhet. När *Undén* i denna skrifsamling hyllat *Thyrén* med en mot mig riktad uppsats, hade det ju varit av vetenskapligt intresse att omtala, att av mina av *Undén* berörda skrifter framgår, att *Undén* så mycket mindre kunnat vederlägga min kritik, som han — uppenbart för envar som verkligen studerat mina ifrågavarande skrifter — icke ens penetrerat denna. Av visst intresse hade det kanske även varit att fästa uppmärksamheten på ett så remarkabelt förhållande, som att *Undén* funnit det lämpligt att hylla *Thyrén* med ett inlägg just emot undertecknad, oaktat *Undén* hade full kännedom om det hätska och personliga angrepp, som jag utsatts för av *Thyrén*. Intet av dessa intressanta ting omnämner *Stjernberg*. Av föregående polemik med *Undén* hade jag föranletts att uttala vissa påståenden, gående ut på att folkrättsjuridiken dock icke kunde vara till den grad befängd, att icke ett *anfälls-krig* som sådant måste anses stridande mot (den i juristernas fantasi levande) folkrätten. *Stjernberg* inskränker sig nu till att blott och bart (under illa dold förtjusning) omtala, att *Undén* i sin hyllningsskrift är »i till-

fälle att prestera en mycket aktningsvärd 'List of authorities', vars uttalanden utgöra en allvarlig (sic!) vederläggning av nämnda påståenden», vartill *Stjernberg* så ur egen fatatur fogar, att »sistnämnda förhållande berör en svaghet, som den uppmärksamme läsaren icke kunnat undgå att då och då lägga märke till även ifråga om Lundstedts författarskap inom vissa närgränsande områden». Man skulle ju kunna ha trott, att *Stjernberg*, när han nu anmälde en skrift av *Undén* och därvid förbigick sådana näraliggande ting, som jag nyss nämnde, åtminstone skulle ha *sakligt* intresserat sig för den punkt, som han dock uppehöll sig vid, nämligen *Undéns* polemik emot vad jag hävdad (å s. 343 ff. i en artikel i *Tiden* 1924) angående det utomordentligt torvtiga i en folkrätt (och till på köpet en uppdiktad sådan), enligt vilken ett folk kunde överfalla ett annat till bådads blodiga förgörelse. Vad menar *Stjernberg* själv om ett sådant folkrättsexpertisens monstrum? Därom får man intet besked. Hans intresse absorberas fullständigt av *Undéns* 'List of authorities'. Uppenbarligen därför att detta är den enda möjligheten för honom att få yttra sig om mitt författarskap. När *Stjernberg* gripit ett på detta sätt i yttersta grad *sökt* tillfälle att härom få yttra de ovan citerade orden, så måste det tydligen sammanhånga därmed, att just den karakteristik, han däri giver, enligt hans mening vore det, som mitt författarskap särskilt utmärkte sig för. Att jag försökt på *hittills icke vederlagda* grunder visa, att hela rättsvetenskapen (*Undén* och hans 'authorities' förvisso icke undantagna) befinner sig på rena gungflyet, ett arbete som, när *Stjernberg* gjorde sitt inlägg emot mig, redan krävt åratals trånga studier — den saken är icke värd en tanke inför nöjet att få ge mig en åsnespark. Som jag förut omnämnt, kommer jag att i Andra häftet ådagalägga, hur *Undén* icke blott med denna 'List of authorities' utan jämväl i övrigt misslyckats i sitt försök att komma i kontakt med vad jag på »folkrättens» område verkligen hävdad. *Stjernbergs* svaghetsdiagnos är det mig dock omöjligt att vederlägga, då jag, bortsett från hans allmänna avsikt med densamma, icke vet vad han åsyftat. Det skulle dock icke sakna intresse att få diagnosen preciserad och motiverad. Jag har ju icke dragit mig för att blotta min svaghet inom *Stjernbergs* egen disciplin. Men troligen vädjar jag förgäves. *Stjernberg* tycks ju, i likhet med så många andra, visavi mig föredraga åsnesparkens kritiska metod. Denna är för mina kritikers del säkerligen effektivare än en sakargumentation skulle visa sig vara, men detta hindrar icke, att jag börjar finna metoden ifråga något enformig.

Samhällsnyttans betydelse för lagstiftning och rättstolkning.¹

Allmän anmärkning.

Det är självfallet, att dessa rättsvetenskapens nu kritiserade föreställningar om vare sig allmänna rättsmedvetandet eller positiv rätt såsom grund för de rättsliga företeelserna icke kunna komma till *användning* inom rättslivet. Detta följer utan vidare därav, att dessa föreställningar stå i rak strid med det, som faktiskt tilldrager sig i samhället. Att allmänna rättsmedvetandet är en realitet av den största betydelse är en sak för sig. Ty den realitet, som här verkligen föreligger, ingår icke i den rättsvetenskapliga åskådningen. Och någon positiv rätt finns icke. Rätts- eller samhällsmekanismen är ett högst invecklat komplex, som blott giver den *ytlige* betraktaren sken av att innesluta en delvis skriven, delvis oskriven rättsordning, som blir föremål för auktoritativt genomförande. Att utöver redan givna antydningar² gå in på en behandling av detta komplex är en uppgift, som jag känner mig fullt fritagen ifrån. Det tillhör rättsfilosofien att söka utreda maskorna i detta nät av verklighetsfrämmande idéer och reella faktorer, som här blanda sig med och gripa in i varandra. Men det finns dock *en* sak, som, hur förvirrad än i

¹ Angående avvikelse från den å s. 97 n. 1 i Förra delen angivna planen se förordet.

² Se citatet från *Hägerström*, ovan s. 63—73, samt framställningen ovan å s. 82—102 jämte där gjorda hänvisningar till mina föregående skrifter.

övrigt bilden månne vara, på ett särskilt sätt låter utkristallisera sig, en i det hela reell faktor, kring vilken, om jag så får säga, rättsmystiken samlar sig och av vilken den dirigeras på ett sådant sätt, att människorna icke duka under för tyngden av all oförnuftigheten. Den faktor, som på detta sätt än rent omedvetet än mera medvetet gör sig gällande, är hänsynen till människornas egna faktiska intressen, hänsynen till vad som är oeftergivligt eller åtmistone nyttigt för människornas liv i samhället. Det måste för juridiken vara av allra yttersta vikt, att insikt erhålles om denna samhällsnyttans betydelse i rättsmekanismen. Utan sådan insikt kan, såsom också erfarenheten giver vid handen, juridiken icke vara en vetenskap om de rättsliga företeelserna, d. v. s. en vetenskap med öppen blick för realiteterna — denna samverkan mellan insikt i fakta och vissa mystiska föreställningar — utan juridiken blir själv till rättsmystik. Detta är anledningen till att jag här söker skissera en kortfattad framställning av samhällsnyttans betydelse i juridiken.¹ Därvid blir det lämpligt att först med exempel erinra om, hurusom faktiskt samhällsnyttan här gör sig gällande samtidigt med föreställningar om en idealrätt, vilka föreställningar hindra samhällsnyttiga synpunkter att helt och oförfalskat framträda. När jag i detta sammanhang först berör en del läror inom jurisprudence, så blir framställningen till en del ett kortfattat återgivande av vissa synpunkter, som jag meddelat förut både i mina Föreläsningar och annorstädes. Jag har därvid i det hela förutsatt innehållet i dessa skrifter såsom för läsaren bekant, ehuru då och då allmänna hänvisningar till dem givits. Detta uppreparande av förut meddelade ting har jag trott vara i förevarande sammanhang av vikt till underlättande av verklig förståelse för den fråga, vilken jag nu går närmare in på.

¹ Vad »samhällsnyttan» i detta sammanhang förnuftigtvis kan innefatta skall utvecklas nedan s. 249—273. Kritici anmodas att taga del därav, innan de bedöma min samhällsnytteteori.

**Rätten väsentligen resultatet av en kamp mellan två intressen:
ett irrealt, framgående ur rättfärdighetsidéen, och ett
realt, bestämt av hänsyn till de i samhället levande
människornas faktiska strävanden.**

Belyses genom erinringar om vissa rättsvetenskapens läror.

Det framgår av vad jag utvecklat både i Förra delen samt i mina Föreläsningar I och II, att samhällsnyttiga hänsyn på stora rättsområden faktiskt *måste* vara det, varav, framför allt annat, rättsmekanismen bestämmes. I vilken *mån* detta kan vara insett av rättsvetenskapen skall här icke mera detaljerat upptagas till prövning. Jag skall blott med några exempel visa, att rättsvetenskapen dock härutinnan icke har tillräckligt djup insikt och icke djupare insikt, än att den på ifrågavarande områden väsentligen laborerar med åskådningar, som, ehuru ofta mer eller mindre influerade av tanken på samhällsnyttiga intressen, likväl äro oförenliga med full förståelse för samhällsnyttans ifrågavarande betydelse.

Gå vi först till straffrätten, så hävdas ju här av *Thyrén*, landets officielle straffrättsreformator, på det mest energiska sätt, att straffrätten icke kan få anses motiverad blott därmed, att dess uppehållande är nödvändigt för samhället självt. Individens bestraffning blott av sådan grund skulle enligt *Thyrén* innefatta en upprörande cynism. För att straffet skall kunna anses *rättsligen* grundat, måste det ha syftet att motverka en i individens egen vilja liggande fara för samhället.¹ Denna tankes ohållbarhet har jag visat.² Här skall nu blott erinras om, att enligt densamma straffet uppenbarligen måste vara rättfärdigat såsom en reaktion mot brottslingens felaktiga sinnelag. Därmed ha vi då den gamla alltjämt gängse tanken,

¹ *Thyrén*, Den moderna straffrättens grundåskådningar. Anmärkningar vid etc., 1920, s. 12 f.

² Mina Föreläsningar II, s. 8 ff., s. 67 ff. Se f. ö. hela framställningen å s. 8—74.

att brottslingen gjort sig *förtjänt* av straffet genom sin *skuld* och att detta därför är *rättvist*. Ehuru falskheten i ett sådant betraktelsesätt ådagalagts i mina nyss nämnda skrifter med däri gjorda hänvisningar till *Hägerströms* arbeten, anser jag det av en viss vikt, att saken just i detta sammanhang understrykes. Vi kunna taga ett vanligt brottsexempel, såsom stölden.

Skulle man nu här verkligen under allvarlig reflexion anlägga denna synpunkt av straffet såsom något rättvist, så bleve konsekvensen helt enkelt, att stöldstraffet finge upphävas. Ty är det icke obestriddigt, att det i allmänhet är de fattiga men icke de rika som stjäla? Är det icke också uppenbart, *varför* det i allmänhet är de fattiga men icke de rika som stjäla? Är det *rättvist*, att en fattig person skall få lida för en handling, som han icke skulle ha kunnat begå, om han varit rik? Nu vill man emellertid säga, att det icke är *alla* fattiga som stjäla. Det är sant. Men det, som här inom de fattigare lagren skiljer fåren från getterna och driver de senare till brottet, är omständigheter, över vilka en människa på intet sätt kan vara herre: levnadsmiljö, uppfostran, intellektuell förmåga att värdesätta en handlings sociala karaktär och överblicka dess konsekvenser, moralisk kraft att motstå frestelsen, sålunda *dels påtvingade* yttre omständigheter och *dels ärvda* anlag på intellektets och känslans områden. Kan någonting sakligt utletas i påståendet, att *rättvisan* kräver, att man skall straffas för en handling, som kanske icke beror på annat, än att man haft de eller de föräldrarna, kanske icke på annat, än att man fötts och vuxit upp i storstädernas sämsta fattigkvarter, kanske icke på annat, än att man t. ex. från barndomen av föräldrar eller andra handledare skickats ut att uppsnoka vad ätbart som helst för att stilla sin hunger, ja att i nödfall söka och taga ur andras fickor och gömmor; för en handling, som kanske icke beror på annat än att man genomgående uppfostrats av och tillsammans med förbrytare och annat slöd-

der? Man vore frestad fråga sig, hurudan den hjärna är beskaffad, som kan hävda, att *rättvisan* kräver, att en person straffas för handlingar, som ha sin orsak i sådana honom övermäktiga omständigheter, som jag nu gav exempel på — man vore frestad därtill, om man icke visste, att resonne- manget icke har med intellektet att skaffa utan beror på ned- ärvda rättsliga fördomar. Vad nu sagts i avseende å tjuv- nadsbrottet har givetvis sin motsvarighet i avseende å *alla* brott.

Att t. o. m. rättsvetenskapen alltjämt kan fasthålla vid denna orimliga tanke på rättvisan såsom grund till straffet torde emellertid särskilt sammanhänga med oförmågan att till fullo frigöra sig från den gamla dogmen om *viljans frihet*. Det måste därför vara av vikt att erinra om, att denna dogms användning utgör en bevislig motsägelse och att det därför icke duger att försvara sig med sådant, som att man står på den eller den filosofiska ståndpunkten, vilken på ett eller annat sätt antager viljans frihet. När man laborerar med viljans frihet, så är den grundläggande tanken givetvis, att viljan är orsak till beslutet såsom en följd av viljan. Att något är orsak till ett annat betyder emellertid endast, att detta senare nödvändigt följer på det förra. Detta har man dock ofta icke klart för sig, utan man fattar följdens såsom något, som *orsaken frambringar* ur sig själv. En sådan tanke är logiskt omöjlig. Den skulle innebära, att följdens vore inne- sluten i orsaken. Men följdens är enligt sitt eget begrepp något *annat än* orsaken, något *utöver* orsaken. Följdens måste alltså vara skild från orsaken. Men därmed står intet annat kvar såsom karakteristiskt för orsaksförhållandet — till skillnad från den blotta tidsföljden — än att det ena (följden) *med nödvändighet* faktiskt följer på det andra (orsaken).

Talet om den *fria* viljan måste emellertid innebära, att viljan skulle vara *fri* orsak till beslutet, d. v. s. att beslutet *icke nödvändigt* skulle följa av viljans beskaffenhet (i före-

ning med motivläget). Med antagandet av viljans frihet bestrider man sålunda orsakssammanhanget mellan viljan och beslutet. Alltså *bestrider man sin egen utgångspunkt*. Medgiver man icke viljans ofrihet, då måste man, om man tänker och icke fantiserar, uppgiva tanken, att viljan vore orsak till beslutet. Men därmed blir det åter uteslutet att på viljans frihet kunna bygga någon föreställning om brottslingens skuld och om rättvisa såsom grund till straffet.

Av vad som nu påpekats följer, att det är omöjligt att utleta någon grund, som i mening av rättvisa *berättigar* straffet. Under sådana omständigheter, samt i beaktande av att det nuvarande samhället utan strafflagens uppehållande vore otänkbart och att strafflagen sålunda verkligen åstadkommer något för samhället — sådant som det faktiskt är — nödvändigt och sålunda själv är en nödvändig betingelse för detta,¹ kan förnuftigtvis intet annat intresse vid strafflagstiftningen och strafflagens tolkning utletas, som icke vore bestämt av uppenbart falska föreställningar, än detta: intresset för det för individens *faktiska* strävanden oundgängligen nödvändiga beståndet av ett samhälleligt helt, utan vilket — om nu ett sådant tankeexperiment göres — individen med avseende på sina livsmöjligheter småningom skulle återgå till grottmänniskans stadium, ja, gå ännu längre tillbaka.

Om man verkligen har blicken öppen för det imaginära, som innefattas i talet om brottslingens skuld och straffets rättvisa, så blir det omöjligt att få något annat intresse knutet vid straffrätten och dess användning än det nu nämnda. Blev åter detta intresse klart och medvetet dominerande, så skulle det betyda, att den straffrättsliga skolastiken snart hade sett sina bästa dagar. Vi skulle då befrias från *brottslingens* (till skillnad från *handlingssättets*) moraliska stämplande genom straffet ävensom från den orkeslösa och förvirrande rättsstridighetskonstruktionen. Man skulle då också begripa, att

¹ Se härom mina Föreläsningar I, s. 21 ff., och II, s. 105 ff.

det är *strafflagens uppehållande*, det kommer an på, *att* det därför är meningslöst att, såsom nu sker, koncentrera sin uppmärksamhet på det enskilda straffets sociala betydelse, *att* det är bakvänt att tala om straffets syfte att förbättra brottslingen, och *att* sådant tal beror på förväxling med den riktiga tanken, att det är av vikt att i görligaste mån söka motverka straffets *enligt dess natur menliga* inflytande på delinkventen. Sannolikt skulle man då också komma till insikt om *att* strafflagens uppehållande på samhällsmedlemmarna väsentligen verkar (på ett särskilt sätt) moralbildande samt *att* sålunda den gängse avskräckningsteorien i det hela är förfelad.¹

Av det sagda inses, att trots alla reflekterande människors uppfattning av straffrätten såsom för själva samhället självfallet nödvändig, så är det likväl alldeles icke denna synpunkt, som dominerar i straffrättsjuridiken. Tvärtom gör sig här rättfärdighetschimären synnerligen bred på dess bekostnad. Betydelsen för hela kriminalpolitiken i vidsträckt mening av att samhällsnyttensynpunkten, på nyss antytt sätt frigjord från den skolastiska begreppsdräkten, kommer till full användning låter sig givetvis icke överblickas. Vad själva strafflagstiftningen angår faller omedelbart i ögonen, att införandet av exempelvis en totalförbudslag vore omöjligt, ävensom att diskussionen kring sådant som lösdrivarlagen, preventiv-, strejk- och Åkarpslagar, fosterfördrivningslagen etc. skulle komma i ett nytt läge. Omöjlig vore även en sådan reformering av strafflagen, som nu synes i fråga, med tendens till utökad kriminalisering av försöket² och utnyttjande av vissa jurisprudensens begreppsdistinktioner.³ Särskilt det sista måste betecknas såsom ett ödesdigert felgrepp, då det bagatelliserar traditionens stora betydelse för strafflagens effekt.

¹ Om allt sådant se, utom mina Föreläsningar I och II, även mina två skrifter angående totalförbudet, 1920 och 1922.

² Se mina Föreläsningar I, s. 36 ff.

³ Se t. ex. *Thyrén*, Förberedande utkast till strafflag, spec. d. III, 1920.

Alldeles oavsett dessa begreppsdistinktioners skolastiska karaktär måste nämligen observeras vikten av att en strafflag — bortsett från helt upphävande av vissa straffbud och stiftande av nya, när grund därtill föreligger — i göriligaste mån bibehålles oförändrad och i varje fall icke förlorar i *lättfattlighet för allmänheten*. Strafflagen är en lag, som för att kunna lända till största möjliga gagn måste kunna förstås av menige man och icke blott av utbildade begreppsjurister. Detta inses, när man, utan hinder av rättsskolastiska tankebanor, förstår den betydelse för samhällets bestånd, som strafflagen faktiskt har, och *hur* denna dess betydelse åstadkommes.

Iakttagelser av samma slag — nämligen att rättsmekanismen faktiskt influeras av samhällsnyttiga hänsyn, samt att en skolastisk begreppsdräkt mer eller mindre fullständigt döljer detta förhållande för jurisprudensen — kunna göras överallt, även på privaträttens område. Den allmänna skadeståndsrätten, vid eller utanför kontrakt, behärskas antingen direkt eller *indirekt* (varom nedan s. 205 f.) av tanken, att skadeståndstvånget är berättigat i mening av rättvisa på grund av den handlandes culpa, skuld. Jurisprudensens tankegång är här densamma som ifråga om straffet, vartill brottslingen skall ha gjort sig förtjänt genom sin skuld. Såvitt skadeståndstvånget anses rättfärdigat såsom en rättslig reaktion på culpost, d. v. s. klandervärt, handlingssätt, på personens skuld alltså, laborerar man, liksom inom straffrätten, med rättstridighetskonstruktionen. Jag har flerstädes och i olika sammanhang haft tillfälle påvisa ohållbarheten i begreppet rättstridighet.¹ Likväl tillåter jag mig här återgiva en sammanfattning av de synpunkter, som enligt min mening måste vara övertygande om icke blott oförnuftigheten i utan jämväl de förvirrande konsekvenserna av rättstridighetsbegreppet.²

¹ Se framför allt mina Föreläsningar II, s. 24—74.

² Därvid följer jag i huvudsak mitt föredrag »Realitetssynpunkter i skade-

När man tror skadeståndet vara rättsligen motiverat såsom en rättvis reaktion på ett vårdslöst handlingssätt, resonerar man, allmänt taget, så, att dylika handlingssätt strida emot från samhället utgående rättsliga förbud eller befallningar. Sådana förbud eller befallningar alstra — enär de utgå ifrån samhället, som har auktoritativ makt över individen — en rättslig plikt för denne att handla i överensstämmelse med dem. Olydnaden mot rättsnormen, rättstridigheten, har sålunda samtidigt inneburit ett åsidosättande av plikt mot samhället.¹ Det är denna pliktvidrighet, som moraliskt rättfärdigar skadeståndsskyldigheten, vilken sålunda har sin *inre rättfärdighetsgrund i gäldenärens skuld*. Detta betraktelsesätt är nu ohållbart, ett påstående, som skall motiveras i nedanstående punkter.

1. Först opponeras mot den gjorda motsättningen mellan å ena sidan samhället och å andra sidan individen. Denna motsättning genomföres f. ö. konsekvent i rättsvetenskapen, icke blott inom skadeståndsrätten. Och liksom det talas om samhällets rätt mot individen, talas det även om individens rätt mot samhället. Man tror tydligtvis, att samhället är en storhet för sig med sin avgränsade rättssfär och att individen i sin tur har sin rättssfär avgränsad gentemot samhället. Men låt oss något granska saken. Samhället är ju blott en organisation av individerna, av vilka det består. Försvinna individerna, så försvinner också samhället. Lika litet som det hela, annat än i en från verkligheten bortvänd fantasi, kan skiljas från och ställas i motsats till sina delar, lika litet kan samhället ställas i motsats till individerna. En sådan tanke vore orealiserbar. — Det sagda giver naturligtvis även vid

stånds-rätten» å Nordiska Juriststämman, 1926. Detta upprepande av en förut givnen argumentation sker för att underlätta dess tillgänglighet för de juris studerande.

¹ Detta är ju allmänt antaget inom rättspositivismen. Se hur självfallet sådant betraktas t. ex. av *Somló*, Juristische Grundlehre, s. 56 ff., s. 430.

handen, att talet om individens rätt mot samhället måste sakna grund i verkligheten. Detta åskådningssätt blir emellertid på särskilt sätt meningslöst, när man beaktar, att begreppet rättighet i verklighetsmening icke kan vara något annat än en viss trygg position, som uppstår för en individ, därigenom att rättsmekanismens uppehållande utövar ett visst tryck på människors handlingssätt. Då vad man kallar individens rättighet sålunda endast är en viss sida av den trygghet, som uppstår för en medborgare genom samhällsorganisationen, så blir det ju blott en löjlighet att orda om hans rätt mot samhället: samhället skulle *emot sig självt* utöva den tvångsmakt, som måste förutsättas för förhandenvaro av ifrågavarande rättigheter! — Väl kan man för bekvämlighets skull och i dagligt tal begagna sig av sådana uttryck som statens rätt mot individen och tvärtom. Men man får då komma ihåg, att de äro *falska* uttryckssätt och således icke att bygga på, när fråga är om en realundersökning. Ett förbiseende av detta medför stora praktiska betänkligheter. Som ett aktuellt exempel kan jag erinra om den ofta förda diskussionen om arbetslöshetsförsäkring. Denna diskussion har delvis snedvridits genom den förnuftslösa frasen om nödvändigheten av *statens* neutralitet i lönekampen mellan arbetare och arbetsgivare. Låge det någon tanke i en sådan fras skulle, snart sagt, all s. k. social lagstiftning vara omöjlig.¹

2. Det finns lika litet några rättsliga förbud som rättsliga befallningar. Dylika äro icke tänkbara utan tillvaro av ett subjekt, som förbjuder eller befäller. Sådant subjekt har inom rättsvetenskapen upprepade gånger efterlysts, i verkligheten dock hittills aldrig kunnat uppsåras. Men jurisprudenten böjer sig icke för verkligheten. Passar icke denna för jurisprudentens intentioner, så omformas den helt frankt på papperet i enlighet med dessa. Jurisprudenten har nu, såvitt

¹ Om falskheten i tanken samhället *contra* individen och vice versa se Hägerström, Sv. J. T. 1920, s. 324 f.

den vill vara *konsekvent*, ett *oundgängligt* behov av ett förbjudande och befallande samhällssubjekt, från vilket dessa rättsnormer skola härleda sig.¹ Med erkännandet av icke-existensen av ett sådant subjekt skulle jurisprudentens lärobyggnad förlora grunden och därför störta samman. Under sådant tryck är det, som man i sin fantasi konstruerar upp än den ena, än den andra figuren, som skall föreställa det nödiga samhällssubjektet. — Dessa fantasier om samhällets rättsnormer utgöra en ytterst primitiv förenkling av ett särdeles invecklat maskineri, uppbyggt och utvecklat under många årtusenden. Vildens religiösa föreställningar och andra vidskepligheter, i förening med hans samhällsbyggande instinkt, torde ursprungligen jämte vissa därav framgående ordningsregler för handlingssätten ha blivit bestämmande för ett samhällsliv, varigenom dock människorna småningom kunnat utvecklas och förbättra sin samhällsordning under en *ständig växelverkan* mellan superstitiösa föreställningar och samhällsnyttiga hänsyn. I det på sådant sätt influerade samhällslivet har alstrats ett *komplex av psykiska faktorer*, från vilka de oräkneliga trådar utlöpa, som hålla det moderna samhällsmaskineriet i gång. Bland sådant bör *särskilt* märkas det tryck på handlingssätten, som — tack vare vissa med en viss regelmässighet genomförda reaktioner mot en mängd handlingssätt — åstadkommes dels genom medvetet fungerande plikt-känslor hos den handlande och dels genom vissa kraftiga moralinstinkter hos honom, alstrade omedelbart genom det socialt-psykiska trycket från hela omgivningens samlade plikt-känslor i avseende å ett förestående handlingssätt. För att kortfattat uttrycka saken, såvitt den just här intresserar, skulle man kunna säga, att — under det

¹ När jurisprudenten, såsom t. ex. *Kelsen* och väl även *Duguit*, försöker klara sig utan antagande av sådant subjekt, invecklar den sig blott i nya absurditeter. Se härom angående *Kelsen* ovan s. 58 ff. och angående *Duguit* min framställning i Festskrift tillägnad Axel Hägerström, 1928.

att jurisprudensen tror, att sådana reaktioner mot handlings-sätten som straff och skadestånd vid culpa äro att betrakta såsom föranledda av en persons underlåtenhet att fullgöra sin plikt — verkliga förhållandet är, att denna plikt uppstår och underhålles hos medborgarna *genom* reaktionerna ifråga. Dock hava dessa just hos brottslingarna och culpanterna icke förmått alstra den erforderliga plikten. Om man med jurisprudensen fullständigt ignorerar den grundläggande insikten i samhällsmaskineriet och tager fantasien om rättsnormerna till utgångspunkt för sina utredningar, så kunna dessa — de må utföras med hur stort skarpsinne som helst — aldrig erhålla vetenskaplig karaktär.¹

3. Vi vilja emellertid för ett ögonblick låtsä, såsom om de nu gjorda invändningarna emot rättstridighetskonstruktionen vore obefintliga. Det måste ju i alla fall vara klart, att det rättsliga budet icke kan ha giltighet för annan än den, som mottagit och uppfattat detsamma, och att det sålunda måste anses såsom icke-existerande för en person, som saknar vetenskap om dess existens. Men därmed är det ju också utslutet att anse, att budet alstrat en *plikt* för en sådan person att handla på visst sätt. Om talet om pliktvidriighet såsom grund för skadeståndet skall ha någon som helst mening, måste sålunda vid dylikt tal förutsättas, att budet uppfattats av skadegöraren. Nu är det emellertid en erkänd sak, att en person faktiskt måste betala skadestånd alldeles oberoende av sin kännedom om, huruvida hans handlingssätt kunnat strida emot en befallning eller ett förbud. Därav följer ovillkorligen, att det måste finnas en *annan* grund för skadeståndstvånget, än att man överträtt en sådan där rättsnorm mot handlingssättet.

4. Men vidare. Icke heller i de fall, då en person handlat emot ett ifrågavarande förbud eller befallning, som han till-

¹ Till belägg för det sagda se, utom tillämpliga delar av mina Föreläsningar I och II, ovan s. 39 ff. och s. 62—91.

fullo uppfattat, kan skadeståndet betraktas såsom en rättvis reaktion för att sona ådragen *skuld*. Ty skuld måste ju förut-sätta, att man handlat emot sin *plikt*. Att handla emot ett bud är emellerid en sak. Att handla emot sin plikt en annan. Den person, som *ogillar* innehållet i budet, behöver givetvis icke känna det som en plikt att följa budet. Dock är det höjt över alla tvivelsmål, att man icke kan undgå skadeståndstvånget genom att visa, att man moraliskt ogillat det där budet, som skall ha överträtts. Därmed måste också inses, att handlings-sättets stridighet mot den s. k. rättsnormen förnuftigtvis icke *kan* i moralisk mening rättfärdiga tvånget att betala skade-stånd. Culpanten behöver ju icke ens i händelse av medveten konflikt med »rättsnormen» ha haft någon moralisk skuld.

5. Dessa båda sist framförda invändningar hava natur-ligtvis icke kunnat undgå jurisprudenten. Men denna tror sig kunna bortförklara dem. Man åberopar sig på begreppet *rättsplikt* och säger, att denna kan vara icke blott *subjektiv* utan även *objektiv*. Denna rättsplikt skulle nu föreligga, även om man icke kände budet och även om man moraliskt ogil-lade detsamma. Culpanten har, säger man, under alla om-ständigheter handlat emot en *objektiv* rättsplikt. Sådant är emellertid endast innehållslöst talesätt, som vittnar mera om fastheten i jurisprudentens föresats att till varje pris hävda intagna positioner än om dess önskan att verkligen söka gå på djupet med frågan. Vad som ligger i bakgrunden och för-leder jurisprudenten till denna oriktiga tanke att bygga skade-ståndet (liksom ju f. ö. även straffet) på rättstridighetens grundval är ju föreställningen, att rättens bud föder en verk-lig plikt att handla i enlighet med budet och att *rättstridig-heten* sålunda involverar *överträdandet av en plikt*, mot vilken pliktvidrighet, d. v. s. skuld, det nu skall reageras genom skadeståndstvånget. Detta kan visserligen vid en ytlig betraktelse, d. v. s. med rådande föreställningar om vedergällningens etiska värde, låta plausibelt, under förut-

sättning att den handlande haft vetskap om budet och gillat dess innehåll ur moralisk synpunkt och förty haft en *känsla av plikt* för handlingar, som överensstämma med budet. Men talet om en *objektivt* existerande *plikt* förutsätter tanken, att pliktvidrighet kunde föreligga, utan att det handlats emot en plikt-känsla. Därmed svävar då den till synes plausible föreställning, som låg bakom det hela, i luften. Särskilt bör man märka den motsägelse, som detta resonemang innebär. Att något är objektivt, därmed menas just att det kan fastställas med förnuftsskäl utan hänsyn till våra känslor. Men plikt-omdömet, liksom varje annan moralisk värdering, *kan* icke grundas på några förnuftsskäl utan är beroende av var och ens känslor och sålunda till sin natur motsatsen till objektivt, nämligen subjektivt.¹ Detta tal om objektivt giltigt rättsnorm och om objektiv plikt är endast en oförnuftig sammanställning av två ord, lika andefattig som t. ex. uttrycket »torrt vatten», naturligtvis alldeles icke att förväxla med beteckningen »torra vätskor», där »torr» har en överflyttad betydelse. Plikt är känslan av ett »böra», som driver mig att undvika eller utföra en viss handling. Visserligen är det sant, att den som själv har plikt-känslan regelbundet därmed förknippar föreställningen, att det pliktenliga handlingssättet är objektivt riktigt och att sålunda *alla* människor *böra* känna handlingssättet som sin plikt. Men detta är givetvis något helt annat, än att alla människor *faktiskt ha* plikt-känslan ifråga.

6. Handlingens stridighet mot ett rättsbud måste ju innebära, att samhället fordrar, att handlingen icke sker. Det är ju emellertid klart, att, såvitt verkligen samhället *fordrar*, så måste det också framträda som en *makt*. Som sådan kan det dock icke framträda utan att *giva effekt* åt sin fordran genom en *menlig reaktion* för överträdaren av rättsbudet. Hur skulle man överhuvud kunna avgöra, att en fordran

¹ Se ovan s. 40 n. 1.

föreligger från samhällets sida, om icke dennas nonchalerande medförde någon påföljd? Kastar man alla mystiska föreställningar och betraktar lagstiftaren, icke såsom en övernaturlig faktor, utan såsom existerande i människornas värld, så inser man, att talet om samhällets *krav* eller *fordran* blir endast *en tom fras*, såvitt det skall vara grundat på *blotta formuleringen* i lagen (eller i därbakom liggande »normer»), oavsett om kravets åsidosättande drager med sig någon, åtminstone i princip oundviklig, påföljd. Tror man icke på en magisk kraft i dem, så kunna de *nakna orden*, t. o. m. uttalade i en lag, icke erhålla större betydelse än vilket privat uttalande som helst i imperativisk form. Den menliga påföljd för skadegöraren, som sålunda måste ligga innesluten i själva rättstridighetsbegreppet — såvitt detta nu överhuvud vore förnuftigt, vilket det ju icke är — kan givetvis icke vara något annat än just tvånget att betala skadestånd. Därav följer att avgörandet av frågan, om en handling är rättstridig eller icke, i och för sig måste vara fullkomligt betydelselöst för frågan, om skadeståndstvång föreligger. För att *avgöra* om en handling är rättstridig, måste man ju *redan veta*, huruvida skadestånd skall erläggas. Man kan icke använda den metoden, att man besvarar skadestandsfrågan genom svaret på frågan, om handlingen är rättstridig med hänsyn till *annan* påföljd än skadestånd. Ty därför att en handling är belagd med *en* slags reaktion, behöver den naturligtvis icke vara belagd med *en annan*. — Men f. ö., vilken annan reaktion skulle kunna komma ifråga? Såvitt jag kan se ingen annan än straffet. D. v. s. man skulle genom rättstridighetsbegreppets uppställande ha nått fram till en regel av innehåll, att skadestandsreaktionen förutsatte, att handlingen jämväl medförde straffpåföljd. Häremot är emellertid åtskilligt att invända. Jag skall dock inskränka mig till följande två erinringar. Straffet självt skall ju, enligt jurisprudensen, förutsätta handlingens rättstridighet! Vidare vet ju var och en, att det faktiskt blott

är en ringa procent skadegörelser, som äro straffbelagda. Det sagda giver vid handen, att handlingens rättstridighet såsom förutsättning för skadestånd icke kan innebära något annat än det rent meningslösa, att handlingen är belagd med skadestånd. Jurisprudensen rör sig sålunda här i en evig cirkel: för skadestånd förutsättes rättstridighet, men rättstridighet innebär intet annat, än att den handlande måste betala skadestånd.

Samtliga dessa sex invändningar mot rättstridighetsbegreppets användbarhet inom *skadeståndsrätten* hava motsvarande giltighet gentemot rättstridighetens återopande såsom grund för en handling *straffbarhet*. Emot att basera *skadeståndstvånget* på rättstridighet har man emellertid att framföra ytterligare tvenne viktiga synpunkter.

7. Skadeståndet innebär faktiskt en betalning *till den skadade* och *icke till samhället*. Men det var ju samhällets »förbud och befallningar», som överträts genom den rättstridiga handlingen. Det måste sålunda vara samhället, som blivit kränkt genom denna. Följaktligen borde skadegöraren vara skyldig betala till samhället, staten, och icke till den skadade. Jurisprudensen skulle kanske här vilja invända, att staten i kraft av sin suveränitet anordnar en *cessio legis*, varigenom betalningen måste fullgöras till den skadade i stället för till statskassan. Men detta skulle ju aldrig kunna sakligt grundas utan bleve att hänföra till det tomma konstruerande, som icke hade någon annan raison d'être än att förläna skenbar logik åt jurisprudensens läror.¹ Det skulle förutsätta en särskild magisk kraft hos »suveräniteten». En dylik konstruktion faller givetvis under liknande anmärkningar, som jag förut framställt emot tanken på en s. k. rättighetshavares bemyndigande att utöva statens befallningsmakt.² Förevarande konstruktion skulle också få en särskild måttlöshet därutinnan,

¹ Jämför Förra delen, s. 62.

² Ovan s. 42 f.

att den även måste tillvridas så, att den gåve förklaring på, att betalningstvånget lämpades efter skadans storlek.

8. Skadeståndstvånget bestämmes faktiskt efter skadans storlek. Hade rättstridighetskonstruktionen någon reell betydelse, så skulle skadeståndet — i analogi med straffet — bestämmas efter graden av skadegörarens »pliktvridighet», efter graden av »skuld».

Till sist skall anmärkas, att det naturligtvis intet gör till saken, huruvida dessa oskrivna normer, vilka tros ligga bakom skadeståndet och straffet, anses vara av rättslig eller blott moralisk art, vilket senare stundom torde hävdas. Motsättningen samhället *contra* individen är icke desto mindre lika falsk. Samhällsobjektet för sådana moraliska normer vore givetvis också omöjligt att uppsåra. Även antagandet, att skadeståndet eller straffet vore rättfärdigat såsom en påföljd av åsidosättande av en blott moralisk norm, måste logiskt leda till att gärningsmannen borde frikännas efter utredning av hans bristande vetskap om normen eller av dess oförmåga att alstra någon hans moraliska övertygelse emot handlingen. Likaså behålla skälen under 7 och 8 sin giltighet. Visserligen skulle icke den under mom. 6 kritiserade cirkeln inställa sig. Ty det utmärkande för moralregler till skillnad från rättsregler skall ju just vara, att de senare men icke de förra genomföras med tvång. Men på detta sätt vore genom antagandet av moralnormer *öppet* erkänt, att förbudet eller befallningen icke vore annat än ett tomt ord, liktydigt med vilket imperativiskt uttalande som helst. Det är naturligtvis just för att normerna icke skola bliva på detta sätt »blodfattiga», som man varit angelägen att fantisera ihop dem såsom »rättsliga».

För fullständighetens skull må även nämnas, att man icke kan krångla sig ifrån alla dessa orimligheter genom att direkt hänvisa till positiv lag såsom grund för reaktionen mot gärningsmannen. Dyligt vore att motivera skadestånd och straff

med sig själva. Visserligen begås särskilt inom straffrätten ofta misstaget att skilja mellan strafflagen och straffet, såsom om den förra vore det senares grund eller orsak. En gällande strafflag kan emellertid *icke tänkas utan straffet*, vilket förty inneslutes i omdömet, att en strafflag är i gällande kraft. Orimligheten i att på antytt sätt skilja mellan »rätten» och dess tillämpning har ju i det föregående utretts. Här blir den emellertid på ett särskilt sätt meningslös. Det rör sig ju om *förklaringen till att samhället får påtvinga* den enskilde ett ont. Denna förklaring måste uppenbarligen vara identisk med förklaringen till att samhället håller sig med en straffrätt (resp. skadeståndsrätt).

Beaktar man nu å ena sidan det nyss i punkterna 3—5 sagda, å andra sidan vad jag på andra ställen visat angående skadeståndets *faktiska* inverkan på människornas handlings-sätt,¹ så måste ju på ett särskilt tydligt sätt framgå, hur bakvänd den gängse culperegeln är med sitt resonemang, att det culposa i handlingssättet utgjorde något rättstridigt och därmed en särskild *rättsgrund* för skadeståndstvånget. Vål må man använda ordet culpa, men blott och bart såsom en *be-teckning* för det handlingssätt, vilket faktiskt på det ifråga-varande området såsom rättslig påföljd drager skadeståndstvång med sig. Detta är något helt annat, än att det culposa i handlingssättet skulle utgöra »rättvis» grund för skadeståndstvånget. Culpabegreppet kan *förnuftigtvis* icke användas an-norlunda än såsom utmärkande, att man i en viss situation icke handlat med den aktsamhet, som människorna drivits att i allmänhet i liknande situationer iakttaga just *genom* rättsmekanismens — särskilt den s. k. skadeståndsrättens — uppe-hållande. Man märke sålunda, att culpa, såvitt ordet här kan användas, är *sekundär* i förhållande till skadeståndsrätten. Därmed är det uteslutet att rättfärdiga skadeståndstvånget med handlingens culposa karaktär.

¹ Se nedan, s. 208 n. 1.

Såsom jag ovan antydde, verkar jurisprudentens missuppfattning angående culpaparegelns förnuftiga innebörd *indirekt* även utanför dess eget område och det på följande sätt. Genom sin tro på culpa såsom görande skadeståndstvånget i mening av rättvisa berättigat, har man förbisett, att ingen annan förnuftig anledning till skadeståndstvånget såsom rättslig påföljd på culposa handlingar kunnat utletas än hänsynen till vikten för samhället av sådana handlingars förebyggande och alstrandet även i övrigt av en allmän trygghetskänsla gentemot handlingar av sådan art. *Häri* genom åter har man, även när man successivt i den ena kategorien av culpa *fria* fall efter den andra känt sig nödsakad medgiva utdömandet av skadeståndstvång, icke kunnat frigöra sig från tanken, att även nu en *rättsgrund*, låt vara av annan beskaffenhet än den gamla, måste kunna utletas till motivering av skadeståndstvånget mot en person. Man bör här till förklaring av det psykologiska förloppet hos jurisprudenten just beakta, att man vid utbildningen av teorien om skadestånd oberoende av culpa *icke från början stått så att säga inför hela fältet* utan haft den ena kategorien av fall efter den andra att söka utreda. *Häri* genom blev det ifrån begynnelsen helt naturligt för jurisprudenten att söka framkonstruera rättfärdighetsgrunder också för skadestånd oberoende av culpa, jämförliga med culpa-förklaringen, därest icke rent av culpa eller rättstridighet helt enkelt fingerades. Hade man i stället, oberörd av sådana successivt konstruerade rättsgrunder, haft att taga ställning till *hela* detta område av s. k. ansvar utan culpa, så skulle sannolikt hänsynen till behovet av allmän trygghet och omsättning *direkt* ha tagits till ledning av jurisprudenten och icke, såsom skett, blivit blott en icke fullt medveten, i bakgrunden liggande drivkraft för de skolastiska resonemangens pressande till största möjliga överensstämmelse med samhällsnyttiga synpunkter. Man hade då sluppit ifrån sådana meningslösheter som garantikonstruktionen till grund för skade-

ståndstvånget i kontraktsförhållanden eller (dentypiska) faran såsom allmänt grundlag för skadeståndstvånget oberoende av culpa i s. k. utomobligatoriska förhållanden. Garantikonstruktionen är ju, som ofta påvisats, endast en fiktion, framsprungen ur behovet att få en av jurisprudenten godkänd rättsgrund för skadeståndsbetalningen.¹ Motsvarande framträder icke lika tydligt i avseende å fara-konstruktionen. Men om man icke givit sig det rena fantiserandet i våld — och i sådant avseende kan ju intet annat än begreppsskolastiken komma i fråga — skulle man väl näppeligen ha funnit på något så oresonligt som att binda skadeståndstvånget över hela den ifrågavarande linjen vid handlingens farlighet.² Vid närmare eftersinnande bildar också denna farlighet en viss brygga över till de gamla rättfärdighetskonstruktionerna. En handlings farlighet skall ju rent av vara kriteriet på dess »rättstridighet».³ Visserligen skall nu »rättstridigheten» i förevarande fall vara hävd genom handlingens nyttighet. Men det i och för sig »rättstridiga», d. v. s. *mot samhället utmanande* momentet i handlingen gör, menar man tydligtvis, att den handlande får »stå sitt kast», »skylla sig själv», »taga risken för följderna» eller hur man nu vill uttrycka den bakomliggande tanken, som sålunda är, att en person, som begår en sådan handling, får *anses ikläda sig ansvaret* för densamma. Hela denna teori om skadeståndstvångets motive-ring med handlingens farlighet är sålunda i verkligheten endast *en förstucken garantikonstruktion*. En sådan slutledning torde ingalunda kunna anses för djärv. Ty detta tal om den typiska farligheten i t. ex. existensen av ett hus (enär en tegelpanna, skorsten, utbyggnad eller annat kan *tänkas* rasa

¹ Se min »Fiktion eller sanning i juridiken?» i Sv. J. T. 1924, s. 247 ff. samt mina »Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten» i Nordiska juriststämman 1926, s. 12 f., s. 25 f.

² Se härom bl. a. mina Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten, s. 14—19.

³ *Stang*, Erstatningsansvar, s. 104 f.

ned) eller i att hålla sig med tjänstefolk etc. är ju till den grad krystat, att ett mycket starkt intresse, ägnat att förvillia blicken, måste ligga i bakgrunden. Därvid är icke något annat intresse tänkbart än ett sådant, som bottnar i begreppsjuridikens på allmänna rättsmedvetandet beroende tendens att förete rättfärdighetsgrunder för rättsliga tvångsreaktioner emot individen.

Hade man haft blicken öppen för skadeståndsrättens faktiska betydelse för samhällslivet, skulle man icke heller, såsom ständigt sker, kunna hävda, att skadeståndet hade till sitt egentliga *syfte* att »överflytta skadan» från den »skadelidande» till skadebringaren. I bakgrunden för detta ligger idén om att en rättskränkning har skett, som i görligaste mån måste satisfieras. Därmed har syftet bestämts av hänsyn till behovet av en rättfärdighetsgrund för skadeståndet. Själva begreppet »skadelidande», en klar *petitio principii*, visar oss, att det måste förhålla sig på detta sätt. Ty detta begrepp förutsätter ju uppenbarligen, att lidandet av skadan skall vara en sak för sig, realiserbar oberoende av skadeståndsrättens existens. M. a. o. man förutsätter såsom för en person *in abstracto* förhanden ett visst förmögenhetsläge, som genom handlingen ifråga skadas, d. v. s. förlorar i värde för personen. Med utgångspunkt i detta läge såsom i sig givet sätter man nu in skadeståndsrätten, som skall möjliggöra reparation av skadan på den handlandes bekostnad. Men abstraherar man på detta sätt från rättsmekanismen, så blir det där förmögenhetsläget otänkbart. Vad man här opererar med är uppenbarligen icke något annat än äganderätten (eller annan rättighet) *in abstracto*. Av utredningen i Förra delen framgår emellertid, att denna äganderätt är otänkbar och att den realitet, som på irrationell väg föranlett tanken, utgöres bl. a. därav att skadeståndsrätten uppehålles. Begreppet »skada» förutsätter följaktligen skadeståndsrätten, vadan det är en ren meningslös-
het att påstå skadeståndet vara till för att överflytta skadan

från den skadelidande till annan. Givetvis innefattar även den vanliga tanken, att »skadan ersättes», samma *petitio principii*, utan vilken skadeståndets moraliska berättigande icke skulle kunna komma ifråga men i stället betydelsen av det samma för den allmänna trygghetskänslan och omsättningen klart skulle framgå. Att skadeståndet faktiskt har sådan betydelse och det, bortsett från sådant som t. ex. ersättning vid expropriation och nödhandling, framför allt genom prevenerande effekt, framgår av vissa mina utredningar, till vilka för korthetens skull jag här nödgas hänvisa.¹ Av dessa utredningar torde ävenledes framgå, hur den härskande skadeståndsläran — därigenom att de samhällsnyttiga synpunkterna tillbakaträngts av de rättsskolastiska resonemangen med deras rättfärdighetsgrundande tendens — kommit att förvirra frågorna och hämma en förnuftig utveckling av dem.

Går man därefter till frågan om ersättning vid expropriation, så behöver jag ju blott hänvisa till min framställning i Förre delen² såsom stöd för påståendet, att jurisprudentens »rättsgrunder» också här komma densamma att förbise det sociala sammanhanget. Det låter sig väl näppeligen förneka, att expropriationsrätten skulle ha kommit i ett annat rättspolitiskt läge, om sådant förbiseende icke skett.

I detta sammanhang må även följande spörsmål framställas. Om de av mig anlagda synpunkterna, å ena sidan på den allmänna skadeståndsrätten och å andra sidan på expropriationsrätten, i det väsentliga måste betraktas såsom hållbara, måste man icke då också kunna inse, vilken sterilitet som måst

¹ Dessa utredningar finnas i mina uppsatser »Kan härskande tolkning etc.» i Sv. J. T. 1921, »Fiktion eller sanning i juridiken?» i Sv. J. T. 1924, »Kritik av nordiska skadeståndsläror» i T. f. R. 1923, »Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten» i Nordiska Juriststämman 1926 samt i min »Superstition or rationality etc.?» , s. 54—75.

² S. 109 ff.

vidhäfta skadeståndsläran, därigenom att man, såsom ju sker hos Nordens båda främsta skadeståndsteoretiker,¹ betraktar principen om ersättning vid expropriation såsom grundläggande för en behandling av den allmänna läran om skadestånd oberoende av culpa? Ifråga om det allmänna skadeståndet — och det både vid och utanför culpa — *dominerar* preventionssynpunkten, såvitt man har blick för det faktiska sammanhanget; ifråga om expropriation *saknas* den!

Det har också visats, hur man genom sina falska *rättsgrunder* (viljans förmenta betydelse och löftesmottagarens befo-gade tillit) för avtalets verkan helt förbisett det enkla förhållandet, att avtalet har den största betydelse för den allmänna produktionen och omsättningen samt att detsamma skulle sakna denna betydelse, om icke löftesgivaren genom medvetandet om visst betalningstvång (och möjligen andra obehagligheter) såsom en följd av underlåtenhet att infria sitt löfte eggades att fullgöra detta. Sådan är den förnuftiga anledningen till att en löftesgivare med dylika medel drives att fullgöra sitt löfte, och icke slika orimligheter som att löftet skapat ett rättsförhållande mellan parterna.²

Med det förestående och däri gjorda hänvisningar har jag huvudsakligen velat erinra om följande förhållanden. Vad vi kalla »rätten» bestämmes faktiskt av två väsentligen olikartade intressen. Den ena intressekategorien är i sin tur bestämd av bevisligen verklighetsfientliga och alltså falska föreställningar, kretsande kring idén om något i sig rättfärdigt såsom ledande princip för bedömandet av hithörande företeelser. Den andra intressekategorien är bestämd av vad som

¹ *Ussing, Skyld og Skade*, s. 59 ff., jfda med s. 106 ff.; *Stang, Erstatningsansvar*, s. 143 ff.

² Se Förra delen, 6 §, jfd med s. 119 ff., ävensom framställningen ovan, s. 165—179. — Jag har här i det föregående icke *särskilt* uppehållit mig vid jurisprudentens laborerande med rättigheterna, då det ju likväl av allt framgår, att det är kring dessa, som rättfärdighetstankarne röra sig.

är nödvändigt för människornas faktiska strävanden, bestämd alltså av hänsyn till beståndet av ett samhälleligt helt, utan vilket människornas livsmöjligheter skulle så förändras, att dessa strävanden bleve orealiserbara. Jag har också, mera parentetiskt, fäst uppmärksamheten på något, som ligger i sakens natur, nämligen dels att det förra slaget av intresse är ägnat att på det sätt skjuta tillbaka det senare, att detta ofta icke medvetet och direkt utan blott på omvägar kan tränga sig fram till inflytande, och dels att en *klar* insikt om rättsmekanismens betydelse för samhällslivet småningom måste komma de av de falska föreställningarna bestämda intressena att förflyktigas. Så länge dessa vidmakthållas i den grad, som ännu är fallet inom rättsvetenskapen, är det emellertid ofrånkomligt, att denna faktiskt på stora områden i större eller mindre grad *måste* komma de samhällsnyttiga intressenas inflytande att tillbakahållas. Det är emellertid klart, att rättsvetenskapen icke kunnat lämnas oberörd av de samhällsnyttiga synpunkterna, utan att dessa mycket ofta ha den betydelsen, att de rättsskolastiska resonemangen i grova drag utformas och anpassas till viss överensstämmelse med dem. Man bör också märka, att, när en *lag stiftas*, det samhällseliga behovet av en ifrågavarande lag merendels *direkt* beaktas. »Land skall med lag byggas», den tanken var veterligen uttryckt redan i våra landskapslagar. Säkert har den även i vårt land varit både känd och erkänd långt dessförinnan. Att man sålunda vid *stiftandet* av lagar kan vara samt också oftast är fullt medveten om, att det gäller tillgodosendandet av ett samhälleligt intresse, har det aldrig kunnat falla mig in att bestrida. Men frågan är, om ens vid lagstiftningen detta intresse alltid verkligen blir fullt tillgodosett. Då denna fråga är av största intresse, skall jag tillåta mig här beröra densamma. Av uppenbara utrymmeshänsyn kan det dock icke bli fråga om annat än vissa antydningar.

Jämväl lagstiftaren ur stånd att helt beakta hänsynen till
det allmänna bästa.

*Rättfärdighetstanken ett direkt hinder för beaktandet
av samhällsnyttiga intressen.*

Den iakttagelsen kan göras, att ju mera *omedelbart* en lags betydelse för den allmänna omsättningen framträder för lagstiftaren,¹ desto mera direkt rör sig lagen ifråga efter omsättningsnyttiga linjer, och desto mera frigjord från rättskonstruktioner blir den. Detta bör beaktas, när man granskar en sådan lag som t. ex. *köplagen*. Vid denna lags stiftande har man uppenbarligen i det stora hela fört resonemangen direkt med hänsyn till vad som funnits vara det nyttigaste för vår handel. De rättsskolastiska synpunkterna hava här fått träda åt sidan för på detta område mäktigare synpunkter: hänsynen till samhällsekonomin. Det är intressant att se, hur man i denna lag just aktat sig för att begagna sig av den rättsskolastiska apparaten. Av särskilt intresse är också t. ex., att man medvetet underlåtit att knyta reglerna om sådant som faran för godset och om dess avkastning till en obefintlig äganderätt. Köpelagens ståndpunkt i dessa avseenden står i strid med jurisprudentens äganderättsteori. Jurisprudenten har här helt enkelt nödgats av hänsyn till omsättningslivet att uppgiva vissa konsekvenser av sina egna läror. Ty med tron på äganderätten följer logiskt, både att ägaren står risken och att han också blir »ägare» till avkastningen. Annan uppfattning innebär brist på konsekvens, låt vara en nyttig brist. Alldeles fri från begreppsjuridikens konstruktioner har lagen dock visserligen icke blivit. Därvid tänker jag icke på sådant som 59 § med dess utgångspunkt i tron på äganderätten. Ty

¹ I »lagstiftaren» inbegripas icke blott kontrasignerande statsrådet, riksdagen, laguskott, lagrådet och den förberedande kommittéen utan alla som begagna tillfället att i samband med lagärendet föra fram sina synpunkter i ämnet, såsom officiella eller halvofficiella instanser, vilkas yttranden inhämtats.

i *detta* sammanhang spelar det falska begreppet ingen saklig roll utan har blott och bart betydelsen av en oskadlig *beteckning* för vissa realiteter. Jag åsyftar vissa andra saker, av vilka följande skola här nämnas.

13 och 66 §§ äro utslag av allmänna rättsmedvetandets krav på tolkning med hänsyn till *billighet*.¹ Detta framgår oförtydbart av orden »av hänsyn till köparen». Tanken är följande. *In dubio* skall säljaren ha förmånen att välja, alldenstund fråga är om en prestation, vars *onus vilar å honom*. Säljarens principiella förmån att välja tidpunkt eller kvantitet skulle sålunda vara föranledd av humanitetsskäl, analogt med grunden till den gamla regeln *in dubio pro reo*.² Ingenting kan emellertid vara mindre realistiskt än en sådan tanke. Det är en godtycklig ensidighet att isolera säljarens prestation och därefter säga, att han har en relativt tung börda, som i billighetens namn måste i görligaste mån lättas. Säljareprestationen är icke mindre än köpareprestationen en ekonomisk fråga. Säljareprestationen måste bedömas såsom led i hela affären. Och det låter sig då alldeles icke säga, att i princip säljaren åtagit sig en tyngre börda än köparen. Affären kan vara sådan, att, även om köparen hade det ifråga-

¹ 13 § lyder: »Där viss tidrymd är utsatt, inom vilket godset bör avlämnas, skall rätten att närmare bestämma tiden för avlämnandet tillkomma säljaren, med mindre av omständigheterna framgår, att det varit av hänsyn till köparen, som tiden ej blivit närmare bestämd».

² Jfr *Almén*, Kommentar, 13 §, s. 152: »Såväl dessa båda regler (13 och 66 §§) som den i lagen icke uttalade men säkerligen gällande satsen, att valrätten vid alternativt bestämt köp tillkommer säljaren, äro i själva verket uttryck för en högre princip, enligt vilken en förpliktande viljeförklaring, som medgiver olika tydningar, bör tolkas till förmån för den, som avgivit viljeförklaringen». Härtill bör läggas *Almén*'s uttalande, att »valrätten» vid alternativt köp även kunde tillkomma köparen men att »särskilda skäl fordras för antagandet, att säljaren velat avstå från densamma», Kommentar. 3 §, s. 69 f. Sådana uttalanden visa oförtydbart, att man här räknar med ett på rättvisesynpunkter grundat ideellt rättsförhållande till säljarens förmån. Och lagen själv är endast en avspiegling av denna uppfattning.

varande valet, man måste ur säljarens synpunkt betrakta densamma som mycket fördelaktig.

Denna sak blir synnerligen intressant, när man bemödar sig att undersöka den väg, på vilken man nu kommit fram till denna billighetsregel för tolkning av ett köp. Läget är följande. Man står inför situationen att i köplagen nödgas giva uttryck för en rättslig grundsats beträffande dessa genom avtalets innehåll obestämda prestationer. Att omedelbart gå till »positiv rätt» låter sig icke göra, när denna förhåller sig stum i ämnet. Fallerar »positiv rätt», så replieras gemenligen på det allmänna rättsmedvetandet, på vad rättvisa och billighet fordrar. Men hur går detta ihop med det nyss förut framhållna, att man vid köpelagens stiftande låtit sig omedelbart ledas av omsättningsnyttiga synpunkter, oberörda av rättsskolastiken? Jo, just en sådan fråga som denna har man låtit jurisprudensen såsom sådan klara upp. Ty här tvangs man att taga upp ett spörsmål, som icke kan begränsa sig till enbart köpelagen. Det är ju fastmera fråga om en princip angående en *gäldenärs handlingssätt i allmänhet*, när omständigheterna lämna visst rum för tvivelsmål. Här har *rättsvetenskapen såsom sådan* haft att fatta avgörandet. Och den rent rättsvetenskapliga synpunkten på en sådan fråga blir just rättsmedvetandets billighetskrav och intet annat, hur ologiskt detta än i verkligheten visar sig vara.

Vad som förnuftigtvis kan ligga i bakgrunden för en gäldenärs s. k. valrätt *in dubio* är, som nyss nämndes, alls icke några billighetssynpunkter mot denne utan det rent *praktiska*, att å ena sidan ett val måste ske och att å andra sidan det icke finns den ringaste anledning till — utan vore ytterst olämpligt — att just borgenären, som icke i princip på samma sätt som gäldenären känner till prestationsförhållandena, skulle träffa valet. Det är sålunda intet annat än hänsyn till det bästa för omsättningen, som ligger i bakgrunden. Saken blir kanske tydligare, om man går till sådana valmöjligheter,

som icke ens berörts i lagen, t. ex. uttagandet av godset för fullgörande av ett leveransavtal. Att det icke finnes överensstämma med köperätten, att *in dubio* köparen själv eller hans folk skulle få springa och plocka i säljarens magasin, beror naturligtvis därpå, att sådant i princip måste anses dels vara hämmande för och även eljest olämpligt för säljarens rörelse och dels förorsaka onödigt och tidsspillande arbete, enär handlingen ifråga kräver mera tid, om den utföres av köparen än av säljaren. Tolkades nu icke vid alla dylika, i avtalet öppna lämnade frågor detta med hänsyn till det lämpligaste ur omsättningens synpunkt, skulle givetvis dylikt menligt inverka på avtalens allmänna användbarhet som smidiga omsättningsredskap. Och det skulle innebära särskilda risker för kontrahenter att lämna sådana frågor öppna i avtalet. Men å andra sidan, om kontrahenter nödgades att i mängden av detaljer precisera sina avtal, skulle detta i sin tur medföra en betydande hämning på avtalens användning såsom omsättningsmedel. En avtalsrätt, som ledde till sådant, vore såtillvida icke bestämd av för allmänna omsättningen nyttiga synpunkter. Därmed torde det också vara klart, att det strider mot en förnuftig grund för avtalsrätten att låta avvikelser från säljarens s. k. valrätt bestämmas, icke efter nämnda synpunkter, utan så, som skett i 13 och 66 §§. Och det säger sig självt, att frågan i ett visst fall, huruvida säljaren eller köparen har att välja, kan komma att utfalla olika, allteftersom man direkt låter leda sig av det bästa för den allmänna omsättningen eller fattar position efter en undersökning av vad som måste anses »billigt» eller »rättvist», d. v. s. av huruvida det varit av hänsyn till köparen eller icke, som frågan i avtalet lämnats öppen. Visserligen kan även en sådan frågeställning leda till med omsättningsintresset överensstämmande tolkning. Och det är ju klart, att om valmöjlighetens beroende *in concreto* av hänsynstagande till köparen vore utredbar, så kräver omsättningsintresset en tolkning i enlighet härmed. Ty det är ju en omsättningssynpunkt

av så att säga högsta grad, att tolkning sker i överensstämmelse med parternas verkliga intentioner. Men där, såsom merendels är fallet, frågan, *av hänsyn till vilkendera* parten valmöjlighet uppstått, icke kan besvaras, strider det mot om-sättningsintresset att, såsom lagen gör, *generellt* låta säljaren ha »valrätten». Den ståndpunkten är grundad i föreställningen om en i »rättvisa» grundad »rätt» för säljaren.

Gå vi därefter till 24 § köpelagen, så möter oss den egenomliga föreskriften, att säljaren vid leveransavtal befrias från skadeståndstvånget, därest

»möjligheten att fullgöra avtalet må anses utesluten i följd av omständighet, som ej bort av säljaren vid köpets avslutande tagas i beräkning, såsom förstörelse av allt gods av det slag etc.»

Jag har sökt visa, hur denna föreskrift genom sin intesägande karaktär kommit att förvirra den viktiga fråga, vari det gällt för lagstiftaren att taga ståndpunkt.¹ Jag har, efter det att den av mig inledda tidskriftsdiskussionen i ämnet måst avbrytas,² icke haft lämpligt tillfälle att till behandling upptaga den kritik mot mina synpunkter, som jag då icke hunnit bemöta. Ett bemötande av denna kritik på just detta ställe synes mig icke heller så lämpligt, enär det skulle något förtrycka det sammanhang, jag nu är i färd med att utveckla. Jag skall därför tillåta mig att i ett tillägg i ett senare häfte meddela min ifrågavarande antikritik. Här vill jag alltså blott erinra därom, att den citerade lagformuleringen — för vars mindre lyckade karaktär tillräcklig argumentation dock redan torde få anses föreligga — just är ett utslag av den gängse metoden att söka i moralisk mening rättfärdiga de rättsliga reaktionerna emot en person. Resonemanget är uppenbarligen följande. Just vid leveransavtalet går det av praktiska skäl icke att uppehålla den i och för sig önskvärda maximen, att skadeståndstvånget måste förutsätta vål-

¹ Sv. J. T. 1921, s. 334—338, s. 343 ff., samt Sv. J. T. 1924, s. 265 ff.

² Se det redaktionella meddelandet i Sv. J. T. 1924, s. 442.

lande till skadan. Formellt tillgodoses dock kravet på skadeståndet såsom något rättvist genom interpolering av garantiåtagandet. Då man dock, låt vara icke alltid på ett fullt reflekterat sätt, inser, att denna interpolering innefattar en osanning, och sålunda åtminstone har på känn, att skadeståndstvångets *rättfärdigande* genom garantikonstruktionen blott utgör sofistisk, så kan ett »teoretiskt» krav på rättvisa icke enbart därigenom vara tillfredsställt utan ett moment måste ytterligare medtagas såsom förutsättning för skadeståndstvånget, nämligen att säljaren dock ådagalagt *försumlighet*, när han underlåtit att »taga i beräkning» sådan omständighet, som förorsakat, att avtalsenlig prestation blivit omöjlig. Att tanken, såvitt den framträder i *formuleringen*, är att säljaren för att undgå skadeståndstvånget skall ha varit fri från denna försumlighet, fri sålunda från en *klandervärd* brist, torde icke kunna bestridas. Men därmed har 24 § köpelagen också bemängts med en blott och bart irrationell synpunkt, som omöjliggör en tolkning efter innehållet, överensstämmande med affärslivets intressen.

Av särskilt intresse synes det vara, att köpelagen, oaktat sin öppet affärsfrämjande tendens faktiskt kommit att *direkt* laborera med den rättsliga pliktchimären. Detta sker i 51 § 1 st. på ett sätt, som kan leda till förvirring. Av denna framgår »rättsplikt» för köparen till affärsmässig undersökning av godset. Ett sådant begrepp är emellertid, som ofta påvisats, innehållslöst. Erfarenheten från rättsskolastiken visar emellertid, att det där användes såsom en ideologisk överbyggnad på basis av vissa realiteter. Dessa realiteter skulle då här utgöras därav, att om köparen icke föranstaltat om affärsmässig undersökning av godset, så skulle han utsätta sig för vissa obehagliga, rättsligt genomförda konsekvenser. Men vari skulle dessa bestå? De vanliga, straff eller skadestånd, äro ju här uteslutna. Uppenbarligen måste det vara fråga om något negativt, uteblivande av fördelar för köparen, d. v. s. förlust

av möjlighet att föra skadeståndstalan mot säljaren eller att avvisa godset i anledning av sådan felaktighet i detta, som skulle ha uppdragats genom undersökningen. Men härom sägs intet i 51 § 1 st. Följaktligen har detta stadgande intet realiserbart innehåll. En sådan meningslöshet har lagstiftaren givetvis icke velat giva uttryck åt. Man har i själva verket trott sig genom »fastställandet» av denna »undersökningsplikt» åstadkomma, att en köpare, som vid handelsköp underlåtit att, då godset avlämnats resp. mottagits, föranstalta om dess undersökning efter gott handelsskick, icke kan föra talan mot säljaren på grund av senare upptäckt fel i godset, om detta fel skulle ha märkts vid en ifrågavarande affärsmässig undersökning. Så måste också lagen tolkas — men ingalunda på grund av 51 § 1 st., ty detta har, som nämnts, intet realiserbart innehåll — utan på grund av 52 §.¹ Har en *köpm* underlåtit att handla i överensstämmelse med *gott* handelsskick, så har han också underlåtit att handla så, som han »bort» handla och som avses i 52 §. Fel i vara, som skulle ha märkts genom en undersökning efter gott handelsskick, har han följaktligen bort märka. Nu berörda rättsliga betydelse av godsets affärsmässiga undersökning eller underlåtande härav framgår sålunda ur ensamt 52 §. Detta synes vara så tydligt, att 51 § 1 st. ur nu berörda synpunkt måste anses överflödig. Om man så vill, kan man naturligtvis säga, att stadgandet är ett supplement till 52 §.² För egen del kan

¹ De båda lagstadgandena, såvitt de här ha intresse, lyda sålunda: »51 §. Vid handelsköp låte köparen, då godset avlämnats, eller, så framt det är försänt, då det kommit honom till handa, så att han enligt 56 § skulle vara pliktig att därom taga vård, föranstalta om sådan undersökning av godset, som efter gott handelsskick kan ifrågakomma... — 52 §. Yppas fel eller brist i godset, och vill köparen därå tala, give därom säljaren meddelande, vid handelsköp genast och vid annat köp utan oskäligt uppehåll. Gives ej sådant meddelande, änskönt köparen märkt eller bort märka felet eller bristen, vare köparen all talan förlustig...»

² Dock icke så som antages av *Almén*, Kommentrar till 51 §.

jag icke utleta någon annan *realiserbar* mening i stadgandet ifråga, än att en köpare, för att icke skola mankera i avseende å eventuellt nödig reklamation, kan nödgas för fels upptäckande anställa *särskild* undersökning i *samband med godsets avlämnande*, resp. mottagande, under det att sådan undersökning *eljest icke* vore i reklamationssyfte erforderlig. Därmed hade stadgandet en viss reell betydelse, i det att detsamma gäve nu sagda ledning för tolkning av orden »bort märka» i 52 §. Jag har i ett yttrande, åberopat i en rättegång angående skadeståndstalan på grund av leverans av underhållig cement, sökt visa, hurusom 51 § på detta sätt inriktar uppmärksamheten på en strängt logisk tolkning av 52 §, som icke överensstämmer med den vanliga. H. D., åtminstone dess majoritet, har i dom, given den 13 februari 1930, ogillat mina synpunkter. Om den gängse eller den av mig hävdade tolkningen är att föredraga är i detta sammanhang utan intresse. Här är det endast av vikt att konstatera, att lagstiftaren genom laborerandet med en chimärisk pliktkonstruktion hindrats att på denna punkt *direkt* beakta omsättningssynpunkter samt att därigenom tolkningsförvirring kan uppkomma.

I 56 § köpelagen, jämförd med 55 §, nödgas lagstiftaren genom rättsskolastiska utgångspunkter till laborerandet med *tvenne* pliktchimärer, en plikt att taga godset i besittning och en med besittningstagandet uppkommen plikt att vårda detsamma. Den lättfattliga realiteten är, att köparen riskerar att få betala skadestånd, om han icke iakttager ett visst handlingssätt i avseende å godset. Beaktas detta, blir laborerandet både med plikten att taga i besittning och med vårdnadsplikten meningslöst. Vilka förvirringar, som möjligen kunna uppstå genom sådana skolastiska konstruktioners anbringande i lagtext — t. ex. i fråga om negativ handlingstraffbarhet enligt gängse lära — skall nu icke undersökas.

Gå vi därefter till en sådan den allmänna omsättningen

berörande lag som *lag om avtal* etc., så möta oss här t. ex. föreskrifter (28 och 29 §§), som vila på förutsättningen, att någon blivit »rättstridigt tvungen» till en rättshandling. Detta är emellertid, såsom förut visats,¹ intet annat än en ren meningslöshet. Särskilt måste märkas, att det icke duger att betrakta »rättstridigheten» i 29 § såsom en omskrivning för att tvånget vore straffbart eller belagt med skadeståndsreaktion. Ty dels är det ju så, att rättsvetenskapen uttryckligen räknar med skadeståndstvång såsom följd också på »rättsenliga» handlingar. Dels är det en erkänd sak, att det ifrågavarande tvånget icke behöver vare sig vara straffbart eller draga med sig skadeståndstvång. Följaktligen kunde det enda åtkomliga kriteriet på tvångets rättsstridiga karaktär blott utgöras just därav, att den framtvingade rättshandlingen icke rättsligen kunde göras gällande mot den tvungne. Men detta i sin tur skall ju enligt lagen själv förutsätta, att tvånget varit rättstridigt! Hur det vrides och vändes, nödgas man sålunda genom begreppets användande in i en ändlös cirkel.

Men det är alldeles icke nog med att begreppet sålunda är odugligt. Ty så länge man icke förstår detta utan räknar med dess duglighet, ser man sig genom lagens ordalydelse nödsakad att göra användning av detsamma. Men detta kan givetvis icke ske på ett fruktbart sätt, utan blott så att förvirring åstadkommes. Det säger sig ju självt, att en verkligen på djupet gående utredning med hänsyn till den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens synpunkter i denna fråga icke kan genomföras, om man på allvar tror, att förlusten av talan mot den tvungne skall vara motiverad av något rent chimäriskt, nämligen tvångets rättstridighet. Man kan icke i sådana »utredningar», såvitt man är konsekvent i sina reflexioner, bestämmas uteslutande av för rättslivet nyttiga synpunkter, utan dessa få i högre eller lägre grad vika för hänsyn till vad som kan framstå såsom rättfärdigt i det irrationella rättsmed-

¹ Ovan s. 195 ff.

vetandets mening. Men också om nu juristerna själva hade öppen blick för intigheten i rättstridighetsbegreppet och därför i sin tolkning av stadgandena fullkomligt lämnade det samma åt dess värde, så får man icke glömma, att en sådan lag som den ifrågavarande är till för att tjäna till ledning jämväl för menige man. En förnuftig *lekman* kan emellertid aldrig fatta »rättstridigheten» på annat sätt, än att fråga är om något, som antingen strider emot strafflagen eller andra direkta lagbud eller också mot en »högre» oskriven rätt, i vilket senare fall han givetvis icke kan ha något annat än allmänna rättsmedvetandets värdering att hålla sig till. — Tillräckligt torde vara sagt, för att man skall förstå, att lagstiftaren med ett sådant stadgande som denna 29 §, trots de mest samhällsnyttiga intentioner, dock icke *kunnat* vara bestämd enbart och direkt av samhällsnyttiga synpunkter, d. v. s. den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens intressen, utan att dessa fastmer till en del undanskymts av skolastiska rättfärdighetssynpunkter.

Kanske ännu mera förvirrande framträda dessa i avtalslagens beryktade 33 §.¹ Vad är stridande mot »tro och heder»? En person med god affärsblick genomskådar det ekonomiska läget och passar på att realisera sitt lager till förekommande av prisfall utan att underrätta köparen om sitt motivläge. Det är en erkänd sak, att sådant icke anses strida mot tro och heder. Men om säljaren av en post (icke börsnoterade) aktier vet om, att bolaget är fallfärdigt men underlåter omtala detta för den ovetande köparen, så måste detta förvisso anses stridande mot tro och heder. Att de båda fallen rättsligen måste bedömas olika är en sak för sig. Men hur skulle det vara möjligt att skilja dem åt med hänsyn till frågan om

¹ Stadgandet har följande lydelse: »Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap».

tro och heder? Mången skall under särskilda omständigheter finna det förra exemplet tyda på en moraliskt mera utpräglad ohederlighet än det senare. Och även om vissa personer tyckte sig just beträffande dessa båda fall i »tro och heder» finna en klar skillnadslinje, så skulle likväl andra ha ett motsatt omdöme. Och det är ju uppenbart, att för varje normal människas psyke fall kunna ställas, i avseende å vilka gränsen i fråga måste förefalla flytande. Detta begrepp »tro och heder» är odugligt att använda såsom norm, därför att dels en och samma person själv ofta icke kan med övertygelse bestämma sig för, om ett visst handlingssätt skall anses överensstämma eller strida med »tro och heder», dels också omdömena härutinnan växla för olika personer. Då största möjliga regelmässighet i rättsmekanismen självfallet är en betingelse för bästa tillgodoseende av samhällsnyttiga intressen, kan genast konstateras, att införandet i lagparagrafer av begrepp med denna utpräglade subjektiva karaktär, begrepp, vilka i avseende å såväl omfång som innehåll kunna bestämmas efter vars och ens förgottfinnande, måste betraktas såsom ett legislativt missgrepp.¹

»Tro och heder» står ju i fullständig paritet med »rättvisa», »billighet» och andra föreställningar i den ideologi, som *via* det s. k. allmänna rättsmedvetandet byggts upp på basis av det faktiska samhälls- eller rättsmaskineriet. Utan avtalsrättens uppehållande skulle föreställningen, att avtalen vore att tolka efter »tro och heder», sakna grund. Avtalsrätten själv kan då icke bestämmas efter »tro och heder». Sådant innebär i verkligheten en *petitio principii*. Detta framgår f. ö. redan av vad jag utvecklat angående förhållandet mellan det allmänna rättsmedvetandet och den s. k. rättsordningen.²

¹ *Köersner*, Obligationsrättskommitténs förslag till lag om avtal etc., 1915, s. 65 ff., har starkt kritiserat stadgandet ifråga med hänsyn till dess farlighet för rättssäkerheten.

² Ovan s. 77 ff.

Men låt oss något granska saken. Handlingssättets stridighet mot »tro och heder» (för korthets skull i det följande kallad »ohederlighet») kan ju, enligt allmänt erkänd tolkning av stadgandet ifråga, icke vara identisk med dess straffbarhet, icke heller därmed att det medför skadestånd som påföljd. Vilket annat *objektivt fixerbart* kriterium för i 33 § avsett handlingssätts »ohederlighet» skulle nu kunna utletas, än att handlingssättet med hänsyn till frågan »hederligt eller ohederligt?» är sådant, att rättshandlingen icke kan göras gällande? Intet. Alla resonemang därutanför äro bestämda av vårt *känsloläge*, som i sin tur har ett högst sammansatt underlag. Grundtonen i detta är visserligen bestämd av än den teoretiska insikten om än den instinktiva känslan av, att ett allmänt handlande i affärer på vad vi kalla hederligt sätt är av vikt för samhället och motsatsen skadlig. Men känslorna ifråga ha fått sin närmare konsistens genom rättsmekanismen själv, särskilt genom vissa strafflagsbud samt avtalsrätten. Sätillvida *samverka* för uppehållande av hederlighetskänslan i avseende å avtalen flera ting. Men uppenbart är att avtalsrätten själv därvid är en *conditio sine qua non*,¹ och att sålunda lagens ståndpunkt innefattar den nämnda *petitio principii*.

Dessa antydningar, i förening med vad som förut utvecklats angående rättsmedvetandets idealisering av de faktiska företeelserna, torde giva oss anvisning på vad som ligger i bakgrunden för och är *realiserbart* av detta lagens i och för sig meningslösa »tro och heder» såsom bestämmande för rättshandlingens s. k. giltighet. Den realiserbara innebörden torde vara följande. Allt sådant som utnyttjande² av medparts falska föreställningar om eller bristande förstånd för den ekonomiska innebörden av en rättshandling leder till, att denna icke kan göras gällande mot honom i annan mån, än

¹ Jfr Förra delen, s. 119 ff., ävensom ovan, s. 140 n. 1.

² Att detta enligt lagen icke behöver ha skett bevisligen medvetet är en sak, som vi i resonemanget kunna bortse ifrån.

sådant erfordras av hänsyn till rättssäkerhetens och omsättningens intressen. En sådan maxim behöver icke vara motiverad av några moraliska värderingar. Det är nämligen ett faktum, att tryggheten inom affärslivet såsom stimulans för omsättningen ökas därigenom, att angivna handlingssätt i affärstransaktioner så mycket som möjligt tillbakahålles. I sådan tillbakahållande riktning verkar givetvis det förhållandet, att sådana handlingssätt icke medföra den avsedda rättseffekten. Å andra sidan skulle både den allmänna trygghetskänslan och omsättningen bliva lidande på, om effekten av en rättshandling kunde göras problematisk genom utredning om *vilket som helst* handlingssätt av den angivna arten. Skulle en köpman, när han bragts till insikt om, att han avslutat en för honom misslyckad affär, kunna få denna att återgå genom utredning av motpartens förtigande av *vilka som helst* kunskaper i ämnet, på vilka denne byggt det för honom fördelaktiga avslutet, så inses, vilket band som därigenom skulle läggas på affärsomsättningen dels genom den alstrade otryggheten, dels också genom frånvaro av den särskilda, omsättningen stimulerande affärsiver, som i utsikten att kunna profitera av större affärskunskaper och bättre affärsblick har sin drivfjäder. Man märke därför noga följande. Motarbetandet av handlingssätt av de antydda slagen *kan* vara ett affärsintresse, men motarbetandet ifråga upphör att vara detta, i den mån detsamma måste anses skada affärsintresset. Vid bedömande av frågan, om motarbetandet ifråga måste anses ha denna skadliga karaktär, får man naturligtvis icke begränsa uppmärksamheten till det enskilda fallet. Också om utredningen i detta skulle otvetydigt giva vid handen ett handlingssätt av antytt slag, är därmed rättshandlingens (relativa) ogiltighet icke given. Man har nu att fråga sig: hur skulle det verka med hänsyn till affärstrygghet och omsättning, om en löftesgivare verkligen i allmänhet kunde av liknande anledning draga löftets giltighet i tvivelsmål?

Allt efter den frågans besvarande framgår, huruvida motarbetandet självt av det berörda »ohederliga» handlingssättet, genom antagande av rättshandlingens relativa ogiltighet, är eller icke är ett affärsintresse. Och blott såvitt det efter sådant övervägande befinnes utgöra ett affärsintresse, kan det, om man icke anlägger genom sin godtycklighet tånjbara synpunkter, få komma ifråga. Det är sådana resonemang, som leda till, att i de båda angivna exemplen säljaren i det ena men icke i det andra fallet kan rättsligen göra köpet gällande. Naturligtvis kan även med denna syn på saken fall förekomma, då större eller mindre tveksamhet uppstår och då det i sista hand måste komma an på domarens subjektiva bedömande. Men sådant måste i högre eller lägre grad gälla om allt *dömande*. En sak är att till *maxim* för dömandet uppställa subjektiva grunder. En *annan* sak är, att ett dömande med ledning av objektivt fixerbara grunder på grund av olika domares växlande kunskaper och reflektionsförmåga kan utfalla olika, m. a. o. att dömandet självt alltid är subjektivt.

Så är då vad som här utvecklats angående den realiserbara innebörden av ett sådant stadgande som 33 § avtalslagen blott en självfallen konsekvens av de synpunkter, som jag i annat sammanhang utvecklat angående grunden till ett avtals s. k. rättsliga giltighet. Det finns ingen annan real grund härtill, än att samhället behöver avtalen såsom omsättningsmedel. Såsom sådana voro de emellertid odugliga, om de icke hade en viss rättseffekt. Men därav följer också att de, om förnuftiga synpunkter anläggas, icke kunna ha en rättseffekt, som icke, allmänt sett, är motiverad av affärs- eller andra samhällsnyttiga synpunkter. Detta är den enkla och lättfattliga bakgrunden för ett sådant stadgande som 33 § i avtalslagen, såvitt ur det samma skall kunna utläsas ett realiserbart innehåll. Dess egen formulering angående den rättsliga betydelsen av »stridighet mot tro och heder» är såsom *lagstadgande* oraliser-

bart. Om formuleringen verkligen skulle läggas till grund för dömandet, skulle icke regelmässighet utan oregelmässighet bli följd. Vidare skulle formuleringens »tillämpning» även ur den synpunkt råka i strid med samhällsnyttiga intressen, att den innefattade jämväl sådan »ohederlighet», vars motarbetande enligt det föregående skulle råka i konflikt med affärslivets intressen. Det säger sig självt, att »ohederlighet» i dylika fall t. o. m. *kan* tänkas vara mera raffinerad än i sådana fall, då dess motarbetande icke råkar i denna konflikt och förty ur affärssynpunkt måste anses motiverat.

Det är uppenbart, att lagstiftaren med detta stadgande lika väl som med lagen i övrigt just avsett, att göra en samhällsnyttig insats. Med mina anmärkningar har jag endast velat visa, att realiserandet av denna avsikt icke i fullt mått kunnat ske av den anledning, att man varit fången i de skolastiska metoder, som domineras av tanken på en i sig varande rättvisa såsom bestämmande för rätten.¹

Jag har här icke haft någon anledning att beröra *Stangs* nyligen meddelade intressanta utredning om sin uppfattning angående 33 §-ens giltighetsområde.² Med utgångspunkt i den härskande åskådningen — att ett sådant stadgande överhuvud vore realiserbart enligt sin lydelse — förefaller det mig emellertid svårt att komma ifrån den av *Stang* gentemot t. ex. *Lassens* ståndpunkt hävdade åsikten, att 33 § innefattade en

¹ Till undvikande av missförstånd vill jag här endast kort nämna, att användningen av begreppet »Treu und Glauben» i 157 och 242 §§ av Tysklands B. G. B. icke är i samma grad meningslös. Ty här är fråga om en tro och heder »mit Rücksicht auf die Verkehrssitte». Tanken är också här visserligen bakvänd. Ty man tror uppenbarligen, att affärslivet bestäms av en särskild, på sig själv vilande »tro och heder», under det att det är den rättsligen reglerade omsättningen, som avsatt särskilda hedersbegrepp inom affärslivet. Men formuleringen är dock ägnad att föra den under det praktiska livets tryck arbetande domaren över till ett av *affärsbehovet bestämt* hedersbegrepp.

² T. f. R. 1930, s. 51 ff.

huvudprincip i läran om rättshandlingens ogiltighet. Såsom jag enligt det föregående ser på saken, ställer det sig givetvis annorlunda.¹

Innan jag lämnar avtalslagen, skall blott en kortfattad anmärkning angående dess 10 § göras. Stadgandet är genom sitt 2 st. ett uttryck för den tron, att fullmakten medför särskild *rättskvalitet* för den befullmäktigade, varav *sedan* följer vissa rättsverkningar. Saken är emellertid den, att fullmakten blott är en beteckning för, att dessa rättsverkningar under betingelse av vissa fakta inträda. Denna begreppsförvirring har givit anledning till en del fullmaktsskolastik, varav här blott skall erinras om den orkeslösa diskussionen angående gränslinjen mellan fullmäktigen och det »blotta» budet.

En lag sådan som *lag om försäkringsavtal* har givetvis ingen annan drivfjäder än intresset att giva medel till ökad trygghet och dymedelst stimulera den allmänna omsättningen. Men har det månne i alla viktigare punkter överhuvud varit möjligt för lagstiftaren att med sina utgångspunkter tillgodose ett sådant intresse? Låt oss ett ögonblick se på det av lagen ifråga sanktionerade institutet ansvarighetsförsäkring, ävensom den i god överensstämmelse därmed stående obligatoriska trafikförsäkringen i lagen om trafikförsäkring av motorfordon. Jag tror, att jag kan påstå, att hittills icke vederlagda grunder blivit framlagda för den uppfattningen, att skadeståndstvånget såsom påföljd av skadegörelse framför allt — såvitt samhällsnyttiga och icke orealiserbara rättfärdighetsintressen skola beaktas — har sin *raison d'être* i vikten, för alstrandet och underhållandet av allmän trygghet och dyme-

¹ I olikhet med *Køersner* synes *Stang* icke hysa några dubier angående lämpligheten att bygga ett lagstadgande på vad som strider mot, såsom det i norska lagen heter, »redelighet eller god tro»; se särskilt a. st., s. 81—84. Se även a. st., s. 56, varest det säges vara »forretningsstandens store for-tjeneste at den har banet vei for visse etiske krav og skaffet dem plads i retslivet».

delst för stimulering av den allmänna omsättningen, därav, att skadegörelserna hållas inom möjligast snäva gränser.¹ I den mån man nu kan genom försäkring befria sig från risken av skadeståndstvång, åstadkommes att *denna skadeståndets funktion för samhället upphör*. Det torde därför vara tydligt, att lagstiftaren — därest han varit frigjord från den på rättvisechimären vilande tanken, att skadeståndet *syftade* till gottgörelse åt den skadelidande, och därest han klart insett dess samhällsnyttiga betydelse till förebyggande av skadegörelser — icke skulle, åtminstone icke på det sätt som skett, ha godkänt institutet ansvarighetsförsäkring. Ett närmare ingående på saken torde här vara överflödigt. Jag kan inskränka mig till en hänvisning till mina anföranden i riksdagsdebatten före antagandet av lagen om trafikförsäkring å motorfordon.² Visserligen framträda betänkligheterna ur samhällsnyttans synpunkt i fråga om denna lag icke så starkt, enär man här utanför skadeståndstvånget kan ha prevenerande motiv dels i handlingens kriminalisering och dels i faran för den handlande själv till liv och egendom. Dock verka sådana motiv ingalunda ens här efter hela linjen.³ Och de kunna naturligtvis alls icke åberopas såsom principiellt argument för den allmänna ansvarighetsförsäkringen.

Det säger sig självt, att, såvitt man i en lag laborerar med

¹ Se härtill å s. 208 n. 1 anförda skrifter.

² Se riksdagens protokoll, A. K. 1929, n:r 22, s. 17 och s. 30.

³ I en mängd situationer kan vårdslös hantering av motorfordon *numera* vara utan *minsta* risk för föraren eller ägaren. När jag nyligen kom till en bensinstation, låg bensinmätaren där kullvräkt. Ägaren förklarade indignerad, att det nu, efter trafikförsäkringslagen, vore slut med egendomstryggheten. I detta fall hade en kund »backat» för häftigt med påföljd, att mätaren vräcks omkull. Ersättningen betalades givetvis av bolaget. Flera liknande iakttagelser av hänsynslöshet i hanteringen, så snart riskerna på detta sätt äro fullständigt borteliminerade, har jag redan inom min ringa erfarenhet hunnit göra. Mot varningar till försiktighet höres ofta chauffören åberopa sig på sin riskfrihet tack vare försäkringen.

äganderätten på det sätt, att föreskrifternas avsedda reella innehåll vare sig direkt eller indirekt (d. v. s. med hänsyn till sin motiverande grund) bygger på denna äganderätt, kan en sådan lag icke vara uttryck för några samhällsnyttiga intressen. Detta följer med nödvändighet av min utredning i Förra delen om äganderättsbegreppets överklighet. *Såvitt* en person till förverkligande av enligt sin egen mening än så nyttiga intentioner låte sig *bestämmas* av en chimär, kunde givetvis intet verkligen nyttigt åstadkommas. Att nu ifrågasvarande lagar likväl kunna vara till större eller mindre gagn för samhället beror dels därpå, att de i allmänhet icke få sitt innehåll bestämt *endast* av det chimäriska i äganderättsföreställningen utan åtminstone indirekt jämväl av de realiteter, som dölja sig under densamma, dels också därpå att rättspraxis, där det levande livet i samhället merendels omedelbart utövar sitt tryck, ofta gör vad den kan för att pressa in ett samhällsnyttigt innehåll i ett ur sådan synpunkt mindre lyckligt lagrum.

Jag skall nu först beröra ett par stadganden, som *direkt* bygga på äganderättsföreställningen, och erinrar därvid först om 4 § i *lag ang. vad till fast egendom är att hänföra*. Den i första punkten av detta stadgande uttalade principen saknar realiserbart innehåll.¹ Det är här uppenbarligen fråga om äganderätten rent *in abstracto*. Sådant vållar dock ofta inga särskilda svårigheter, nämligen såvitt ett stadgande går att tillfredsställande tolka genom att betrakta äganderätten blott såsom en *beteckning* för vissa realiteter, vilka för en sådan tolkning icke behöva närmare fixeras. I dylik händelse är en sådan fixering överflödig, därför att i det ifrågasvarande sammanhanget dels icke någon uppdelning av dessa realiteter på

¹ Punkten lyder sålunda: »Har någon efter särskilt stadgande eller på annan emot en var gällande grund äganderätt till byggnad eller annat, som, efter ty i 2 eller 3 § sägs, skulle till annans fasta egendom höra, då må det ej till den fasta egendomen räknas».

olika händer kommer ifråga, dels icke heller några dubier uppstå, till vilken person enligt stadgandet realiterna hänföra sig. Helt annorlunda i förevarande fall. Här kan det råka i sådan strid med det uppenbart gagneliga att på dylikt sätt följa lagen, att ingen förnuftig domare skulle kunna förmå sig därtill. Situationen kan vidare bliva sådan, att, även om det icke innebure den rena absurditeten att taga lagen till ledning, sådant dock vid närmare eftersinnande vore ur den allmänna omsättningens synpunkt betänkligt. Vid försöket att *använda* detta stadgande är det givet, att man icke kan låta detsamma avse själva äganderättschimären. Ty då *bleve* det ju icke användbart. Man har därför att se, hur det ställer sig, om man låter stadgandets »äganderätt» stå blott som en beteckning för de realiteter, som ligga bakom den allmänt rådande jurisprudensens uppfattning om äganderätten. Innebörden av stadgandet skulle då för att taga ett exempel bli följande. En firma levererar en hiss till ett under uppförande varande hus. Firman har naturligtvis »på emot en var gällande grund» äganderätt till hissen, d. v. s. firman har — för att nu inlägga de realiteter, som framför allt kunna komma ifråga — i avseende å hissen i det hela alla slags handlingsmöjligheter utan att befara för densamma menliga rättsreaktioner, under det att var och en annan, som »intervenerar», är underkastad sådana. Detta utgör i största korthet realiteten i uttrycket »äganderätt på emot envar gällande grund». Förbehåller sig nu firman vid leveransen, att »äganderätten» skulle förbliva hos firman, intill dess likviden helt eller delvis erlagts, så blir ju resultatet — eftersom varken av lagen ifråga, annan lag eller jurisprudensens läror framgår annat, än att sådant förbehåll hade på vanligt sätt full verkan¹ — att firman också efter leveransen hade på emot en-

¹ Lagen om avbetalningsköp förutsätter ju såsom något självfallet, att en säljare kan förbehålla sig, att »äganderätten» tillsvidare, oaktat godsets avlämnande, kan förbliva hos honom.

var gällande grund äganderätt till hissen och denna sålunda, intill dess likvid för densamma erlagts, icke kunde räknas till den fasta egendomen, givetvis oavsett om denna komme att realiseras för fastighetsägarens borgenärers räkning eller icke. Detta resultat, som domstolarna stundom sett sig nödsakade att godtaga, är det enda möjliga efter lagstadgandets formulering, sedd mot bakgrunden av härskande rättsuppfattning — men det står, såsom också numera inses av rättspraxis,¹ i strid med den allmänna fastighetsomsättningens och fastighetskreditens intressen.² En tillämpning på detta sätt av stadgandet — och ett »annat sätt» innebär, att stadgandet alls icke användes — skulle också, såsom jag redan antytt, kunna leda till den rena absurditeten. Detta vore händelsen, om det förelåge ett »äganderättsförbehåll» i samband med leverans av material, som på sådant sätt sammanfogats med byggnaden, att det icke utan väsentlig skada för denna kunde borttagas. Lagens orimlighet framträder i dylika fall så tydligt, att rättspraxis alls icke reflekterat på att här använda densamma. — Stadgandet ifråga, jämfört med hur det dömes, torde kunna användas som lämpligt åskådningsmaterial till bedömande av vad jag ovan, s. 95 ff., sökt utveckla angående »gällande rätt».

Jag torde icke behöva närmare utföra, att sådana för den allmänna tryggheten och omsättningen allt annat än gagneliga stadganden som det nu berörda ha sin grund i den av mig i Förre delen kritiserade äganderättsföreställningen. Hade lagstiftaren förstått, att det icke finns någon äganderätt och att realiteterna, på basis av vilka äganderättsideologien byggts upp, endast äro det samlade resultatet av en mängd »rättsreglers» uppehållande, hade ett sådant laguttalande som det nu

¹ Se särskilt plenardomen i N. J. A. 1918, s. 441.

² Se härom min Byggnadsborgenärernas rättsliga ställning, 1917, s. 20 f. Min behandling i övrigt i detta arbete av stadgandet ifråga är delvis förfelad. Jag hade på den tiden icke ännu hunnit frigöra mig från de skolastiska tankegångarna.

berörda näppeligen kunnat givas. Här är det just, till skillnad från den stora mängden »äganderätten» förutsättande stadganden, av *omedelbar* betydelse för en tillämpning, som icke skall varda för det allmänna skadlig, att realiteterna fixeras. Därför går det här icke att använda äganderätten ens såsom en beteckning.

På tal om äganderättsförbehåll kan i förbigående också erinras om, huru äganderättsfiktionen genom 1 § i *lagen om avbetalningsköp* länder till förfång för ett nyttigt hänsynstagande till den allmänna omsättningens intressen. I detta stadgande förutsättes såsom något självfallet, att säljaren kan i köpet förbehålla sig »äganderätten» till det sålda tillsvidare. Här åsyftas »äganderätten» *in abstracto*. Visserligen är denna detsamma som ingenting. Men eftersom enligt härskande rättslära ur denna »äganderätt» skall följa en mängd realiteter, här bl. a. att godset i händelse av köparens insolvens icke får användas till borgenärernas förnöjande utan kan återtagas av säljaren, så leder en *realiserbar* tolkning av stadgandet *närmast* till att efter ett avbetalningsköp denna för säljaren förmånliga situation inträder. Detta torde också vara den gängse åsikten.

På detta sätt kommer emellertid stadgandet i konflikt med såväl grunden för lösöre köpsförordningen som grunden till vad som *e contrario* framgår av 41 § köpelagen, såvitt dessa grunder bestå i hänsyn till den allmänna krediten.¹ Hade man haft blick för vad den s. k. äganderätten i verkligheten kan röra sig om, så hade det näppeligen varit möjligt att låta ett s. k. äganderättsförbehåll medföra vindikationsmöjlighet för säljaren, annat än såvitt dylik vore förenlig med hänsynstagande till det allmänna kreditintresset.

¹ Se härom min Byggnadsborgenärerna etc., s. 23 f. Utförandet av synpunkterna skedde här, såsom förut nämnts, på en tid, då jag ännu icke till fullo förstod äganderättens fiktiva natur och vilka realiteter, som underhöll äganderättsföreställningen.

*Äganderättskonstruktionen framför allt ett indirekt hinder
för beaktande av samhällsnyttiga intressen.*

Jag har härovan berört ett par stadganden, i vilka äganderättskonstruktionen *direkt* kommit att inverka på innehållet till förfång för ett hänsynstagande till samhällsnyttiga intressen. De äro givetvis blott att fatta såsom stickprov. Vad den ideella äganderättsföreställningen *indirekt* betytt för våra lagar, såsom ingående i det motivläge, varav dessa bestämts, utgör det, snart sagt, en vetenskap för sig att utreda. Att expropriationsrätten till stor del influerats av den falska tron på äganderättens existens kan icke bestridas. Hade man förstått, att »äganderätten» intet annat är än en konsekvens av eller en annan sida av rättsmekanismens uppehållande, och att denna i sin tur, såvida man icke ledes av chimäriska rättsintressen, icke kunde bestämmas av annat än hänsyn till vad som på varje tid uppfattas såsom gagneligt för samhällets bestånd och utveckling — hade man klart förstått detta, då skulle givetvis expropriationslagstiftningen ha kommit in under ett perspektiv, väsentligen skilt från det nu rådande. Liknande gäller alla lagstiftningsfrågor, i vilka samhällsutvecklingen kommit att på ett mera märkbart sätt tillspetsa konflikten mellan »ägarens» och andras intressen. Jag behöver blott erinra om diskussionerna kring t. ex. hyresrätten, arvsrätten och laglotten.

I avseende å hyresrätten får jag hänvisa till min i ämnet gjorda framställning.¹ Mina synpunkter hava emellertid blivit

¹ Se min Förberedande utredning av vissa principer för en reformering av hyresrätten, 1923, senare hälften. När jag där, liksom på andra ställen, talat om äganderättens sociala funktion, så är detta, såsom läsaren torde inse, endast att fatta såsom uttryckssätt för korthetens skull. Jag bestrider ju äganderättsbegreppets logiska möjlighet och kan därför icke mena, att äganderätten har en social funktion. Vad jag åsyftat, har varit den sociala funktionen hos rättsmekanismen, såvitt denna leder till den ställning för en person i avseende å ett ting, som vi kalla äganderätt till detsamma.

mycket skarpt kritiserade i ett av socialstyrelsen den 26 november 1925 avgivet yttrande. Denna kritik torde dock här vara utan större intresse,¹ eftersom den blott i förbigående berör den av mig utredda teoretiska grundvalen och, såvitt den berör densamma, missförstått saken. Om just *mina* mera allmänt hållna utformningar på basis av denna grundval varit lyckade eller icke är givetvis av fullkomligt underordnad betydelse i jämförelse med de nya utgångspunkter för en diskussion av frågan, som jag framlagt. Andra kunna ju i avseende å sådana utformningar ha större förmåga och mera tid till sitt förfogande än undertecknad. Dessa utformningar gjordes endast såsom antydningar av de möjligheter, vilka enligt min mening yppade sig på basis av den utredda grundvalen, och av de metoder, som, likaledes enligt min ringa mening, kunde användas. Märk i sådant avseende såväl arbetets titel som anmärkningarna å s. 7. — Socialstyrelsen har nu beträffande min grundåskådning tydligen den uppfattning, att densamma slår in öppna dörrar. Det heter nämligen under rubriken »äganderätten» följande:

»Författaren polemiserar mot sådana åskådningar, som skulle avböja en (hyresgästs) prioritetsrätt allenast under hänvisning till att en sådan rätt utgjorde ett intrång i äganderätten. Utan att man behöver till närmare bedömande upptaga författarens härutinnan förda allmänna, rättsfilosofiska utläggningar, torde man få instämma med honom däri, att äganderätten är på allehanda sätt alltför kringskuren för att i och för sig kunna betraktas såsom en absolut rättighet. Även om man bortser från praktiska exempel från krisåren, behöver man ej gå långt för att finna även under normala förhållanden gällande, av allmänt väl betingade inskränkningar i den fria dispositionsrätten över egendom. Särskilt gälla sådana inskränkningar just ifråga om fast egendom i stad (expropriationsrätt till byggnadsmark, byggnadsbestämmelser o. s. v.). Den omständigheten, att en prioritetsrätt skulle innebära en viss inskränkning i äganderätten, synes sålunda i och för sig

¹ Att jag likväl här berör socialstyrelsens kritik beror dels därpå, att jag hittills icke haft något tillfälle att bemöta densamma, och dels därpå att saken dock i detta sammanhang har ett visst intresse.

ej behöva innebära något skrämmande, som kunde utgöra hinder för dess genomförande, om allmänt väl fordrade det eller kunde främjas därav.»

Med detta uttalande har socialstyrelsen visat, att densamma står främmande för kärnpunkten i det, som jag velat föra fram. Styrelsen tror, att mina anmärkningar mot de gängse äganderättsföreställningarna ginge därpå ut, att äganderätten icke kunde ha absolut karaktär utan måste tåla vissa inskränkningar, så att ägarens intressen i vissa fall finge maka åt sig för andra intressen. Men vad jag opponerar emot är i verkligheten något helt annat, nämligen själva *äganderättstanken*, såsom *logiskt omöjlig*. Jag anmärker på, att man icke förstått, att »äganderätten» blott är en konsekvens av rättsmekanismens uppehållande i vissa avseenden och opponerar emot tron på en på sig själv vilande äganderätt, en äganderätt *in abstracto*. Tanken, att äganderätten vore absolut, är något för sig, som följer logiskt ur föreställningen om en äganderätt *in abstracto*. När nu jurisprudence, med bibehållen tro på äganderättens (*in abstracto*) existens, börjat frångå sin gamla uppfattning om äganderättens absoluta karaktär, så är detta endast en kovändning, föranledd av ett omedelbart och oemotståndligt tryck från det praktiska livet. Ur synpunkten av förnuftig grundval för lagstiftning är med sådan »korrigerings», som faktiskt innefattar *uppgivandet av konsekvenserna* av hela grundåskådningen, icke mycket vunnet. Den skolastiska förvirringen har snarare ökat, såsom jag flerstädes framhållit.¹ Genom att på detta sätt totalt förbise innebörden i min kritik av äganderättsföreställningen² har styrelsen haft särskilda svårigheter att fatta det väsentliga i vad jag velat hävda angående prioritetsrätten. Här är nu icke platsen att

¹ Se t. ex. Förra delen, s. 63 ff.

² Vare detta icke sagt såsom någon undervärdering av styrelsens skarpsinnighet. Vad jag ställt upp gentemot härskande rättsåskådning torde verkligen få anses ha en ganska djupt omvälvande karaktär. I varje fall har ännu ingen av mina kritiker visat sig kunna fatta hela sammanhanget.

rätta till styrelsens misstag, men då jag hittills icke haft något tillfälle att bemöta yttrandet, må det dock tillåtas mig att beröra en punkt, som i detta sammanhang har särskilt intresse. Jag hade till ökning i trygghet för hyresgäster framfört tanken, att deras s. k. prioritetsrätt till en lägenhet skulle anordnas på det sätt, att hyresvärden visserligen icke kunde förhindras att med hittillsvarande effekt uppsäga hyresgästen till avflyttning, men att, om hyresgästen icke vore villig avflytta, sådan uppsägning skulle draga skadeståndstvång med sig, därest icke särskilda förutsättningar vore för handen.¹ Härtill gör nu styrelsen bl. a. följande anmärkningar:

»Enligt författaren skulle emellertid fruktan för dylik skadeståndsplikt i allmänhet verka avkylande på husägarens benägenhet att säga upp hyresavtal och därmed indirekt främja det avsedda ändamålet. Osannolikt är ej heller, att hyresavtalens faktiska giltighet i genomsnitt skulle bli något längre än nu är fallet. *Skillnaden bleve emellertid endast en grad-, icke en artskillnad.* Och det är icke en dylik gradskillnad man åsyftar, kanske icke ens en genomsnittlig förlängning av hyrestiderna. De faktiska hyrestiderna torde även nu ofta vara mycket långa. Vad man syftar till är att bereda hyresgästen trygghet att, så länge han det önskar, bevara en viss hyresrätt. Denna trygghet bereder förslaget ej.

Sannolikt skulle husvärden finna sig i ganska långt gående inskränkningar i rätten att ekonomiskt utnyttja sin fastighet hellre än att bli ställd inför eventualiteten att få vidkännas ekonomiska förluster för åtgärder, som han ansett i allo lojala. Att exempelvis säga upp en hyresgäst i syfte att bereda bostad åt en son, som står i begrepp att ingå äktenskap, kan man ej förvänta, att en husägare skall anse såsom en illojal handling. Redan det, att en rättegång inleddes mot honom, skulle han känna förödmjukande och förhatligt. Och bleve han dömd att utgiva skadestånd, låge häri alltid ett straffliknande moment, som måste kännas mer eller mindre nedsättande. Styrelsen har vid flera tillfällen känt sig föranlåten att varna mot lagstiftningsåtgärder, som kunde anses innebära en kriminalisering eller få visst släktttycke med kriminalisering av vissa sidor av fastighetsägaryrkets funktioner. Sådana åtgärder skulle nämligen vara ägnade att från fastighetsägarkåren driva bort de bättre elementen och ersätta dem med mindre känsliga, men kanske också mindre nogräknade personer, vilka icke kände sig be-

¹ Se min Förberedande utredning etc., bl. a. s. 92—105 och s. 108 ff.

svärade av processer och andra obehag. Hyresgästerna skulle icke vinna på ett sådant ombyte. Författaren har med energi förfäktat satsen om »husäganderättens sociala funktion», men han har därvid ensidigt tagit sikte på att värna det ekonomiska utbytet av verksamheten och förbisett, att de mellanhavanden med rättvisan, som hans förslag skulle leda till för husägarnas vidkommande, stå i den mest flagranta motsättning till nämnda 'sociala funktion'.

Detta uttalande är nu just ett uttryck för bristande förståelse för min kritik av rättighetschimären och min analys av vad som är verkligt under föreställningen om en rättighet. Naturligtvis kunde man tänka sig en sådan anordning av »prioritetsrätten», att hyresgästen utan hinder av uppsägning finge sitta kvar i avvaktan på domstolens utslag angående de lagliga förutsättningarna för uppsägning. Jag hade också uttryckligen räknat med denna möjlighet, men funnit densamma i princip onödigt betungande för en hyresvärd samt även i övrigt behäftad med mindre lämpliga konsekvenser. Naturligtvis kan mitt omdöme härutinnan ha varit vilselett, en sak som styrelsen dock uraktlåtit att påvisa. Dess nu citerade uttalande förefaller så mycket egendomligare, som jag särskilt bemödat mig om att förebygga den däri inneslutna missuppfattningen.¹ »Rättigheter» utan möjlighet till rätts-

¹ Å s. 100 f. i min Förberedande utredning etc. hade jag gjort följande erinringar efter en utveckling av min ståndpunkt:

»Det förefaller sålunda verkligen, som om på detta sätt medel att effektivt uppehålla prioritetsrätten finnas, utan att hyresgästen skulle ha rätt att ens vid uppenbart obehöriga hyreskrav av husägaren få stanna kvar för att avvakta avhysningsprocessen. Att sådant på intet sätt skulle innebära ett uppgivande av vad som här kallas prioritetsrätt är vid någon reflexion ganska klart. Visserligen torde den allmänna föreställningen se såsom ett väsentligt moment exempelvis i äganderätten, att en person efter stöld eller förskingring av sin egendom kan återkräva densamma. Dylik föreställning beror emellertid på synvilla. Det är något ganska *oväsentligt* för äganderätten, att det stulna godset kan återkrävas. Vad som giver äganderätten dess konsistens i dylikt avseende är framför allt detta, att det allmänna med-

vetandet om, att tjuvar och förskingrare straffas och få betala skadestånd. Åstadkommer att man i *allmänhet får ha sin egendom i fred*. Om man i det enskilda fallet får den åter eller icke är för bedömande av äganderättens betydelse i samhället högst oväsentligt, såsom också ådagalägges därav, att man *merendels icke får sin egendom åter*. På analogt sätt förhåller det sig här. Det väsentliga i prioritetsrätten är icke, att husägarna icke i något enstaka fall, trots det att prioritetsrättsförutsättningarna äro förhanden, kunna utesluta en hyresgäst från lägenheten. Utan det väsentliga är, att de i *allmänhet icke våga handla på sådant sätt*. [Not: Naturligtvis behöver man icke gå till straffrätten för att få analogier till belysning av det sagda. Tag endast en vilken som helst obligatorisk rätt på utfående av vare sig sak- eller arbetsprestation! Rätten består här strängt taget *icke i något annat än att få ersättning*, om icke prestationen fullgöres. Möjligheten att vid sakprestation (lös sak) få tvångsexekution in natura är icke blott av oväsentlig utan även av *tillfällig* karaktär: gäldenären kan i allmänhet efter sitt gottfinnande göra den illusorisk.] Vad som nu skulle vinnas genom att på angivet sätt ordna den processuella sidan av saken vore, dels att man i vräkningsförfarandet helt och hållet befriades från att avgöra hithörande frågor, och dels att man undginge denna osäkerhet, som, genom hyresgästens kvarstannande och *eventualiteten* i befogenheten till detsamma, skulle kunna uppstå för såväl parterna som tredjeman angående frågan, vem som till sist skulle ha rätt att för framtiden innehava lägenheten. Till förekommande av vissa invändningar mot detta sätt att arrangera prioritetsrätten må ytterligare framhåvas följande. Den härskande jurisprudensen ser ju saken så, att skadeståndsskyldighet *förutsätter* att en *rätt* (retsgode el. dyl.) har blivit kränkt. När prioritetsrätten i mening av rätt att kvarstanna nu skall upphöra i och med den bristande enigheten angående hyran, så måste jurisprudensen sålunda hävda att skadeståndsskyldighet här vore något »juridiskt» oacceptabelt. Härtill är emellertid att säga, att denna jurisprudensens förutsättning — såsom jag utvecklat i mina skrifter — beror på en cirkel i tankegången, den gängse förväxlingen, som gör rättsregelns verkan till dess grund. Saken ligger — med det av mig föreslagna arrangemanget — så, att *prioritetsrätten just yttrar sig däri*, att husägaren blir skadeståndsskyldig, om han genom denna kvalificerade hyresökning föranleder hyresgästens avflyttning. Att skadeståndet här måste utgå oberoende av husägares culpa beror på skäl av sådan art, som jag likaledes utvecklat i mina skrifter och därför icke här behöver närmare redogöra för.»

När jag här använt ordet »prioritetsrätt» har det — liksom i fråga om »äganderätt» och »husäganderätt» — blott skett såsom en beteckning för vissa realiteter, såsom ju också tydligt framgår av innehållet.

tvister tillhöra endast en fantastisk värld. Med sådana kan icke den räkna, som har kunskap om, att realiteten i rättigheten icke kan vara något annat, än som följer därav, att i viss ordning process kan föras och exekution av dom kan meddelas. De anmärkningar, som här framställts mot min ståndpunkt, äro av sådan art, att de, om man vore konsekvent, måste framställas mot antagandet av snart sagt varje s. k. rättsförhållande. Kan man påstå, att vår lag icke giver en testamentstagare tillräcklig trygghet, därför att arvinge kan bestrida testamentets giltighet och förändra process därom? Men risken av skadeståndstvång skulle ju enligt styrelsen vara så kränkande för de bättre, mera finkänsliga elementen inom fastighetsägarekåren! Kunna icke också nu skadeståndsprocesser etableras mellan husägare och hyresgäst? Styrelsen anbefalles att studera 2 § i Förra delen, varav framgår att det utmärkande för ett s. k. obligatoriskt rättsförhållande icke är någonting annat än framförallt detta, att skadeståndstvång inträder, om man icke handlar på visst sätt. När styrelsen ordar om kriminalisering, så tyder ju detta endast därpå, att styrelsen icke hunnit tillfullo sätta sig in i frågeställningen. — Antages en lag i enlighet med den av mig framförda tanken, så skulle väl husägarne veta att rätta sig efter densamma. Förvisso skulle icke de bättre och finkänsligare elementen finna sådana handlingssätt lojala, vilka stode i strid med en lag, som framdrivits uteslutande av ett starkt samhälleligt intresse, och i vilken man till det yttersta bemödat sig om just att beakta sådana synpunkter, som framgår av vad jag tillåtit mig kalla husäganderättens sociala funktion. Den i citatet från socialstyrelsens betänkande såsom exempel anförda uppsägningen anses visserligen icke *nu* vara en illojal handling. Men en sådan åsikt skulle givetvis icke i längden stå sig efter antagandet och uppehållandet av en sådan lag i ämnet, som i min utredning ifrågasättes.

Med fullt fog påpekar styrelsen dock, att frågan om skadeståndet har sina betänkliga sidor. Men styrelsen glömmar därvid, att jag erinrat om, att svårigheterna likväl icke äro större utan snarare mindre än i avseende å skadestånd i tryckfrihetsmål, ärekränkningsmål samt mål om ersättning för »sveda och värk» och annan skada av icke ekonomisk art.¹ — Även i andra avseenden har styrelsen framfört beaktansvärda anmärkningar. Men i det hela torde kunna sägas, att styrelsens utredning på grund av missuppfattning angående vissa realiteter inom rättslivet icke kan tillmätas den betydelse i frågan, som styrelsen tydligtvis själv förmenar.²

Vad arvsrätten beträffar skall jag — för att icke förirra mig utanför ramen av denna framställning — angående betydelsen för hithörande lagstiftning av en analys av realiteterna bakom äganderättsföreställningen inskränka mig till en erinran om mina anmärkningar i Förra delen, s. 115 f. Också

¹ Se min Förberedande utredning etc., s. 99 f. Beakta även ett så sent stadgande som kollektivavtalslagens 8 § 2 st.

² Med ovanstående har jag på intet sätt åt min utredning velat vindicera skenet av vare sig fullständighet eller felfrihet. Jag arbetade med densamma, innefattande jämväl en ganska svåråtkomlig redogörelse för engelsk, amerikansk och fransk rätt (se härom s. 6 i utredningen), under trycket av uppdragsvillkoret, att utredningen skulle vara färdig inom viss kortare tid. I allt har jag icke heller använt mera än knappa 8 månader. Själv fattade jag utredningen, såvitt den angick reformlinjerna, endast såsom antydande uppslag, grundade på en omvälvande kritik av gängse åskådningssätt. Jag hade aldrig tänkt mig annat, än att, innan en sådan fullkomligt ny och egenartad lagstiftningsfråga ventilerades inför allehanda myndigheter, en kritisk sovring, komplettering och bearbetning skulle ha företagits av en därtill särskilt skickad kommitté under ordförandeskap av en fördomsfri och skarpsinnig jurist. Detta är icke någon efterhandsklokhed utan överensstämmer med vad jag givit uttryck åt i utredningen, varom se särskilt s. 7. Det torde alltjämt icke kunna anses försent utan vara att hoppas, att en justitieminister föranstaltar om en förnyad granskning av mina synpunkter, anordnad med särskild hänsyn till frågans ur allmänt rättsliga synpunkter *synnerligen svårlösta beskaffenhet*.

i laglotsfrågan kan jag begränsa mig till ett föregående uttalande.¹

*

*

*

Härmed torde jag ha fullgjort åtagandet att giva blott några påpekanden till stöd för påståendet, att även nutida lagstiftaren genom sin bundenhet vid vissa jurisprudensens konstruktioner, trots de bästa intentioner, icke *kan* vara i stånd att helt tillgodose samhällslivets intressen. Jag har huvudsakligen hållit mig till inom mitt eget ämne (obligationsrätten) fallande stadganden. Jag har med avsikt underlåtit att beröra t. ex. lagrummen angående de s. k. förmögenhetsbrotten, betraktade mot bakgrunden av realiteterna under rättighetsbegreppet. Det säger sig självt, att en fullständig kritik ur förevarande synpunkter av vår civil- och straffrätt skulle, såsom jag redan antytt, kräva vida mer än t. o. m. ett helt livsverk.

Detta oaktat råka *rättsvetenskapens* läror i vida skarpare motsättning till samhällsnyttiga synpunkter, än själva *lagstiftningen* gör. Detta torde också framgå av den föregående framställningen med däri gjorda hänvisningar. Förklaringen därtill är påtaglig. Lagstiftningen framdrives städse direkt av det samhällseliga behovet, och lagens betydelse för den stora mängden människor, som därav kunna beröras, gör sig för lagstiftaren omedelbart påmint. Därigenom kommer lagstiftarens uppmärksamhet på ett mera oemotståndligt sätt än rättsvetenskapens att inriktas på samhällseliga synpunkter. Vidare meddelar lagstiftaren i allmänhet blott mycket generella¹ maximer, just överlåtande åt rättsvetenskapen att närmare utlägga lagtexten, i vilken man förmärker — dock tyvärr numera kanske något mindre än tillföre — en strävan till frigörelse i görligaste mån från rådande doktriner och

¹ Se mitt yttrande emot antagande av lag om arvsavtal, Riksdagens protokoll 1930, A. K. n:r 19, s. 37 ff.

juridiska begrepp. I sin utläggning av texten känner sig rättsvetenskapen givetvis — såvitt lagorden icke lägga hinder i vägen — bunden av sina egna läror. Då dessa äro bemängda med rättsskolastiska synpunkter, måste konsekvensen bli, att rättsvetenskapen kommer i skarpare konflikt med verkligheten än lagstiftaren. Angående rättspraxis må helt kort sägas, att livets eget tryck här gör sig särskilt starkt gällande. Den korrigerar därför ofta rättsvetenskapen och stundom, såsom vi sett, även lagstiftaren. Men i det stora hela måste sägas, att den — självfallet för övrigt — icke förmått frigöra sig från den härskande rättsvetenskapens läror.

Samhällsnyttans beaktande i juridiken oundvikligt.

I mina föregående skrifter har jag icke haft nog utrymme att så utförligt som nu uppehålla mig vid en utredning av betydelsen av samhällsnyttan som motiv inom rätten. De alltför kortfattade framställningarne¹ hava lätt kunnat missförstås. När jag sålunda hävdade, att det, trots de falska rättskonstruktionerna, är samhällsnyttiga intressen, som bestämma rätten, så råkar detta i viss strid med vad jag här ovan utvecklat, nämligen att en kamp rätt och alltjämt råder mellan de samhällsnyttiga synpunkterna och de chimäriska rättsynpunkterna. Jag har emellertid också i föregående framställningar endast velat säga, att intresset för det allmänna bästa är så starkt, att det, även när det på grund av falska föreställningar icke kan direkt göra sig gällande i lagstiftningen, merendels indirekt är av betydelse på det sätt, att de ideella rättssynpunkterna dock influerats av samhällsnyttiga intressen, och detta ofta just till sin upprinnelse, så att rättschimären framträder såsom en ideologisk överbyggnad på sociala förhållanden. En sak för sig är givetvis, att de chimäriska synpunkterna, detta oaktat, just genom sin chimä-

¹ Den utförligaste i min »Superstition or rationality etc.», s. 129 ff.

riska natur kunna förmå lagstiftaren till för samhället onyttiga lagar och, i ännu högre grad, jurisprudence till för samhället onyttiga tolkningar.

Sedan jag emellertid nu i det föregående kunnat konstatera, att dock faktiskt intresset för människornas liv i samhället spelar roll för både lagstiftningen och jurisprudence i trängre mening (däri inbegripen även rättspraxis), skall jag nu göra vissa erinringar till stöd för min tes, att det är oundvikligt, att detta intresse, genombrytande alla falska rättsföreställningar, tränger sig fram till en sådan betydelse.¹

Om jag nu först håller mig till lagstiftaren, så är det ju givet, åtminstone i princip, att han icke stiftar lagar utan att själv ha någon mening med dem, d. v. s. utan att känna sig bestämd av något intresse, som med lagstiftningen skall fullföljas. Med den mångenstädes stora roll, som de (historiskt) positivistiska rättstankarna spela, måste ett ögonblick reflekteras däröver, huruvida lagstiftaren, åtminstone i särskilda fall, bestämdes av intresset att giva lagformulerade uttryck åt »positiv» eller »gällande rätt». Att, såsom jag ovan sökt visa, det som man härmed föreställer sig icke finns, behöver ej vara något hinder. Ty till en viss gräns kan lagstiftaren tänkas vara bestämd av irrationella motiv. Vi ha i det föregående sett exempel härpå. Likväl har det föga intresse att efterforska något »positivrättsligt» intresse såsom bestämmande för lagstiftarens handlingssätt. Detta torde framgå av den analys av »positiv rätt», som i det föregående givits. Denna visar nämligen, att »positiv rätt» blott är en ideologisk överbyggnad på de resultat, som man kommer till efter vissa tankeoperationer, i vilka huvudfaktorerna äro dels det all-

¹ Jag hänvisar här till min anmärkning ovan s. 187 där jag framhållit, att jag känner mig fritagen från ett djupare ingående på samhällsmekanismen, vilket av praktiska skäl måste tillhöra andra vetenskaper. Jag talar alltså i det följande blott mycket allmänt om lagstiftarens (se ovan, s. 211 n. 1) och jurisprudencens verksamhet.

männas rättsmedvetandet och dels direkt samhällliga intressen, däribland då också nyttan för det allmänna av lagar och av dessas samstämmighet.

Bortser man tillsvidare från samhällsnyttan har man alltså närmast att beakta det allmänna rättsmedvetandets synpunkter såsom bestämmande för lagstiftningsintresset. Onekligen är det så, att rättsmedvetandet skjuter sig fram såsom bestämmande för lagstiftaren. Men nu framgår av det föregående jämte däri gjorda hänvisningar,¹ att rättsmedvetandets föreställningar utgöras av människornas känslor, sådana som dessa utformats under trycket av social instinkt, samt av medvetandet om samhällets betydelse för människorna och om rättsmaskineriets nödvändighet för samhället, vidare ock under trycket av den allmänna värdering angående människors handlingssätt, som alstrats genom detta maskineri, d. v. s. genom uppehållande av avtalsrätt, straffrätt, skadeståndsrätt o. s. v. Att nu lagstiftaren kan låta sig ledas av något så irrationellt som vissa bland människorna förhärskande *känslor* möjliggöres naturligtvis endast därigenom, att dessa känslor just äro sådana som de äro, d. v. s. i viss grad korrespondera med vissa reella intressen av sådan art, att de förnuftigtvis kunna hava betydelse för en lagstiftare. Då dessa intressen äro de samhällliga intressena, så måste det givetvis vara just detta förhållande, som gör, att lagstiftaren kan vilja följa rättsmedvetandet. Och då denna överensstämmelse mellan rättskänslorna och samhällsnyttiga intressen, efter vad som visats, just beror på, att de förra fått sin allmänna inriktning genom de senare, så är det ju givet, att åberopandet av rättsmedvetandets synpunkter såsom motiv för lagstiftaren icke närmare kan angeva det verkliga läget, som är, att samhällliga intressen ligga i bakgrunden, låt vara mer eller mindre förvanskade genom de irrationella moment, som alltid måste tillföras genom

¹ Ovan, särskilt s. 77 ff.

känslorna. Underlåter en *lagstiftare* åter att repliera på rättsmedvetandet, så är det ju mycket svårt, åtminstone i våra tider, att utleta något annat motiv för de stiftade lagarnes innehåll, än att de äro nyttiga för *det samhälle*, som *lagstiftningen* avser. Rent teoretiskt är det visserligen tänkbart, att lagstiftaren bestämdes av enskilda personers eller av en viss klass' intressen, utan att dessa behövde sammanfalla med det samhälleliga intresset. Men i våra dagar är trycket från det allmännas sida på lagstiftaren alltför starkt, för att sådant annorlunda än genom rena misstag eller falskariér skulle kunna ske. Förr kunde visserligen i lagarna beaktas intressen, som blott hade betydelse för vissa mäktiga enskilda eller för en viss styrande klass. Men numera, då individens och klassens medvetande om sina egna möjligheter har blivit icke blott väckt utan i hög grad utbildat, och i samband därmed kritiken av klasssamhällets moral blivit lika allmän som vaksam, är det principiellt uteslutet att stifta andra lagar än sådana, som kunna för allmänheten motiveras därmed, att de äro direkt eller indirekt nyttiga för i stort sett alla i samhället.

Vare sig lagstiftaren rådfrågar rättsmedvetandet eller icke, kommer lagstiftningen sålunda att influeras av rådande uppfattning om vad som bäst överensstämmer med samhällets intressen. Visserligen fördunklas lagstiftarens blick för det samhällsnyttiga, när han följer av rättsmedvetandet utstakade linjer. Men detta leder i förevarande sammanhang, enligt det nyss sagda, endast till den reflexionen, att en lagstiftare, som hade full insikt om rättsmedvetandets irrationella karaktär, icke längre skulle söka stöd för lagarna i rättsmedvetandet utan beakta dess postulat, endast i den mån sådant beaktande vore påkallat av hänsyn till det allmänna bästa.

Av det sagda torde följa nödvändigheten även för *jurisprudensen* — såvitt den icke är fången i chimäriska föreställningar om rättens grund och betydelse och såvitt den vill

handla på ett sätt, som låter på ett för allmänheten uppfattbart sätt motivera sig — att *utgå* från samhällsnyttan såsom det för lagstiftaren bestämmande intresset. Emellertid har jurisprudence icke blott att söka sig tillbaka till det intresse, som tagit sig uttryck i given lag. Den har också att såsom en kvasilagstiftare självständigt utlägga lagen i sådana fall, där den historiska metoden icke kan leda till något resultat, ävensom att i sådan egenskap uppställa maximer i frågor, som ej alls beröras av den skrivna lagen. Därvid gäller naturligtvis detsamma för jurisprudence som för lagstiftaren själv. Söker den sin stödgrund i rättsmedvetandet, då går den icke tillbaka till något förnuftigt och handlar sålunda själv oförnuftigt. Den förbiser, att rättsmedvetandet självt är en sammanvävad av irrationella känslomoment och samhällsnyttiga intressen. Går jurisprudence icke direkt till detta senare grundlag för rättsmedvetandet utan nöjer sig med den mer eller mindre förvrängda bild av samhällsintresset, som avspeglas i rättsmedvetandet, så kan den ju omöjligen vara samhället till samma gagn, som om den omedelbart söker klargöra för sig, vad som i en fråga överensstämmer med det allmänna bästa och därefter rättar sina maximer. Och kunde jurisprudence befria sig från rättsmedvetandets chimäriska föreställningar om rättigheter och rättsplikter, om rättvisa och billighet, så vore det otänkbart, att jurisprudence såsom kvasilagstiftare skulle kunna bestämmas av något annat intresse än hänsynen till samhällets bästa. Jurisprudence står i sådant avseende under ett starkt tryck från det allmänna sida. En jurisprudence, som ställer sig i enskildas eller i en viss klass' tjänst, framstår i den allmänna opinionen på ett alldeles särskilt sätt såsom korrumpierad. F. ö. är det ju klart, att jurisprudencens representanter i denna sin egenskap måste känna sig såsom verksamma för det *samhälle*, till vilket de höra och såsom vars tjänare de åtnjuta sina fördelar.

Till undvikande av missförstånd skola här några ord sär-

skilt sägas om juridikens laborerande med *billigheten*, ett rättskänslouttryck, som framför allt under sista halvseket spelat roll inom den nordiska privaträtten. Jurisprudensen tror sig faktiskt ofta kunna basera sina resonemang på detta stöd: *billigheten*. Begreppet är nära nog identiskt med »rättvisa». Skillnaden i användning skulle möjligen vara den, att »rättvisa» *contra* »orättvisa» förekommer, då saken är mera allmänt uppenbar, under det att *billigheten* särskilt användes, när man nödgas operera med en finare måttstock, när »rättsordningen» icke anses »föreskriva» något så direkt och bestämt, att vem som helst utom jurisprudensen kan fatta det. Emellertid framgår ju av min föregående utredning, att det är uteslutet att betrakta rättsordningen såsom något sekundärt i förhållande till våra rättfärdighetsföreställningar. Dock råder ju, såsom jag också förut har betonat, en växelverkan mellan det genom rättsordningen uppehållna rättsmedvetandet å ena sidan och rättsordningens vidare utveckling å den andra sidan. När rätten på detta sätt influeras av rättsmedvetandets föreställningar, så sker detta visserligen ofta på ett fullkomligt irrationellt sätt, såsom jag i det föregående har med exempel sökt visa. Men saken kan också ligga så till, att det hänsynstagande, som i rättsordningen sker till rättsmedvetandet, med härskande värdering måste anses vara av vikt för det allmänna. Om man exempelvis går till sådant som straffets humanisering och därmed jämförliga ting, utflöden av maximen, att såsom rättsreaktion icke ett större lidande bör tillfogas en person än som är nyttigt för honom själv, såvida reaktionen icke är en ofrånkomlig konsekvens av vad som måste uppehållas av hänsyn till det allmänna bästa, så är en dylik maxim visserligen ytterst grundad i samhällsnyttiga intressen. Men omedelbart känner sig här lagstiftaren influerad av det allmänna rättsmedvetandet. Och man skulle då kunna uttrycka saken så, att rättsmedvetandet här erhåller särskild betydelse för lagstiftaren just därför, att

det överensstämmer med samhällsnyttan att beakta rättsmedvetandets ifrågavarande postulat. Detta är nu icke endast en lek med ord. Utan det har verkligen reell innebörd, att man här vid sidan av den direkta samhällsnyttesympunkten betonar det allmänna rättsmedvetandet. Genom det allmänna rättsmedvetandet blir trycket på lagstiftaren starkare. Eller, som man också skulle kunna uttrycka det: ett handlande från lagstiftarens sida emot samhällsnyttans intressen skulle mötas av vida starkare motstånd, om det samtidigt stode i strid med humanitära krav, som innefattas i det allmänna rättsmedvetandet, sådant som detta genom samhällsutvecklingen utbildats.

Om en nu angiven *reell* betydelse av rättsmedvetandet är emellertid alls icke fråga, när jurisprudensen inom t. ex. avtals- och skadeståndsrätten åberopar sig på billigheten. Det torde här vara hart när omöjligt att kunna utleta en situation, i vilken förnuftigtvis något verkligt bruk av billighets-synpunkter kunde göras. Ätminstone har jag under mitt umgänge med dessa delar av juridiken icke påträffat någon sådan situation, oaktat jag städse haft blicken riktad därå. Vad jag förr trott bestämmas efter billighet, har jag sedermera funnit vara grundat i omsättningshänsyn.¹ Saken torde förhålla sig på följande sätt.

Såsom enligt det föregående faktiskt i allmänhet är händelsen, äro rättsreglerna även här givetvis influerade av samhällsnyttiga intressen. Självfallet är nu, att — såvitt det kunde ske utan konflikt med dessa intressen — allmänt rådande synpunkter av billighet måste beaktas i ett av humanitära strävanden besjälade samhälle. Men det är lika tydligt, att det inom sådana rättsområden som avtalsrätten och skadeståndsrätten måste finnas mycket ringa utsikt att påträffa några billighetssynpunkter, som icke skulle skära sig med samhällsnyttiga intressen. Billigheten är ju något, som

¹ Se Förra delen, noten å s. 170 ff.

skall framgå efter ett avvägande av parternas intressen och omständigheter i ett visst fall. Ger man sig emellertid in på en sådan avvägning, så blir dock resultatet — därest man icke råkar ut på det rena gungflyet — uppställandet av maximer, som ur samhällsnyttans synpunkt vore högst olämpliga. Jag tillåter mig i detta avseende hänvisa till mitt exempel i Förra delen, s. 75 f. Det sagda ligger här i själva sakens natur. På förevarande rättsområde måste ett hänsynstagande till det allmänna bästa framför allt annat innefatta ett beaktande av det samhälleliga intresset av allmän produktion och allmän omsättning samt dessas förutsättning, en allmänt rådande känsla av trygghet i handel och vandel, vilket allt för korthetens skull kan betecknas såsom den allmänna omsättningens intresse. Det torde vara alldeles utslutet att kunna påträffa några billighetssynpunkter, som icke skulle råka i strid med detta intresse. Ty det utmärkande för billigheten är just, att man ser till omständigheterna i det enskilda fallet. Detta innefattar ett uppgivande av strävan efter *regelmässigheten*, omedelbart förutsättningen för den allmänna trygghetskänslan och medelbart för den allmänna omsättningen i egentlig mening. Det måste alltså principiellt förhålla sig så, att ett beaktande just av billighetssynpunkter såsom sådana — d. v. s. oberoende av om de täcka sig med omsättningens intressen — endast kan ske på bekostnad av den allmänna omsättningen i samhället. Men på detta sätt måste billighetssynpunkterna själva bli till skada också för dem, som därav skola gagnas, och därigenom rent meningslösa. Ty om den allmänna omsättningens intressen icke i största möjliga utsträckning beaktades, då skulle i motsvarande grad hela samhällsekonomin bliva lidande därpå. Skall nu billighetskravet vara normerande i ena fallet, så måste det även vara det i andra fallet. Tillämpades verkligen detta, så skulle småningom hela grunden för samhällsekonomin bliva underminerad. Under sådana omstän-

digheter kan det ju icke vara av något större intresse för den enskilde att bliva behandlad efter billighet, d. v. s. icke sämre än någon annan. En sådan synpunkt är ju av föga värde, om den leder till, att alla slutligen råka i fullständig misär. Billighetssynpunkterna ha någon mening, först om ett visst allmänt välstånd råder. Men detta i sin tur förutsätter, att rättsreglerna etableras icke efter billighet utan med hänsyn till den allmänna omsättningens intressen. Detta resonemang torde ådagalägga, att jurisprudentens ordande om billighetssynpunkter på de rättsområden, som nu avses, måste bero på ett förbiseende av det verkliga sammanhanget. Vill den här förfara realistiskt, må den då företaga sina analyser och sina deduktioner *direkt* med ledning av vad som överensstämmer med det bästa för den allmänna omsättningen!

Den närmare innebörden i samhällsnyttan såsom rättslig princip.

Allmänt förtydligande.

Ett angivande rätt och slätt av samhällsnyttan som princip för lagstiftning och rättstolkning giver icke alltid tillräckligt klart besked utan lämnar stundom åtskilliga frågor öppna. Vad som närmare är att förstå därmed måste därför utvecklas.

Alldeles utanför min åskådning ligger givetvis varje åberopande av samhällsnyttan på ett sådant sätt, som icke överensstämmer med i tid och rum given erfarenhet. Skulle mina uttryckssätt vare sig i det föregående eller efterföljande häntyda på en annan uppfattning, måste detta bero på, att de äro mindre lyckligt valda. De måste i sådant hänseende korrigeras. Jag är nämligen fullt medveten om de stora svårigheter, som här möta — särskilt en person, vilken i likhet med mig icke är rättsfilosof av facket — att framlägga denna sak

på ett sådant sätt, att icke missförstånd angående min verkliga mening kan uppstå.

I enlighet med det nyss sagda kan det alls icke vara fråga om samhällsnyttan i någon etisk mening. Denna viktiga sak skall jag närmare utveckla i samband med min ställning till utilitarismen.¹ Här understryker jag gentemot all tanke på införande av samhällsnyttan såsom något absolut begrepp, att jag med samhällsnyttigt icke menar något annat än det, som på varje tid *anses* vara gagneligt för människorna i samhället *med* den livsföring och *med* de strävanden, som de *faktiskt* ha. Inom denna ram måste emellertid nu åtskilliga preciseringar göras.

Om den värdering som bestämmer samhällsnyttan såsom princip i juridiken.

Frågar man vems eller vilkas åsikt angående samhällsnyttan i nu angivna mening, som här får betydelse, så blir svaret, att det givetvis närmast är fråga om en värdering hos den på mera omedelbart sätt ansvarige² lagstiftaren, d. v. s. lagkommitté, lagråd, regering och riksdag (särskilt dess utskott eller i en lagfråga särskilt aktiva ledamöter). Denna värdering sammanfaller på stora områden utan vidare med den i samhället rådande värderingen. Den av resp. lagfråga berörda allmänheten finner lika väl som lagstiftaren själv, t. ex. att förbättrade vägar gagna den allmänna omsättningen, att det är angeläget att hämma bilterror, att jordbruksdriften bl. a. är beroende av lämplig skiftesrätt, att uppehållandet av möjligast praktiska avtalsrätt är önskvärd ur

¹ Nedan s. 269 ff.

² »Ansvarig» står här blott som ett ord för, att ett särskilt tryck vilar på den värderande, vare sig därigenom att han på grund av sin ställning känner ett särskilt ansvar, eller därigenom att oberoende härav hans politiska eller sociala anseende kommer i beroende av den omsorg, varmed han företager värderingen ifråga.

handelns synpunkt, att vissa handlingssätt måste motverkas genom straff eller andra rättsreaktioner, om de icke skola till samhällets skada i för stor frekvens företagas, o. s. v. Där värderingarna icke på detta sätt *utan vidare* sammanfalla, råder merendels det förhållandet, att lagstiftarens (resp. jurisprudentens) uppfattning angående vad som gagnar samhället *influeras* av den i samhället rådande värderingen i ämnet. Detta är ju blott en följd därav, att lagstiftaren icke kan undgå att vara medveten om, att lagarne stiftas icke för lagstiftarens utan för landets, d. v. s. folkets skull. Han kan i sitt lagstiftningsarbete korrigera den allmänna värderingen, såvitt han finner denna grundad på falska föreställningar om förhållandena, varom nedan s. 254 f. Men han måste alltid åtminstone ha på känn, att det vore meningslöst att lägga en korrigering av denna värdering såsom sådan, d. v. s. av själva värdeomdömena, till grund för lagstiftningen.

När jag talar om i samhället rådande värdering, menar jag naturligtvis icke, att majoritetens av samhällsindividerna värdering måste ha varit inriktad på en föreliggande fråga. Situationen behöver blott vara sådan, att lagstiftaren (resp. jurisprudenten) kan förutse, att den allmänna opinionen,¹ närmare insatt i läget, skulle göra den eller den värderingen. Detta kan låta »alltför teoretiskt», men torde icke förty vara ganska praktiskt. Ty hur ställer det sig i verkligheten? När en lagstiftningsfråga är å bane, i vilken den allmänna opinionen icke utan vidare klart föreligger, måste ju lagstiftaren räkna med möjligheten av kritik från sådana personers sida, som känna sig därtill skickliga. Men därmed är det också nödvändigt för en förnuftig lagstiftare att för sig ställa frågan: hur kommer allmänna opinionen att förhålla sig efter upplysning genom framläggandet av en saklig granskning av lagen? Emellertid blir här ett förbehåll genast nödvändigt. Just den omständigheten, att allmänna opinionen icke är från

¹ Jag åsyftar den av lagfrågan närmare berörda allmänheten.

början insatt i en fråga, kan göra, att man får avstå från lagändringar, som eljest enligt det nu angivna vore att fatta såsom samhällsnyttiga. Detta är fallet, när *dels* allmänheten icke kan inom nödig tid hinna att bliva insatt i frågan, och *dels* just denna omständighet måste göra det klart för lagstiftaren, att den ifrågasatta lagen skulle ha en skadlig verkan, eller att i allt fall nyttan för det allmänna av densamma skulle bliva tvivelaktig. Motsvarande gäller givetvis i fråga om juridikens verksamhet. Detta sammanhänger med den utomordentligt betydelsefulla roll, som efter vad jag ovan utvecklat, rättsmedvetandet spelar i rättsmaskineriet. Här gör det sig, om jag så får säga, negativt gällande. Lagstiftning och rättstolkning kunna icke med samhällsnyttig effekt ske på ett sådant sätt, att den allmänna *känslan* av rättslig trygghet inom landet trädes för nära och vördnaden för lagen minskas. Det är av största vikt, att redan allmänt utbildad rättsövertygelse i viss grad respekteras. Och man måste noga tillse, att nya lagar eller ny rättstolkning icke råka i sådan konflikt med vad som förut uppehållits inom landet, att ändringen i den allmänna opinionens ögon antager karaktär av godtycklighet eller av något orättvist till fördel för vissa, till nackdel för andra. För att uttrycka det i en paradox skulle kunna sägas, att nu angivna *modifikation* i tillämpningen av samhällsnyttans princip själv i sin tur just innefattar nödigt hänsynstagande till samhällsnyttiga intressen.

Det är framför allt den nu betonade så att säga *hämmande* samhällsnyttens synpunkten, som gör, att det ingalunda alltid kan vara gagneligt för det allmänna bästa, att nya sociala åskådningar, de må vara än så klart och otvetydigt grundade, omedelbart få göra sig gällande inom rättslivet. Det är den, som också gör, att jag icke heller kan mena, att en lagreform i hela dess vidd på straffrättens och förmögenhetsrättens områden skulle igångsättas på basis av den av mig framförda kritiken, även om denna befunnes i det väsentliga ofrånkom-

lig. Här är ingen annan väg acceptabel än den, som går steg för steg, plockande frukterna i mån av deras mognad. Vad särskilt straffrätten angår, måste också bl. a. understrykas den förut betonade vikten av, att moderniseringar av brottsrekvisiten så mycket som möjligt undvikas. Här måste ett samhällsnyttigt arbete utöver en nyreglering av vissa straffsatser framför allt sätta in på ett avförande från strafflagen av sådana föreskrifter, som enligt en förnuftig uppfattning av straffrättens funktion äro omotiverade, ävensom på införande av nya föreskrifter, därest sådana möjligen kunna motiveras. Nu antydda försiktighet motiveras just av det sätt, varpå strafflagen tager allmänna rättsmedvetandet i sin tjänst och varigenom den erhåller sin väsentliga verkan i samhället.¹

Här måste nu påpekas, att lagstiftaren (och jurisprudenten) i sitt bedömande av samhällsnyttan såsom på detta sätt *hämmande* i rättsutvecklingen icke frågar efter den allmänna opinionens värdering utan endast följer sitt eget omdöme i ämnet. Ty vad skulle här den allmänna opinionens värdering avse? Jo, att vissa det allmänna rättsmedvetandets yttringar, hur irrationella de än kunna vara, av hänsyn till samhällsmekanismens friktionsfria gång måste respekteras. Men just ett sådant sammanhang är givetvis något, som det tillhör lagstiftare (och jurisprudenten) med deras särskilda förfarenhet i sociala frågor att självständigt bedöma. Ett självständigt bedömande från lagstiftarens (resp. jurisprudentens) sida äger naturligtvis också rum, när han i fråga om en lags samhällsnyttighet låtit bestämma sig av den allmänna värderingen. Han har nämligen då låtit sig därav bestämmas, enär han just *själv* har den meningen, att lagar, som icke överensstämmer med den allmänna värderingen, icke kunna vara gagneliga för samhället. — Till undvikande av missförstånd må framhållas, att allmänhetens ifrågavarande värdering visst

¹ Se härom mina Föreläsningar etc. I och II, ävensom mina båda skrifter i förbudsfrågan.

icke behöver utsträcka sig till ett bedömande av om något är önskvärt eller icke *ur det allmännas synpunkt*. Den allmänna värdering, som influerar lagstiftaren, begränsar sig tvärtom ofta till ett gillande eller ogillande med hänsyn blott till föreställningar om egna intressen eller till rättskänslor. Till sist märkes, vad som förut antytts, att ett hänsynstagande till den allmänna värderingen — fastän dylikt ligger i bakgrunden — ingalunda alltid behöver märkas i lagstiftarens (eller jurisprudentens) tankeverksamhet, nämligen icke, då det ter sig såsom självfallet, att lagstiftarens egen omedelbara åskådning om det allmänna bästa skall finna resonans hos allmänheten, m. a. o. då alla dubier saknas därutinnan, att denna åskådning är uttryck också för den allmänna opinionen.

Ytterligare en sak måste här bli föremål för anmärkning. Ovan har uppmärksamheten blivit fäst därpå, att man till respekterande av det allmänna rättsmedvetandets föreställningar kan nödgas i mycket stor utsträckning avstå från eljest för det allmänna bästa nyttig lagstiftning. Omvänt kan det inträffa, att en lagstiftning under trycket av en än så utbredd och kraftig allmän opinion skulle kunna lända samhället till den allra största skada. Som exempel kan tagas en lag om totalt alkoholförbud. Den allmänna opinionen för en sådan lag vore emellertid icke möjlig, om allmänheten hade tillräckligt djupt gående kunskaper angående hithörande sociala sammanhang, nämligen det sätt varpå strafflagar verka i samhället, och de förutsättningar på vilka med hänsyn härtill strafflagstiftningen måste vila.¹ Till fullo insatt i ämnet, skulle allmänheten icke kunna önska sig en förbudslag. Den allmänna opinionen till förmån för en sådan står därför, djupare sett, i strid med den i samhället rådande värderingen, såsom man har att fatta detta begrepp vid bedömande av frågan om en lags samhällsnyttighet. Att lagstiftaren icke här,

¹ Se härom, utom mina Föreläsningar I och II, mina båda skrifter i förbudsfrågan.

såsom vi sett beträffande andra situationer, finner det bäst överensstämmande med samhällsnyttan att foga sig efter den allmänna opinionen, oaktat dennas osakliga inställning, beror naturligtvis helt enkelt därpå, att gagnet för det allmänna av att här följa den allmänna opinionen icke kan uppväga skadan för samhället av införandet av en förbudslag. Blir då icke talet om »nyttan» eller »skadan för samhället» åtminstone i sådant sammanhang metafysiskt? Nej, det är alldeles icke fråga om dessa begrepp i någon objektiv mening utan endast om vad som enligt allmän värdering, *baserad på kunskap om vissa faktiska förhållanden*, vore skadligt eller nyttigt för samhället. Man utgår sålunda här ingalunda från några absoluta idéer utan endast från föreställningen, att snart sagt alla människor i ett land av västerländsk kultur måste finna det olämpligt att genom *lagar* provocera fram allmänt lurendrejeri och missaktning för rätten, allt under det att samtidigt landets ekonomiska resurser direkt minskades. Den föreställningen är uppenbarligen grundad på rumstidlig erfarenhet. En sak för sig är givetvis, att det är logiskt möjligt, att lagstiftaren utgår från falsk kunskap om ifrågavarande faktiska förhållanden.

**Samhällsnyttan princip även för lagar, som strida mot
flertalets direkta intressen.**

Samhällsnyttan, såsom liktydig med det som lagstiftaren under hänsynstagande på ovan antytt sätt till den allmänna värderingen finner gagneligt för samhället, tarvar ytterligare en anmärkning. Det är nämligen av vikt att i detta sammanhang beakta den i ett samhälle rådande mer eller mindre utpräglade klassmotsättningen. Lagar kunna uppehållas, vilka omedelbart sett gagna ett fåtal på flertalets bekostnad. Detta var nära nog principen i forna tider, varvid man för övrigt näppeligen behöver gå ens ett

sekel tillbaka i tiden. Det kan emellertid icke bestridas, att även i våra dagar en s. k. överklass genom uppehållna lagar i vidsträckt mån får sina intressen tillgodosedda på den vida talrikare »underklassens» bekostnad. Till belägg för detta påstående må blott erinras om, huru genom våra lagar med deras respekt för inbillade rättigheter en ordning åstadkommes, som i kampen för tillvaron giver ett fåtal helt andra ekonomiska och sociala möjligheter än den stora mängden av människor, och som gör talet om rådande fri konkurrens i människornas tävlan om det goda, som samhället erbjuder, till en tanklös fras. Jag yttrar mig icke därom, huruvida i sådant avseende fri konkurrens överhuvud vore möjlig att etablera i samhället. Jag endast konstaterar, att våra lagar alltjämt till stor del befordra möjligheterna för ett fåtal till förfång för flertalet. Härvid har man emellertid att skilja mellan två situationer. Till en del är en sådan ordning, med rådande intellektuella och materiella resurser, nödvändig för uppehållet av samhällsekonomin.¹ Till en del är den icke av sådant skäl nödvändig. Såvitt nu detta senare är händelsen, står naturligtvis en lag icke i överensstämmelse med flertalets intressen. På grund av i rättsmedvetandet djupt rotade föreställningar kan detta förhållande stundom vara dolt även för dem, vilkas intressen eftersatts. Dessa intressen göra sig emellertid ofta så starkt gällande, att oket av de traditionella rättsföreställningarna avlyftes och klar insikt vinnes om, att lagen faktiskt utan »rättslig grund» strider mot intressena ifråga. Under dylika omständigheter kan det förefalla bakvänt att tala om lagen såsom bestämd av vad som enligt allmänt rådande värdering vore nyttigt för samhället i det hela. Icke desto mindre är det så, att även lagar, vilkas

¹ Jag åsyftar den olika fördelning av nyttigheter, som är erforderlig för stimulering, till direkt eller indirekt produktivt arbete, av högre kvalificerad och sålunda i avseende å tillgång mera begränsad arbetskraft.

uppehållande på detta sätt ter sig ogynnsamt för flertalet, måste — om man bortser från det större eller mindre inflytandet från chimäriska rättsföreställningar — vara influerade av samhällsnyttan i den mening, vari detta ord här tages. Saken är nämligen den, att de politiska maktförhållanden, som råda i samhället, kunna vara sådana, att de befästa en ordning, genom vilken en minoritets intressen bliva på ett särskilt sätt tillgodosedda. Flertalet har då intet annat att göra än att underordna sig en sådan ordning, såvida de icke våga sig på försöket av en omvälvning för att åstadkomma en jämnare maktfördelning och på basis därav skapa för sig gynnsammare lagar. Inse de emellertid, att ändring i maktförhållandena icke eller endast under stor risk kan genomföras, så finna de det bäst för sig att i godo underordna sig den rådande ordningen och inrätta sig på fredlig bearbetning av sinena i och för en förskjutning i maktläget. Motsatsen skulle ju endast leda till ett allas krig emot alla, eller i varje fall till störningar, på vilka den tillbakasatta klassen likaväl som de övriga skulle bliva lidande. Man finner sålunda, att lagens efterlevnad även i dylika fall enligt den allmänna värderingen anses nyttig, fastän denna nytta för stora mängder av människor blott uppstår på antydde indirekta sätt. Av det sagda är även givet, att intet annat här kan vara avgörande för lagens fortsatta uppehållande än just detta, att den av sagda skäl anses nyttig för alla. Skulle emellertid en utjämning ske av maktförhållandena klasserna emellan, så blir det genast nödvändigt för den förut överlägsna klassen, just för att tillgodose sina egna intressen, att gå med på sådana lagändringar, som äro ägnade att under vissa samhällsekonomiska förutsättningar medföra förbättring i de hittills tillbakasattas levnadsvillkor. I den mån en lag icke är väsentligen influerad av chimäriska föreställningar, kan sålunda sägas, att den även vid ojämn fördelning av maktförhållandena

är bestämd av vad som efter rådande värdering finnes vara till gagn för *alla* i samhället, låt vara att mängder av människor stundom blott indirekt kunna hava något gagn av att underordna sig lagen ifråga.

Ett observandum.

Vad som förut sagts om samhällsnyttans betydelse för lagstiftningen har givetvis, såsom ju också betonades, sin motsvarighet ifråga om jurisprudensen. Dock ställer det sig i *resultatet* i det hela annorlunda här. Jag syftar på vad som påpekats i det föregående,¹ nämligen att jurisprudensen mera än lagstiftaren är beroende av de chimäriska rättskonstruktionerna. Särskilt måste märkas, att samhällsnyttiga synpunkter hos jurisprudensen merendels icke verka direkt på en frågas bedömande utan omedelbart endast åstadkommer, att de rättsideella konstruktionerna anpassas i görligaste mån efter samhällsnyttiga intressen.² Här skall nu särskilt erinras om den hämning, som på detta sätt sker i de samhällsnyttiga synpunkternas betydelse därigenom, att man i rättsskipningen utgår från *rättsregelstanken* utan att ha insikt om, att begreppet rättsregel är ett våldförande på verkligheten. En sak är, att det kan vara praktiskt nödvändigt för en domare med hänsyn till den allmänna rättsåskådningen i ämnet att laborera med rättsregler. En annan sak är, att bristen på insikt om, att han, såvitt detta sker, rör sig med en överklig föreställning, har sina särskilda konsekvenser. Genom sin tro på rättsregler med fixt innehåll kan domarens verksamhet komma att få en inriktning, som omöjliggör ett bedömande i största möjliga överensstämmelse med samhällsnyttiga synpunkter. Domaren måste ju, efter vad jag förut påvisat, såsom en kvasilagstiftare — under beaktande, såvitt icke chimä-

¹ S. 210 och s. 240 f.

² Se härom t. ex. Förra delen, s. 62 ff.

riska föreställningar göra sig gällande, av det bästa för samhället — självständigt uppställa maximer, där lagorden icke räcka till. Men hur skall detta kunna realiseras, om domaren tror, att här finns en redan given rättsregel, som han nu hade att utleta för att därefter ovillkorligen tillämpa? Vad domaren i verkligheten gör, det är just en värdering av allehanda frågor, företagen under trycket av olika psykologiska faktorer. Något annat kan han icke göra, eftersom de där rättsreglerna icke finnas. Denna värdering företager han alltså, hur mycket han än tror sig stå under trycket av rättsordningens bud. Men det säger sig självt, att domarens värdering skall kunna utfalla helt olika, allteftersom han vet om vad han gör och att han företager en värdering, eller han tror sig vara bunden på ett sätt, som han faktiskt icke kan vara.

Samhällsnyttan och utilitarismen.

Man har trott sig finna väsentliga beröringspunkter mellan min ståndpunkt och den engelska utilitarismen, representerad framförallt av *Bentham* och hans efterföljare *John Stuart Mill*.¹ Förvisso är det ett faktum, att dessa män framgångsrikt hava kritiserat vissa särskilt grova naturrättsliga vidskepligheter. Men de ha aldrig visat sig förstå, att civilisationens hela rättsliga (sociala) föreställningsvärld är fylld med dessa vidskepelser. Allmänt kan om utilitaristerna sägas det samma som om alla andra både äldre och nutida rättsfilosofier och jurister, att de i sitt bedömande av rättens betydelse för samhället förbisett det förhållande, att hela samhällsorganisationen *förunder* eller, kanske mera logiskt uttryckt, *består* i uppehållandet av vad vi kalla lagar och oskriven

¹ Detta var för en del år sedan mycket vanligt i den muntliga diskussionen. Det har också skett i en del engelska recensioner av min »Superstition or rationality etc.», t. ex. i *Contemporary Review*, *Liverpool Post* och *Times Literary Supplement*.

rättsordning. Genom detta förbiseende hava de i sina resonemang kommit att taga till utgångspunkter, och såsom givna oberoende av rättsmaskineriets uppehållande, alla slags fakta, vilka i verkligheten endast äro följder av eller i allt fall för sin existens förutsätta uppehållandet under århundraden eller årtusenden av en »rättsordning». Ifrågavarande fakta äro icke alldeles betydelselösa. *De bestå t. ex. i sådana ting, som att det överhuvud finns vetenskaper och sålunda även att Bentham och andra rättsfilosofer haft möjlighet att utforska rätten och samhället, i sådana ting som människornas nuvarande tankeförmåga och känsla för vad som är »sanning och rätt», med ett ord, i sådana ting, som att människorna leva såsom civiliserade varelser i civiliserade samhällen, tillgodogörande sig den andliga och materiella kulturens skatter.* Just den syn på rätten, som låter rätten baseras på ett allmänt rättsmedvetande eller i allt fall på föreställningar, vilka själva ha rätten till sin förutsättning — en sådan åskådning, vilken jag snart sagt på varje rad i mina framställningar söker taga avstånd ifrån — ingick faktiskt i utilitarismen. Häremot kan naturligtvis icke invändas, att utilitarismen dock för själva juridikens vidkommande utmynnade i en rättspositivistisk lära. Liksom förut här kritiserade positivistiska läror vilar även den från utilitarismen stammande rättspositivismen på en mer eller mindre förstucken naturrätt. I sådant avseende är det alldeles särskilt motiverat att hänvisa till min här ovan gjorda kritik av *Austin*, en av *Benthams* lärjungar, vars lära torde få betraktas såsom ett genuint exempel på, hur rättspositivismen bygger på en förstucken naturrätt. Jag behöver endast påminna om *Austins* fantastiska rättighetslära.¹

Men kanske då *Mill*, både i tiden senare och av mera omedelbar betydelse för det allmänna liberalistiska tänkandet efter 1800-talets mitt, hade arbetat sig fram till en mera verk-

¹ Varom ovan s. 46 ff.

lighetstrogen rättsåskådning? Låt oss till prövning av denna fråga ett ögonblick uppehålla oss vid *Mills* försök till analys av rättskänslan.¹ Såsom resultat av sin utläggning av ämnet uppställer *Mill* följande sats: »the *idea of justice* supposes two things; a rule of conduct, and a *sentiment which sanctions the rule*»² (kurs. här). Man måste kunna förstå utan att jag behöver till närmare granskning upptaga de utförliga resonemang, som fört till ett sådant uttalande, att de från början till slut äro att föra tillbaka på det allmänna rättsmedvetandets föreställningar, utan förståelse för att dessa endast utgöra en falsk ideologi på basis av sociala realiteter. I dessa resonemang är utgångspunkten den gamla vidskepliga rättighetstron (varom nedan). Frihet, egendom och andra ting tros kunna *tillhöra* en person. Det är nu »just to respect, unjust to violate, the *legal rights* of any one».³ Vidare är det rättvist att var och en, på gott eller ont, blir behandlad efter *förtjänst*, varvid följande allmänna princip vore att tillämpa: »a person is understood to deserve good if he does right, evil if he does wrong».⁴ Det är också enligt »the *idea of justice*» orättvist att lädera annans *tillit* (t. ex. att åsidosätta ett åtagande eller komma sådana förväntningar på skam, som man väckt hos någon genom sitt handlingssätt) eller att vara partisk.⁵

Detta och den närmare utvecklingen därav i *Mills* framställning torde genom sin naiva öppenhet få sägas utgöra nära nog ett drastiskt exempel på den förvirring, med dess omkastning av primärt och sekundärt, som jag både i detta och föregående arbeten gjort till föremål för min kritik. För den »rule of conduct», som på detta sätt skall ingå i »the *idea*

¹ Se 5 kap. i hans *Utilitarianism*, tryckt bl. a. i *Everyman's Library*, n:r 482, som här följes i 1925 års upplaga.

² A. st., s. 49.

³ A. st., s. 40.

⁴ A. st., s. 40.

⁵ A. st., s. 40 f.

of justice», kan *Mill* icke anföra någon annan grund, än att den »must be supposed common to all mankind, and intended for their good».¹ I verkligheten äro emellertid dylika maximer intet annat än utslag av de föreställningar, som allmänt råda i samhället tack vare dettas nuvarande utvecklingsstadium, som i sin tur vore otänkbart, om icke vissa s. k. rättsregler för människors handlingssätt *uppehållits* sedan kanske årtusenden. I bakgrunden ligga sålunda »handlingsregler», vilka ingalunda, såsom *Mill* tror, ha sina sanktioner i några känslor, utan hämta sin väsentliga karaktär därifrån, att de med samhälleliga medel genomföras och därigenom erhålla en viss grad av oemotståndlighet. Under det tryck, som sådant utövar på människornas sinnen, är det framför allt annat som »the idea of justice» fått den utformning och den styrsel, som gjort densamma till det betydelsefulla instrument i rättsmaskineriet, som den faktiskt är, och som består däri, att den, på sätt jag i annat sammanhang utvecklat, utgör en drivfjäder av särskilt slag för människorna till handlingssätt i enlighet med de maximer, vilkas uppehållande ingå i samhällsorganisationen.

För detta sammanhang saknar *Mill* förståelse. I själva verket invecklar sig *Mill* på ett sådant sätt, att hans åskådning åtminstone i utförandet får en om möjligt mera primitiv karaktär än den samtida jurisprudensens uppfattning i ämnet. Dessa i rättsmedvetandet (the idea of justice) ingående handlingsregler skola i sin tur sanktioneras av en särskild känsla, nämligen hämndkänslan. Den sanktionerande känslan skall nämligen bestå i en önskan, att den som bryter en handlingsregel skall få lida straffet därför.² Betydelsen av hämndkänslan betonas på åtskilliga ställen, kanske mest oförblommerat i följande uttalande:

¹ A. st., s. 49.

² A. st., s. 49.

Now it appears to me, that the desire to punish a person who has done harm to some individual is a spontaneous outgrowth from two sentiments, both in the highest degree natural, and which either are or resemble instincts; the impulse of self-defence, and the feeling of sympathy. — It is natural to resent, and to repel or retaliate, any harm done or attempted against ourselves, or against those with whom we sympathise. The origin of this sentiment it is not necessary here to discuss. Whether it be an instinct or a result of intelligence, it is, we know, common to all animal nature; for every animal tries to hurt those who have hurt, or who it thinks are about to hurt, itself or its young. Human beings, on this point, only differ from other animals in two particulars. First, in being capable of sympathising, not solely with their offspring, or, like some of the more noble animals, with some superior animal who is kind to them, but with all human, and even with all sentient, beings. Secondly, in having a more developed intelligence, which gives a wider range to the whole of their sentiments, whether self-regarding or sympathetic. By virtue of his superior intelligence, even apart from his superior range of sympathy, a human being is capable of apprehending a community of interest between himself and the human society of which he forms a part, such that any conduct which threatens the security of the society generally, is threatening to his own, and calls forth his instinct (if instinct it be) of self-defence. The same superiority of intelligence, joined to the power of sympathising with human beings generally, enables him to attach himself to the collective idea of his tribe, his country, or mankind, in such a manner that any act hurtful to them, raises his instinct of sympathy, and urges him to resistance.

The sentiment of justice, in that one of its elements which consists of the desire to punish, is thus, I conceive, the natural feeling of retaliation or vengeance, rendered by intellect and sympathy applicable to those injuries, that is, to those hurts, which wound us through, or in common with, society at large. This sentiment, in itself, has nothing moral in it; what is moral is, the exclusive subordination of it to the social sympathies, so as to wait on and obey their call. For the natural feeling would make us resent indiscriminately whatever any one does that is disagreeable to us; but when moralised by the social feeling, it only acts in the directions conformable to the general good: just persons resenting a hurt to society, though not otherwise a hurt to themselves, and not resenting a hurt to themselves, however painful, unless it be of the kind which society has a common interest with them in the repression of.¹

¹ A. st., s. 47 f.

I detta uttalande finns näppeligen något, som icke är bakvänt. Just det mest primitiva i rättsmedvetandet, hämndkänslorna, vilka stå i skarpaste konflikt med samhällsidéen, tros vara en hörnsten i samhällsbyggnaden. Ty det är ju uppenbart, att *Mill* betraktar rättskänslan såsom bestämmande för rättsordningen, även om den icke fullständigt blir genomförd i densamma. Påståendet att människorna av naturen hade en större förmåga av sympati än djuren är helt godtyckligt. Det finns ingen logisk möjlighet att grunda vad som i sådant avseende skiljer människorna från djuren på annat än den inverkan, de förra rönt genom att under hundratal årtusenden hava levat såsom medlemmar i en samhällsorganisation. Detsamma gäller om människornas intellektuella förmåga. Att hämndkänslan skulle få sin moraliska karaktär genom sin sociala inriktning innefattar i *Mills* framställning ett dubbelt tankefel. Först framträder däri den metafysiska åskådningen, att den moraliska känslan genom objektivt kriterium skiljde sig från den omoraliska. Moraliskt eller omoraliskt är emellertid självt blott en känslsak och kan sålunda icke på förnuftig väg avgöras.¹ Det är ju också klart, att en människas vredesutbrott, ja rent av hennes hämndkänslor kunna både för henne själv och andra framstå såsom uttryck för *moralisk indignation*, alldeles oberoende av om de kunna sägas på något sätt vara socialt betonade eller »act in the directions conformable to the general good». Men vidare, sådana känslors »exclusive subordination to the social sympathies» är icke tänkbar under abstraktion från samhällsorganisationen utan förutsätter just, att rättsmaskineriet, den faktiskt uppehållna rätten, med sina reaktioner mot vissa handlingssätt, förmått att rycka människornas känslor med sig. Därav måste inses att sammanhanget ställes rakt på huvudet, när man — och detta är ju tydligen *Mills* tanke — åbe-

¹ Se ovan s. 40, 51 n. 2 m. fl.

ropar »the idea of justice» såsom grundlaget för en samhällsnyttig rättsordning.

Av vad som nu påpekats är det klart, att *Mill* måste ha varit fullständigt främmande för det, som jag i detta arbete framför allt bemödat mig att visa, nämligen att realiteten i rättighetsbegreppet blott utgöres av vissa konsekvenser därav, att s. k. rättsregler med en viss opartiskhet och oemotståndlighet uppehållas, m. a. o. vissa konsekvenser av eller, om man så vill, en annan sida av rättsmaskineriet. Också laborerar *Mill* liksom *Austin* m. fl. med sådana absurda föreställningar som den, att rättigheten »resides in a person» eller att den »belongs to him». ¹ I princip menar han givetvis, att dessa rättigheter hava sin grund i »the idea of justice». Men the *legal rights* bero också enligt *Mills* mening på den gällande rätten. Och denna kan ju icke alltid stå i överensstämmelse med »the idea of justice». Därför måste man enligt *Mill* även räkna med *legal rights*, vilka icke böra tillhöra en person. Nu uppstår för *Mill* frågan, om det överensstämmer med eller strider mot »justice» att kränka en sådan rättighet. *Mills* svar på denna fråga är följande. Vad som gör ett *lagbrott* »unjust» är intet annat än detta, att man därmed kränker annans rättighet. I överensstämmelse härmed bör även kriteriet på att en *lag* är »unjust» utgöras därav, att denna kränker annans rättighet, som emellertid då icke kan vara en »*legal right*» utan en »*moral right*». ² På detta sätt blir rättigheten, tagen genuint i rättsmedvetandets mening — d. v. s. rättighetschimären renodlad från allt utanför metafysikens värld — själva den grundläggande utgångspunkten i *Mills* rättslära! Också hopar sig det ena tankefelet på det andra, när *Mill* söker angiva vad nu en persons rättighet skall vara för något. Han säger:

¹ A. st. l. ex. s. 40, s. 46.

² A. st., s. 40 f.

»When we call anything a person's right, we mean that he has a valid claim on society to protect him in the possession of it, either by the force of law, or by that of education and opinion.»¹

Här ha vi nu först samma falska åsikt, som jag kritiserat hos *Jhering*, nämligen om något i sig såsom rättighetens kärna och föremål för rättsskydd.² *Mills* ifrågavarande yttrande har särskilt intresse, enär han med tydliga och klara ord bestämmer rättigheten, som av honom förutsättes vara något reellt, såsom ett den enskildes anspråk emot samhället. Ett sådant anspråk kan icke innefatta något verkligt utan måste vara just den ideella eller översinnliga makt, som man gemensamt antagit i jurisprudensen i enlighet med rättsmedvetandets föreställningar. Ett anspråk emot samhället kan emellertid icke på något sätt ha verkligheten till bakgrund. Ty de realiteter, som vid ett anspråk kunna komma ifråga, måste ovillkorligen sammanhånga med genomförandet av den s. k. rättsordningen, d. v. s. uppehållandet av själva samhällsmekanismen, varigenom samhället består.³ Det reella bakom ett s. k. anspråk har man sålunda *genom* samhället. Följaktligen är det en extraordinär orimlighet att tala om anspråk *emot* samhället. Denna hos *Mill* framträdande motsättning mellan individen och samhället är överhuvud, såsom ovan visats,⁴ logiskt ohållbar. Dess antagande innesluter emellertid alltid i sig föreställningen om individen såsom gentemot alla andra utrustad med en makt, som dock är av rent mystisk natur, eftersom den i verkligheten aldrig kunnat spåras. Emellertid skall nu den av *Mill* givna rättighetsbestämningen kunna omskrivas så, att rättigheten vore »some-

¹ A. st., s. 49.

² Se Förra delen, s. 88 ff. I fortsättningen skilja sig dock tankegångarne åt. Under det att *Jhering* här har endast det med »die Klage» sammanhängande skyddet i sikte, omfattar *Mills* uttalande tydligen även ett mera idealiserat »skydd».

³ Jfr härtill Förra delen, 2—5 §§.

⁴ Se ovan s. 195 f.

thing which society ought to defend me in the possession of».¹ Här framträder direkt överensstämmelsen med rättigheten i det vanliga rättsmedvetandets mening såsom havande ett korrelat i ett objektivt »böra» hos samhället att uppehålla densamma. Med allt detta sammanhänger så till sist den bakom uttalandet liggande omöjliga tanken, att samhället vore en sak, dess rättsordning en annan.

Att *Mill* härleder det nämnda »börat» ur en högre princip, nämligen den allmänna välfärden, upphäver naturligtvis icke, att börat självt enligt *Mill* likvisst är en objektiv realitet. I ifrågavarande avseende säger sig *Mill* på frågan, varför nu samhället *bör* giva detta skydd, kunna giva

»no other reason than general utility. If that expression does not seem to convey a sufficient feeling of the strength of the obligation, nor to account for the peculiar energy of the feeling, it is because there goes to the composition of the sentiment, not a rational only, but also an animal element, the thirst for retaliation; and this thirst derives its intensity, as well as its moral justification, from the extraordinarily important and impressive kind of utility which is concerned. The interest involved is that of security, to every one's feelings the most vital of all interests. All other earthly benefits are needed by one person, not needed by another; and many of them can, if necessary, be cheerfully foregone, or replaced by something else; but security no human being can possibly do without; on it we depend for all our immunity from evil, and for the whole value of all and every good, beyond the passing moment; since nothing but the gratification of the instant could be of any worth to us, if we could be deprived of anything the next instant by whoever was momentarily stronger than ourselves. Now this most indispensable of all necessities, after physical nutriment, cannot be had, unless the machinery for providing it is kept unintermittedly in active play».²

Infogandet på detta sätt av samhällsnyttan såsom rättsprincip kan icke motsvara verkligheten redan av den grund, att hela sammanhanget enligt det föregående är överkligt. Därmed är emellertid ingalunda förnekad, att i det citerade

¹ A. st., s. 50.

² A. st., s. 50.

och liknande uttalanden framträda vissa mycket betydelsefulla iakttagelser, vilka helt säkert måste betraktas såsom ej oväsentliga bidrag till den mera realistiska utveckling i allmän social åskådning, som ägt rum under det sista seklet. Men redan de i första punkten använda uttryckssätten visa, att *Mill* dock missuppfattat det hela. Ty här framträder ju tydligt tanken på människans såsom sådan, oberoende av allt samhällsliv, i jämförelse med djurens förnuftiga väsen. Men även oavsett detta är *Mills* uttalande av sådan beskaffenhet, att det saknar realiserbart innehåll. Ty det, varför enligt *Mill* trygghet i samhällsnyttans intresse bör åstadkommas, kan ju icke vara någonting annat än de abstrakta rättigheterna, alltså det rena ingenting. Genom denna sin chimäriska åskådning kommer emellertid *Mill* att i sin uppfattning av samhällsnyttan begå ett stort språng i tankegången. Han förbiser, att tryggheten i besittning av nyttigheter icke förnuftigtvis kan vara det främsta samhällsnyttiga intresset, så länge nyttigheterna själva och deras fördelning bland människorna icke äro redan givna fakta. M. a. o. han förbiser i detta sammanhang det samhälleliga intresset av allmän produktion och omsättning. Genom detta förbiseende, naturligtvis sammanhängande med tron på rättigheterna, stannar han, i likhet med den allmänna jurisprudensen alltifrån äldsta tider, vid en analys av rättsföreteelserna, som karakteriseras av att den begränsar sig till det enskilda fallet. Förstår man, att allmän produktion och omsättning är en *conditio sine qua non* för samhället, så förstår man också, att tryggheten i och för sig visst icke alltid med *Mills* egen uppfattning om samhällsnyttan — såsom bestämd av strävan efter största lycka åt största antalet människor — är något nyttigt, utan att tryggheten blott kan vara nyttig, såvitt därav den allmänna produktionen och omsättningen befrämjas. Jag hänvisar till det förut använda exemplet: en mycket fattig person skadar

genom enkel vårdslöshet en dyrgrip »tillhörande» en millionär.¹ Det kan i och för sig icke anses bidra till samhällsnyttan i *Mills* mening, att den fattige stackaren ruineras av hänsyn till tryggheten för millionären i hans »rättighet».

Detta om utilitarismen i dess av *Mill* direkt utvecklade förhållande till »rättvisan». Man torde nödgas medgiva, efter det föregående, att min åskådning i det hela icke har något gemensamt med utilitarismen. Den till klargörande av min teori om samhällsnyttan mest belysande skillnaden mellan min åskådning och utilitarismen framgår emellertid av dennas allmänna innebörd. Vi kunna även här hålla oss till *Mills* framställning,² så mycket hellre kanske som han är upphovsman till den utilitaristiska beteckningen, under vilken denna lära gjort sig allmänt känd i världen.³ Man finner därav, att det i utilitarismen är fråga om hävdandet av satsen »the greatest happiness of the greatest number» i den mening, att fråga vore om en *objektivt giltig* moralprincip. För styrkande av detta påstående torde det vara tillräckligt att blott citera följande:

»According to the Greatest Happiness Principle, as above explained, the ultimate end, with reference to and for the sake of which all other things are desirable (whether we are considering our own good or that of other people), is an existence exempt as far as possible from pain, and as rich as possible in enjoyments, both in point of quantity and quality; the test of quality, and the rule for measuring it against quantity, being the preference felt by those who in their opportunities of experience, to which must be added their habits of self-consciousness and self-observation, are best furnished with the means of comparison. This, being, according to the utilitarian opinion, the end of human action, is necessarily also the standard of morality; which may accordingly be defined, the rules and precepts for human conduct, by the observance of which an existence such as has been

¹ Förra delen, s. 75 f.

² A. st., s. 5—24.

³ A. st., s. 6 n. 1.

described might be, to the greatest extent possible, secured to all mankind; and not to them only, but, so far as the nature of things admits, to the whole sentient creation.»¹

I mitt åberopande av samhällsnyttan finns icke någon beröringspunkt med nu citerade åsikt. Såsom jag flerstädes haft tillfälle framhäva, arbetar jag med utgångspunkt i *subjektiviteten* i alla värden, sålunda också i moraliska värden. Jag lämnar det vidare helt och hållet oavgjort, huruvida en rättsordning, som tager samhällsnyttan till ögonmärke, verkligen leder till »the greatest happiness of the greatest number». När allt kommer omkring, hur skulle det kunna vara möjligt att verkligen motivera påståendet, att människorna faktiskt känna sig lyckligare i väl inredda bostäder, än de skulle ha gjort i enkla hyddor eller jordhålor, att den trygghet till liv och egendom, som de åtnjuta i det civiliserade samhället, skänker större tillfredsställelse än vildarnes rövarliv, eller att den närande och hygieniska föda, som nutidens människor förtära, skänker dem större njutning, än den grottmänniskorna eller dessas förfäder erforo vid inmundigandet av naturens råa eller i allt fall minimalt förädlade produkter? Vem vågar påstå, med anspråk på att fälla annat än ett godtyckligt omdöme, att människorna i det hela känna sig lyckligare genom tillgången till den andliga och materiella kulturens rikedomar, än de skulle ha gjort, om de stannat kvar på djurstadiet? *Mills* uttalande, att det vore

»better to be a human being dissatisfied than a pig satisfied; better to be Socrates dissatisfied than a fool satisfied»²

är icke blott fritt från varje möjlighet att motivera med saksakal utan även, med den vanliga uppfattningen om lyckan, positivt falskt. Detta inses, om man företager en jämförelse mellan t. ex. en *Fausts* dystra klagolåt (före besvärjelsen) och det mättade svinets belåtna grymtningar. *Mill* menar emeller-

¹ A. st., s. 11.

² A. st., s. 9.

tid tydligen, att svinets större belåtenhet endast är en synvilla. Han utvecklar vissa synpunkter,¹ som skulle leda till att människan på grund av hennes »faculties more elevated than the animal appetites» under alla omständigheter måste vara lyckligare än djuren. Detta är naturligtvis den rena metafysiken, eftersom lyckan liksom alla värderingar endast är en känslsak och därför en objektiv måttstock här blir oanvändbar. Var och en borde väl också kunna inse det meningslösa i att hävda t. ex., att en till förtvivlan bragt självmördare hade en högre kvalificerad »pleasure» än det av belåtenhet grymtande svinet.² Den särskilda högre värde-kvalitet, som får insmugglas i självmördarens känsla, måste, om skenet av någon logik skall kunna uppehållas, bero på influens av tron på ett »liv efter detta». Men att föra vetenskapliga resonnemang med utgångspunkt i att denna tro överensstämde med verkligheten låter sig dock icke göra.

När jag hävdar samhällsnyttan såsom princip för lagstiftning och rättstolkning, är det emellertid alls icke fråga om någon etisk (icke heller, för att undvika allt missförstånd, om någon specifikt filosofisk) princip. Med samhällsnyttan såsom rättsprincip menar jag endast och allenast befrämjandet på bästa möjliga sätt av *det, som* — enligt vad alla över en viss lägre bildningsgrad stående kunna förstå — *människorna i allmänhet faktiskt sträva efter att uppnå*. Detta består i sådant som tjänlig och välsmakande föda, lämplig och enligt den egna eller allmänna smaken klädsam dräkt, på bästa och bekvämaste sätt inredda bostäder, trygghet till liv och lem, största möjliga rörelsefrihet, däri även inbegripet arbetsbördans begränsning, bildningsmöjligheter o. s. v., kort sagt, all tänkbar materiell komfort liksom även tillvaratagandet av andliga intressen. Jag tager icke någon som helst ståndpunkt

¹ A. st., s. 7 ff.

² Denna jämförelse är ej uttryckligen gjord av *Mill* men ligger implicit i hans resonnemang.

till en fråga, vad människorna *böra* sträva efter, icke ens till den frågan, om de överhuvud *böra* uppställa något mål för sina strävanden. Varje slags värdering i sådant avseende är absolut skild från mina teorier. Jag söker icke bestämma något som helst därutinnan, huruvida det är av värde för människorna, att de söka tillvärataga sina livsmöjligheter och till äventyrs utveckla dem, eller huruvida det vore bättre för dem att i stället »sätta torpedo under arken». I sådant avseende *endast konstaterar jag, vad som kan iakttagas av vem som helst*, nämligen att det överväldigande flertalet människor (i Sverige liksom i alla andra i kulturellt avseende därmed jämförliga länder) *faktiskt har önskan att leva och att efter bästa förstånd utveckla sina livsmöjligheter*. Med utgångspunkt i detta *ofrånkomliga förhållande* har jag, på sätt det föregående giver vid handen, sökt visa, att det — såvitt de, vilka direkt eller indirekt öva inflytande på samhällsförvaltningen, äro frigjorda från föreställningar om rättsideella intressen — icke finns något annat att låta sig bestämmas av vid rättsorganisationens utbildning än hänsyn till vad som erfordras, för att människornas nyss antydda faktiska strävanden må i görligaste mån kunna realiseras. Så länge människorna faktiskt allmäneligen ha dessa strävanden, så länge de icke behärskas av t. ex. den indiska kontemplationsprincipen (försjunkandet i Nirvana, det absoluta ingenting, såsom det yttersta målet)¹ eller möjligen, bragta till förtvivlans brant, av lust till positiv samhällsförstörande verksamhet — så länge kan icke något annat än just nyssnämnda strävanden utletas, som har förmåga att väcka och underhålla ett intresse, så starkt och så allmänt, att det i längden kan bliva bestämmande för lagstiftningen och rättstolkningen. Att med dessa strävanden oupplösligt förenar sig intresset för lagstiftning och rättskipning är självfallet. Utan

¹ Därmed är givetvis icke påstått, att det indiska folket *behärskas* av denna princip.

dess båda vore ingen ordning tänkbar utan blott kaos, vilket i sin tur skulle omöjliggöra människornas ifrågavarande strävanden. Rättsmedvetandet åter med sina föreställningar är såsom sådant utan all styrsel. Det skulle icke kunna ha fått sin stora betydelse för samhället, om det icke anpassat sig, såsom skett, efter människornas strävanden att leva och förbättra sina levnadsvillkor.

Därmed framgår då också fullt empiriskt, att det är det med dessa strävanden förknippade intresset, som direkt eller indirekt *måste* vara i det väsentliga bestämmande för rättsorganisationens utbildning. Och det säger sig självt, att, i den mån de chimäriska rättsföreställningarna komma att övergivas, detta intresse ensamt kommer att bliva vägledande. Det är allt detta, som i kort sammanfattning avses, när jag hävdar samhällsnyttan såsom princip för lagstiftning och rättstolkning.¹ Den som förkastar samhällsnyttan såsom sådan princip i enlighet med vad som nu och under föregående rubriker utvecklats, han begiver sig därmed utanför den allmänna västerländska kulturens strävanden och förlorar kontakt med verkligheten.

¹ Det är också ur nu pointerade synpunkter, som man har att bedöma sådana mina uttryck i föregående arbeten som samhällsnyttans eller samhällets »krav» (social demands, the demands of the community) o. dyl. Jag medgiver villigt, att dylika ord såsom sådana kunna tyda på en metafysisk åskådning. Men ser man dem i hela det sammanhang, vari mina resonemang förts, måste det vara uteslutet att tillägga dem denna innebörd. Till undvikande av allt missförstånd har jag emellertid i denna framställning bemödat mig om att utmönstra dessa och andra därmed jämförliga, möjligen vilseledande uttryckssätt.

Samhällsnytteprincipen belyst genom bemötande av framställda invändningar.

Kan rättsvetenskapen gå utanför erfarenheten av det i tid och rum givna och rätten tillhöra en andlig värld?

Huvudpunkten i Walz' kritik av min metod.

Bland mina kritiker kan ingen ifråga om grundlighet mäta sig med *Walz* i dennes nyligen utkomna arbete.¹ Sedan *Walz* å s. 39—56 med ledning av min »Superstition or rationality etc.» framställt ett referat av min åskådning, meddelar han därefter å s. 143—154 en kritik av densamma. Innan jag i ett sammanhang citerar *Walz*' huvudkritik må följande angående hans referat av min åskådning nämnas. Det är min i mitt engelska arbete framförda folkrättskritik, som *Walz* i sitt arbete önskar vederlägga. Men då denna är en nödvändig konsekvens av min kritik av inomstatlig rätt, har *Walz* nödgats särskilt inrikta sig också på denna. Vad nu själva referatet beträffar, har *Walz* varit tvungen av brist på erforderliga svenska språkkunskaper att hålla sig blott till min engelska bok. Framför allt har han icke haft tillgång till mina arbeten *Obligationsbegreppet*, *Förra delen*, och *Den historiska rättspositivismen*. De misstag beträffande min åskådning, som härigenom uppstått, framträda icke omedelbart i den del av *Walz*' kritik, som jag behandlar under denna rubrik, och skola därför först senare beröras. Oaktat dessa misstag

¹ *Walz*, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, 1930, ingående i *Handbuch des Völkerrechts*, utg. av *Stier-Somlo*.

måste *Walz'* referat betraktas såsom ovanligt gediget, utvisande som det gör, att han tagit del av mitt ifrågavarande arbete i dess helhet. På basis av sitt referat riktar han nu emellertid följande kritik mot den rättsvetenskapliga metod, som jag använder.

»*Lundstedt* stützt sich auf die erkenntnistheoretischen Resultate der Philosophie *Hägerströms*. *Hägerström* erhebt den Anspruch, den *Kantischen* empirischen Positivismus erst zum richtig verstandenen Abschluss zu bringen. *Kant* hatte bekanntlich innerhalb seines philosophischen Werkes zwischen den beiden Sphären des mundus intelligibilis und des mundus sensibilis den grossen Trennungsstrich gezogen. Die beiden grossen Kritiken hatten beide Gebiete abgesteckt und ihre Voraussetzungen kritisch überprüft. Die Kritik der reinen Vernunft hatte das Gebiet der Natur abgegrenzt und eine Theorie der auf Raum-Zeiterfahrung gestützten Naturwissenschaft gegeben. Die Kritik der praktischen Vernunft hatte für das weite Gebiet des Geistes, der nicht in die sinnlichen Erscheinungsformen von Raum und Zeit gebannt ist, die Freiheit als geistiges Grundprinzip proklamiert und darauf das System der Moralwissenschaften aufgebaut. Es ist nun ohne weiteres zuzugeben, dass sich bei der Einordnung der Rechtswissenschaft gewisse immanente Schwierigkeiten ergeben. Aber da das Sollen gerade auch das Recht konstituiert, so ist die Zurechnung des Rechts zu der Welt der Natur im Sinne *Kants* bestimmt ausgeschlossen, wenn sich auch gelegentliche Äusserungen finden, die in diesem Sinn gedeutet werden könnten. Aber neben der grundsätzlichen *Kantischen* Rechtsauffassung spielen sie eine gänzlich untergeordnete Rolle. Hiergegen kämpfen nun *Hägerström* und ihm folgend *Lundstedt* an. Soll die Rechtswissenschaft als positive empirische Erfahrungswissenschaft begründet werden, dann muss sie sich gleich der Naturwissenschaft auf die raum-zeitliche Erfahrungswelt beziehen, da solchermassen allein empirische Objektivität verbürgt ist.

Aber hier hat auch schon die Kritik einzusetzen. *Lundstedts* Rechtskonstruktion ist keineswegs ohne Vorgang in der Geschichte, wie er des öfteren betont. Bei *Gumplowicz* und bei *Max Seydel* sowie bei *Ludwig Knapp* finden wir überall denselben methodischen Kunstgriff, der die Rechtswissenschaft zu einer empirischen Wirklichkeitswissenschaft machen soll, indem sie ihr ein Objekt aus dem Bereich des socialen Naturgeschehens zuweist und sie damit in Parallele zur Naturwissenschaft bringt. Aber zuzugeben ist freilich, dass *Lundstedt* die Konsequenzen dieser methodischen Transmutation — denn als soche ist sie zu bezeichnen — in viel radikalerer

Weise zieht, als dies seine Vorgänger getan haben, indem er den ganzen überlieferten Begriffsapparat der subjektiven Rechte und Pflichten, der angeblichen Rechtsverbindlichkeit, auf den sich die traditionelle Jurisprudenz jeglicher Schattierung stützte, als eine metaphysische irreale Wirklichkeitsinterpolation zu zertrümmern sucht und einzig das regelhaft in der sozialen Raum-Zeit-Wirklichkeit funktionierende Zwangsrecht als objektiv erfassbare, d. h. wirkliche Unterlage der wissenschaftlichen Rechtsbetrachtung in Anspruch nimmt.

Das Verfahren wie seine Ergebnisse haben auf den ersten Blick etwas Verblüffendes. Wecken die Ausführungen über die allgemeine juristische Begriffswelt zunächst aufs stärkste die Kritik, so überraschen die zum Teil überaus treffenden Argumente gegenüber dem nationalistischen Missbrauch der überlieferten Rechtsbegriffe im Gebiete des Völkerrechts. Die *Lundstedtsche* Kritik der heute das internationale Staatenleben weithin beherrschenden Völkerrechtspraxis weist mit unwiderleglicher Sicherheit auf so offenkundige Misstände hin, dass seine ganzen Ausführungen die sorgfältigste kritische Erwägung verdienen. Wenn *Lundstedts* rechtstheoretische Kritik sich als gegründet erweist, dann allerdings wäre der Bestand des heutigen offiziellen Völkerrechts in vollem Umfang in Frage gestellt. *Lundstedt* selber aber ist nur provisorischer Völkerrechtsleugner, nicht grundsätzlicher: er will gerade die Lügenhaftigkeit der derzeit kursierenden sogenannten Völkerrechts aufdecken, um die Bahn frei zu machen für ein echtes Völkerrecht, das dank einer internationalen Weltorganisation regelhaft in der objektiven Wirklichkeit funktionieren kann.

Mit ganz ausgezeichneten Argumenten weist *Lundstedt* auf den internationalen cant hin, der sich (leider nicht zu selten) hinter der Maske des sogenannten Völkerrechts verbirgt. Eindringlicher und geschickter wurde jene brutale nationalistische Machtpolitik, die ihre nationalistischen Machtthesen hinter einer juristischen Phraseologie verbirgt, selten aufgezeigt. Die Entwicklung der von den Siegerstaaten in der Nachkriegszeit in den Pariser Vorortverträgen und den anschliessenden Abkommen formulierten völkerrechtlichen Institutionen hat *Lundstedt* leider ein überaus reiches und schwerwiegendes Material für seine liedenschaftlichen Angriffe in die Hand gegeben. Seine Satire über dieses moralisch verbrämte Völkerrecht des *vae victis* hat leider nur zu gut fundierten Boden. Die Zusammenhänge mit der allgemeinen rechtstheoretischen Kritik sind so geschickt geschlagen, dass die *Lundstedtsche* Völkerrechtskritik nicht ernsthaft genug aufgenommen werden kann. Wenn sich *Lundstedts* Angriffe gegen die Völkerrechtspraxis nicht nur auf gewisse völkerrechtliche *Missbräuche*, sondern auf das *Völkerrecht überhaupt* in seiner generellen Erscheinungsform richten, und wenn

sie hier wie dort sich als berechtigt erweisen, dann allerdings hat die Stunde des Völkerrechts geschlagen.

Prüfen wir zunächst die allgemeine erkenntnistheoretische Ausgangsstellung des *Lundstedtschen* Positivismus. Die Rechtswissenschaft soll eine positive Erfahrungswissenschaft sein. Gegenstand der Erfahrung aber können nur raum-zeitliche Geschehnisse sein. Das aber hat *Lundstedt* nirgends erwiesen. Das ist eine von ihm dogmatisch immer und immer wieder verfochtene These ohne jede eingehende erkenntnistheoretische Untersuchung. Die blossе Bezugnahme auf ein fremdes philosophisches System (*Hägerström*) entlastet den Fachgelehrten nicht, der es unternimmt, von solchen Grundlagen aus das Gebäude einer Jahrtausende alten Wissenschaft umzustürzen. Selbst der englische Empirismus eines *Locke* und *Hume* hatten ausser den äusseren Gegenständen der Raum-Zeitwelt ausdrücklich auch Gegenstände der inneren psychischen Erfahrung anerkannt. *Kants* transzendentallogischer Kritizismus hatte gerade die entscheidende Beteiligung des menschlichen Verstandes an allen Gegenständen der Erfahrungswelt in einer bis heute nicht widerlegten Weise aufgewiesen. Die modernen philosophischen Richtungen der Phänomenologie besonders haben das Gebiet der ideellen Gegenstände von neuem in überaus einleuchtender Weise begründet und damit die wissenschaftliche Erfassung aller Gegenstände der Geisteswissenschaften erst in zureichender Weise ermöglicht. Das *Lundstedtsche* Dogma, wonach die Rechtswissenschaft erst in dem Augenblick den Anspruch auf objektive Positivität erheben könne, wo sie einen raum-zeitlich erfahrbaren Gegenstand von empirischer Realität zugewiesen bekomme, hätte sich eingehend mit dem Problem der erkenntnistheoretischen Grundlegung der Geisteswissenschaften auseinandersetzen müssen. Aber nirgends ist davon die Rede. Der *Lundstedtsche* Positivismus hat mit der üblichen positiven Rechtswissenschaft nicht mehr als den Namen gemein. Einzig der realistische Rechtspositivismus eines *Ludwig Knapp* hat mit diesem *Lundstedtschen* Positivismus Verwandtschaft. Hier wie dort erscheint der Positivismus identifiziert mit einem naturalistischen Sensualismus.»

Efter försök till en parallell mellan min åskådning och en viss »moderner naturwissenschaftlicher Positivismus» — inaugurerad av *Mach* och *Hertz*, utpräglad i *Laas'* positivism samt spelande roll jämväl i sammanhang med *Einsteins* relativitetsteori¹ — fortsätter *Walz* sålunda:

¹ Denna sak kan jag icke inlåta mig på, då jag givetvis saknar nödiga kunskaper för att yttra mig angående dels förhållandet mellan *Hägerströms*

»Den Namen Positivismus beanspruchen beide Riktungen, wie leicht ersichtlich, in einem prägnanten Sinn: beide sehen die Aufgabe der Theorie in ena ohne jede metafysiske Interpolation erfolgenden, sich auf die einfachen Mittel der exakten Erfarung beschränkenden funktionalgesetzmässigen Beschreibung. Die Theorie darf nicht erst hinter der unmittelbar gegebenen Tatsachenwelt en zweites »metafysisches« Reich gedanklicher Substruktion erichten, aus dem heraus erst die objektive Wirklichkeit »erklärt« werden soll. All das ist Dichtung, ist Metafysik, ist unwissenschaftlich, överflüssig. — Das aber ist genau der Standpunkt *Lundstedts* der also darum nach dem Vorgang des naturwissenschaftlichen Positivismus für die Rechtswissenschaft mit der Konstatierung bestimmter raum-zeitlich erfahrbarer objektiver Fakta sich begnügen und deren gesetzmässiges regelhaftes Funktionieren einfach beschreiben will, ohne zu diesem Zweck erst ena zweite »metafysiske« Begriffswelt zu konstruieren, von der aus jene Vorgänge »erklärt« werden sollen. Aber selbst wenn man dem naturwissenschaftlichen Positivismus sine Stellung zur Wirklichkeit konzediert, beruht dann nicht *Lundstedts* Übertragung dieser positivistischen Methoden auf enen fundamentalen Irrtum, nämligh der dogmatischen willkürlichen Projektion des ideellen Rechtsgegenstandes in die Raum-Zeitwelt? Die Frage, ob die Zwangsrealisierung zu enem immanenten Begriffsmerkmal des Rechts erklärt werden soll, braucht hier nicht genauere entschieden zu werden: bei Gegnern und Anhängern dieser Auffassung steht das ene fest, dass die real erfolgende Zwangsexekution nicht identisch mit dem Tatbestand des Rechts ist, sondern dass sine diesem irgendwie zuzurechnen ist. Wieder erhebt sich an dieser Stelle das fundamentale Problem ena geisteswissenschaftlichen Erkenntnistheorie, als deren Resultat sich die Möglichkeit objektiver ideeller Gegenstände ergibt. Aber selbst wenn man diese ideelle Gegenstandsobjektivation von enem extrem psychologistischen Standpunkt aus nicht als begründet anerkennen will, dann ergibt sich immer noch längst nicht die Reduktion gewisser psychischer Tatbestände auf raum-zeitliche Realisation.»¹

rättsfilosofi — grundlaget för min åskådning — och hans kunskapsteoretiska undersökningar och dels dessa senares historiska inställning i den allmänna vetenskapen. Jag rekommenderar emellertid här studiet av *Hägerströms* »Selbstdarstellung» i »Philosophie der Gegenwart». Så mycket må dock sägas, det denna utvisar, att *Hägerström* betraktar en sådan teori som den Einsteinska såsom, trots allt, förutsättande vissa mot verkligheten stridande begrepp, som på grund av bristande kritisk analys icke blivit avlägsnade.

¹ Walz, a. a., s. 145—149.

Jag har här icke uteslutit *Walz'* erkänsamma uttalanden om mitt arbete, enär de enligt min mening ha en viss så att säga rättspolitisk betydelse. Det upprepade betonandet, att min folkrättskritik tarvar den mest allvarliga uppmärksamhet, ävensom att, om densamma är hållbar, den nuvarande folkrättens bestånd i hela dess vidd måste ifrågasättas, är en borgen för, att *Walz* till det yttersta begagnat sin stora lärdom och skarpsinnighet för att påvisa ohållbarheten i min åskådning eller luckorna i min framställning. Kan jag nu gendriva *Walz*, så kunde detta kanske utgöra ett *observandum* för jurisprudenten, icke minst vissa mina nordiska kritiker.

Kärnan i *Walz'* nyss citerade framställning skall givetvis ligga i påståendet, att jag ingenstädes *visat*, att vår erfarenhet begränsades till endast rumstidliga skeenden. Detta skulle endast vara en tes, som jag dogmatiskt förfäktade utan någon som helst mera ingående kunskapsteoretisk undersökning. Är nu detta verkligen huvudinvändningen emot mina teorier, då borde väl ändock segern för dessa endast vara en tidsfråga. Det är näppeligen tänkbart, att en sådan invändning i längden skall kunna godtagas av människor med öppen blick för rättens nödvändighet för samhällets bestånd, d. v. s. för människorna själva, för deras fortsatta existens såsom civiliserade människor. Invändningen i fråga innebär, drastiskt uttryckt, intet annat, än att min åskådning vore ohållbar av den anledning, att jag finner det ovetenskapligt att *räkna med andar* i juridiken, och att jag icke *visat*, att icke rättsvetenskapen måste laborera med andar. *Walz* tager fullkomligt miste, när han menar, att jag för mitt avståndstagande från alla fantasterier inom rättsvetenskapen — man må giva dem vilka förnämliga beteckningar man vill — nöjer mig med att åberopa mig på *Hägerströms* rättsfilosofi. Det är visserligen *Hägerströms* forskning, som jag har att tacka för min insikt om vidskepligheten i jurisprudentens åskåd-

ning. Men min vanvörndnad för en vidskeplig vetenskap behövde jag sannerligen icke söka stöd för hos *Hägerström*. En sådan vanvörndnad synes mig helt enkelt var självfallen för varje förnuftig varelse i det tjugonde seklet. Såsom sådan synes det mig vara en given sak, att en vetenskap, som medvetet laborerar med »skeenden» utanför tid och rum — sålunda med »ting», vilka undandraga sig all logisk kontroll, och vilka därför kritiklöst kunna utformas efter ohejdad godtycklighet — att en sådan »vetenskap» övergivit vetenskapens egen princip och avskurit för sig möjligheten att befrämja den uppgift, som varje vetenskapsman måste ställa framför sig, nämligen sökandet efter *klarhet angående verkligheten*. Att dessa vidskepligheter frodats inom jurisprudence under årtusenden, och att deras utmönstrande, såsom *Walz* mycket riktigt framhåller, måste medföra en omvälvning av en årtusenden gammal rättsvetenskap kan icke få imponera på ett sådant sätt, att man avstår från bruket av sitt förnuft. Icke heller kan det betraktas såsom vetenskapligt att låta sig imponeras av blotta namnen på vissa auktoriteter. Såvitt t. ex. en *Kants* lära leder till tron på rättsliga »skeenden» utanför tid och rum, blir den fantastisk och obrukbar för juridiken såsom vetenskap.

Walz hade även förut, i referatet, gjort anmärkning mot mig för bristande argumentation för hållbarheten i den rättsvetenskapliga metod, som jag använder. Han säger nämligen, s. 39:

»*Lundstedt* geht von gewissen erkenntnistheoretischen Grundlagen aus, für deren Gültigkeit er sich auf den Philosophen *Hägerström* beruft. Damit bekommen seine ganzen Ausführungen von vornherein etwas sehr Prekäres. Die Berufung auf fremde Autoritäten in erkenntnistheoretischen Fragen, die die Grundlagen für das eigene System bilden, kann niemals von der eigenen Beweispflicht entbinden.»

I anledning av denna anmärkning vill jag nu först uttala följande. Att jurisprudencen faktiskt rör sig med ur rums-

tidig synpunkt orealiserbara föreställningar har jag städse direkt påvisat i mina skrifter, låt vara att jag icke underlåtit att också flerstädes göra hänvisning i ämnet till *Hägerströms* forskningar, varifrån mina egna impulser till största delen härleda sig. För övrigt är ju *Walz* själv fullt på det klara med, att jurisprudensen rör sig med sådana föreställningar. Vad han efterlyser är sålunda argumentation för, att dylika ha ovetenskaplig karaktär. För egen del anser jag, att sådan argumentation utöver de synpunkter, som jag nyss meddelade, är obehövlig. Icke desto mindre hade jag också i mitt engelska arbete till stöd för befogenheten i min metod och för det abderitiska ur vetenskaplig synpunkt att laborera med de chimäriska rättsföreställningarne hänvisat till en mängd arbeten av *Hägerström*, särskilt de två skrifterna: »Der römische Obligationsbegriff etc.» samt hans »Selbstdarstellung» i »Philosophie der Gegenwart». Dessa voro visserligen då blott under utgivande men publicerades ett par år, innan *Walz*' arbete utkom. Av den senare skriften framgår, att metafysiken i alla dess former, var och när den än framträder, är absolut vetenskapsfientlig. Den, som studerat det förra arbetet, kan icke undgå att genomskåda, att jurisprudensens föreställningar om rättigheter, rättsförbindlighet, rättsnormer och dylikt endast äro en senare tids travesteringar och »rationaliseringar» av ett primitivt folks på övertro grundade rättsidéer.¹ Att sådana föreställningar skulle kunna utgöra grundlaget för en vetenskap om rätten är en absurd tanke, som icke blir rimligare, därför att *Kant* konstruerar upp en *mundus intelligibilis* utanför den rumstidliga verkligheten. Menar nu *Walz*, att jag icke skulle nöjt mig med att göra dessa hänvisningar till *Hägerströms* ifrågavarande arbeten utan skulle ha gjort — vad? *Walz* kunde ju själv ha studerat dem och gendrivit tankarne, om han mäktat med det.

¹ Såsom delvis i sådant avseende belysande kan jag hänvisa till Förra delen, 1 §.

För att emellertid i möjligaste mån tillmötesgå en kritiker, vilken såsom *Walz* visat detta för kännedomen om mina rättsteorier utomordentligt värdefulla intresse för desamma, skall jag nu — med användning av vad jag inhämtat genom studiet av *Hägerströms* arbeten — söka något närmare utveckla det för mig eljest ganska självfallna förhållandet, att vetenskapen upphör att vara vetenskap, så snart man såsom med fakta räknar med skeenden utanför rum och tid, d. v. s. med ting som i den naturliga världen *aldrig kunna* förklaras.

Dubbelvärldsteoriens oduglighet.

Såttillvida kan nu varken *Kant* eller *Walz* suspendera logiken, som de för att laborera med dessa skeenden just nödgas räkna med två från varandra skilda världar, en naturlig, sinnlig värld och en andlig. Denna dubbelvärldsteori blir nödvändig, när man vill söka lösa de motsägelser, som ligga i antagandet på samma gång dels av olika varandra upphävande »böra» (ett moraliskt och ett rättsligt) och dels ett naturligt »vara». Då detta »vara» endast och allenast är ett orsakssammanhang, d. v. s. ett nödvändigt faktiskt sammanhang,¹ är det uteslutet att där finna plats för ett »böra», som skulle kunna ha någon giltighet. Då i »varat» *allting med nödvändighet* är antingen så eller så, blir det ju genom sin motsägelsefullhet uppenbart meningslöst att med anspråk på giltighet säga, att något *bör* vara så eller så. För att kunna operera med »börat» måste man sålunda i fantasien förflytta sig till en värld utanför »varat» — utanför den naturliga världen, där *allting* oberoende av varje slags böra *faktiskt är* så eller så, och där alltså förnuftigtvis intet »böra» kan inplaceras — till en andlig värld, där icke det faktiskt existerande sammanhanget lägger hinder i vägen för giltigheten av ett »böra». Men med dylika manövrer kan dock icke

¹ Se ovan s. 191.

någon verklig lösning åstadkommas. Det förhåller sig på identiskt samma sätt, som om jag om *en viss* hund ville söka med varandra rimma påståendena »hunden är helt vit» och »hunden är helt svart». Alldenstund jag nu avser en och samma hund och icke skilda hundar, som finnas *jämte* varandra, så kan ingen annan utväg finnas att undvika, att dessa påståenden skära sig med varandra, än att hänföra hunden såsom svart till en värld och hunden såsom vit till en annan värld, vilka världar skola finnas till, alltefter mina båda olika föreställningar, på det sätt, att när jag har den ena föreställningen, så rör jag mig i den ena världen, såsom om den andra icke finnes, och tvärtom. Vore de båda världarne till *samtidigt jämte* varandra, då vore det omöjligt att uppfatta dem såsom skilda världar. De vore då delar av en och samma värld *med en hund i varje*, stridande sålunda mot utgångspunkten. Motsägelsen kan sålunda »lösas» endast genom att placera hunden ömsom i en och ömsom i en annan värld, vilka båda världar icke kunna existera samtidigt tillsammans med varandra. Men en sådan »lösning» är naturligtvis ingen lösning utan har blott fört oss ut i det fantastiska. En hund såsom helt svart och samma hund såsom helt vit är och förblir en motsägelse, lika visst som antagandet av ett giltigt »böra» och *därjämte* ett naturligt »vara».

Antager man överhuvudtaget en värld, som är upphöjd över det rumsliga och tidliga sammanhanget, så blir med nödvändighet konsekvensen den — vilket också visar sig i alla idealistiska system — att den naturliga världen för detta antagande försvinner. De båda världarna kunna icke tänkas existera tillsammans med varandra, ty den ideella världen, den över tid och rum upphöjda, kan icke på något sätt stå i förhållande till det, som existerar i tid och rum. I och med ett sådant förhållande skulle ju den ideella världen själv bli rumstidligt bestämd. Så snart man i sina resonemang vill

ha åtminstone någon kontakt med den naturliga världen, tager denna därför helt och hållet herraväldet och undantränger fullständigt varje förnuftig tanke på existensen av en idealvärld.¹

Rör man sig åter i idealvärlden, så måste, om logiken icke genast skall stötas för huvudet, den naturliga världen antagas helt och hållet ha upphört att existera. D. v. s. för ett föreställningssätt, som räknar med denna andliga värld, finns icke någon verklighet i rum och tid. Men därmed tränger sig osökt den frågan fram, hur de olika subjekten för föreställningarne om en andlig värld skulle kunna skiljas från varandra. Då alla bestämningar i tid och rum äro uteslutna, så är ju den följderna oundviklig, att några individer icke kunna urskiljas, utan att de samtliga jämte allt annat flyta ihop till en slags massa, som naturligtvis icke heller den kan er-hålla någon bestämning utifrån den naturliga tillvarons uppfattningssätt. Men därmed blir det i själva verket också omöjligt för de föreställande subjekten att utgå ifrån sin egen tillvaro såsom otvivelaktigt given. Här invänder nu möjligen *Waltz* eller någon annan rättsidealist av kvalificerat slag, att hans tillvaro kanske icke är så otvivelaktigt given. I en sådan invändning kan emellertid icke inneslutas något annat, än att personens föreställning om sin egen tillvaro möjligtvis icke vore riktig. Därmed förutsättes dock såsom otvivelaktigt för handen en sådan föreställning. Men var skulle den finnas, om icke hos honom själv? M. a. o. före-

¹ Den svenska folkhumorn har kommit att giva ett ganska lustigt uttryck åt detta sakförhållande. Man frågar: vad är omöjligt för både Gud och människor? Svaret lyder: att lugga en barskallig gubbe. Den, givetvis icke klart uppfattade, innebörden härav: Guds allmakt må väl existera, dock omöjlig att antaga på ett sådant sätt, att det ologiska, d. v. s. det som strider emot det rumstidliga sammanhanget, skulle kunna bli verkligt i den rumstidliga världen.

ställningen förutsätter helt enkelt hans tillvaro såsom individuellt subjekt. Därmed förutsättes också den rumstidliga verkligheten. Därmed åter går idealvärlden upp i rök.

Emellertid är det ju icke nödvändigt att vistas i dessa abstraktionens rymder, för att man skall inse det befängda i den högre jurisprudensens åskådningssätt. Här är det ju särskilt fråga om, huruvida det kan finnas någon *rätt*, som tillhör den översinnliga världen. *Walz* säger ju oförtydbart, att rätten just skall höra till andevärlden. Låt oss då som vanligt gå till äganderätten. Det är ju allmänt erkänt, att denna skall utgöra en makt att förfoga på något sätt över föremålet. Till detta förfogande hör naturligtvis i första rummet föremålets användande för egna syften. Alltså — för att hålla oss till ett av *Kant* själv använt exempel — jag äger ett äpple. Däri skall nu ligga makten att *äta* upp det. Varför skall nu denna makt tillhöra den andliga världen? Givetvis därför, att jag såsom ägare har densamma, oberoende av om t. ex. en tjuv har snattat bort äpplet. Då makten sålunda icke kan framträda i det rumstidliga sammanhanget, tycks det vara tydligt, att den har andlig karaktär. Det måste sålunda vara ägarens ande, som har makten att äta upp äpplet. Naturligtvis är anden alldeles oberoende av kroppens kapaciteter. Sålunda måste ju anden ha den där makten, fastän kroppen i sådant avseende är ytterligt svag. Likväl återstår alltid för *Walz* och andra rättsidealister att avgöra, hur anden skall kunna realisera sin makt att äta upp äpplet. Håller man sig till *Kant*, den i första rummet på arenan framförda filosofen, så skall äganderätten till ett äpple vara en *possessio noumenon*. D. v. s. det skulle vara den över allt rum och all tid upphöjda och av allt till den naturliga världen hörande i sin vilja oberörda anden, som maktfullkomligt besitter äpplet. Anden skulle alltså ha t. ex. förmågan att stärka sin fysik genom vitaminerna i äpplet — och detta

fastän tjuven har äpplet och fastän anden icke har någon fysik och icke alls kan vara intresserad av något så lågt som ett fysiskt äpple.¹

Den i den högre filosofien obevandrade vill icke tro, att *Kant* har menat något så absurt. Hans mening måste väl, tycker man, i stället ha varit, att den till kroppen hörande anden genom kroppen hade förmågan att äta äpplet. Men just *Kants* logiska sinne hindrar honom att ha en sådan mening. Ty för *Kant* var det fullt klart, att den andliga världen nödvändigt måste vara *absolut* skild ifrån den naturliga. Och med den nu ifrågasatta meningen skulle ju äganderätten föras över på det naturliga området, mot vilken överföring också skarpt strider den omständigheten, att den s. k. äganderätten i den naturliga världen icke behöver innesluta någon som helst makt. Överhuvud skulle vi, om vi i rätten hade att göra

¹ *Kants* åsikt i ämnet framgår av hans *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, s. 55 ff. Äganderätten skall vara den intelligibla (blott-rättsliga) besittningen till skillnad från den sinnliga (fysiska) besittningen, s. 55 f., s. 59, s. 61 f. m. fl. »So werde ich einen Apfel nicht darum mein nennen, weil ich ihn in meiner Hand habe (physisch besitze), sondern nur, wenn ich sagen kann: ich besitze ihn, ob ich ihn gleich aus meiner Hand, wohin es auch sei, gelegt habe... Denn der, welcher mir... den Apfel aus der Hand winden... würde mich zwar freilich in Ansehung des *inneren* Meinen (der Freiheit), aber nicht den äusseren Meinen lädiren, wenn ich nicht, auch ohne Inhabung, mich im Besitz des Gegenstandes zu sein behaupten könnte», s. 59 f. Med »äusseres Mein und Dein» menar *Kant* det samma, som vi pläga kalla egendom, till skillnad från sådant som »rätt» till frihet, kroppslig integritet o. dyl., som är »inneres Mein und Dein». Märk vidare följande *Kants* uttalande: »Die Gültigkeit des letzteren Moments der Erwerbung (själva tillägnandet), als worauf der Schlusssatz: der äussere Gegenstand ist *mein*, beruht, d. i. dass der Besitz, als ein *bloss-rechtlicher*, gültig (*possessio noumenon*) sei, gründet sich darauf: dass, da alle diese Actus *rechtlich* sind, mithin aus der practischen Vernunft hervorgehen, und also in der Frage, was Rechtens ist, von den empirischen Bedingungen des Besitzes abstrahiert werden kann, der Schlusssatz: der äussere Gegenstand ist *mein*, vom sensibelen auf den intelligibelen Besitz richtig geführt wird», s. 78.

med en andlig värld, också vara nödgade att taga bort allt naturligt innehåll i den.¹ Ty det naturliga innehållet kan — såsom nyss visades i kritiken av dubbelvärldsteorien — endast förorena den övernaturliga världen. En sådan rätt må man nu förnöja sig med, så mycket man vill, inom den s. k. rättsvetenskapen. Med verklig vetenskap har den lika litet att skaffa som med verkliga livet. Vad »äganderätt» liksom andra »rättigheter» angår, äro de endast en kvarleva av gamla primitiva föreställningar om hemliga krafter, som skulle innebo hos människorna och tingen.² Hit höra också de av *Walz* i den i citatet uteslutna delen³ berörda begreppen substans och kausalitet, av vilka jag här beträffande kausaliteten hänvisar till det föregående.⁴

Rätten såsom ett böra.

Emellertid uppfattar ju *Walz* också uttryckligen rätten såsom ett böra.⁵ Att börat icke, om det vore något reellt, skulle kunna höra till den naturliga världen, är ju riktigt i enlighet med det förut sagda. Eftersom i den naturliga världen icke finns något annat än faktiska tids- och rumssammanhang, är det uteslutet att utleta någonting, vilket kunde bestämmas såsom ett böra. Allt är där kausalbundet, d. v. s. i faktiskt sammanhang med vartannat. Följaktligen finns icke rum för något böra. Detta förhållande rubbas icke av, att en till den naturliga världen hörande person genom sin känsla eller sina intressen kan bli inriktad på realisationen av blott i fantasien

¹ Jfr citatet från *Hägerström*, ovan s. 61 n. 1.

² *Hägerström*, *Der römische Obligationsbegriff*, varom se *Förre delen*, 1 §.

³ *Walz*, a. a., s. 147.

⁴ Ovan s. 191.

⁵ Märk utom början av det långa citatet även följande hans uttalande, s. 144: »das entscheidende Kriterium des Rechts ist seine *geisteswissenschaftliche* Herkunft; es liegt in seinem *normativen* Sinn beschlossen».

givna verkligheter, icke av att han därvid kan komma att uttrycka den i dylik händelse föreliggande situationen med det expressiva: så *skall* jag göra, icke heller av att den enskilde överhuvud kan påverkas av inbillade eller verkliga från andra utgångna befallningar, detta »du skall», i sig blott ett ord, som är särskilt anpassat efter behovet att öva tryck på en person till visst handlingssätt.¹ I och för sig är »skall» blott det naturliga uttrycket inför realiserandet av en handling, som man *vill* utföra, och är då blott den reflexartade följden av ett viljande. Men just därför att uttrycket är på detta sätt förbundet med ett viljande, kan det under omständigheter också verka ett viljande, så att detta »du skall», vare sig blott hört inom mig såsom en självbefallning eller utgående från andra, eggjar min vilja i viss riktning.² För att taga en analogi: en fosterländsk sång, en sorgmarsch, en festpolonaise är naturligtvis själv framsprungen ur fosterländska, sorg- eller festkänslor, men just därför verkar också dess exekverande eggande på samma känslor. Också när vi säga, att något är vår plikt att göra eller underlåta, föreligger endast ett residuärt »du skall», som fungerar knutet vid tanken på ett handlingssätt, utan att därvid någon särskild befällande person framträder. Så och så skall man göra, så och så skall (får) man icke göra — vad är det, utom handlingen, som är *tänkt* vid sådana självmaningar? Intet annat än det manande *ordet* (tecknet eller ljudet), som i medvetandet hopfogas med tanken på den ifrågavarande handlingen.³ Den befällande rösten själv eller den bjudande gesten är givetvis icke något övernaturligt. Det är ju här fråga om en föreställning hos en person om förhandenvaro av något, som självt är naturligt. Men om man tror på börat i annan mening än

¹ Se *Hägerström*, Objektiva rätten, s. 55 f.

² Se *Hägerström*, a. a., s. 57 ff.

³ Se om förhållandet mellan plikt och befallning *Hägerström*, a. a., s. 60 ff.

ett ord eller en gest med egenartat inflytande på viljan, om man tror på börat såsom attribut till vissa »skeenden», då tvingas man in i en andlig värld, som är oförenlig med den naturliga världen och därmed med ens egen existens.

Låt oss emellertid gå till börat inom rättsvetenskapen och ställa den frågan till *Walz* och de andra normativa juristerna, om de verkligen vilja hävda, att just sådana handlingar, som juridiskt sett äro vad man kallar förbjudna, också äro sådana, att var och en *bör* underlåta dem. Om en person t. ex. underkastar sig straffrisken och av ideella skäl företar en gärning, i strid mot strafflagen, varigenom ett skadedjur i människohamn, eljest icke åtkomligt, förgöres, är det någon mening i att säga, att denna person kränkt ett böra? Och hur skall man gent emot personens eget samvete här kunna hävda förhandenvaron av ett böra? Efter vilket mått överhuvud kan man avgöra, huruvida den idealistiske svärmaren, som företager revolutionära gärningar i tron på sin kallelse som samhällsförbättrare, verkligen handlar emot ett böra, därför att handlingarna ifråga skola vara förbjudna? Härtill vilja naturligtvis juristerna svära, att inom juridiken är det fråga om ett rättsligt och icke ett moraliskt böra. Detta är emellertid endast en tanketom sammanställning av ord. Antingen bör jag företaga en handling eller också bör jag icke företaga den. Att säga att jag *bör* den ena handlingen från moralisk synpunkt och den motsatta handlingen från rättslig synpunkt, det är den rena meningslösheten. Den som stode under ett sådant böra, han kunde överhuvudtaget intet företaga, såvitt börat hade något inflytande på hans handlingsätt.¹

Just denna metod, som tillåter *ett* omdöme om en sak »ur en synpunkt» och det *motsatta* omdömet om *samma* sak »ur en annan synpunkt» tillhör i all sin intellektuella orenlighet det mest vetenskapsvidriga, som kan tänkas. Den finnes emel-

¹ Se i denna fråga också det förut sagda angående rättstridigheten, ovan s. 195 ff., särskilt s. 198—200.

lertid utpräglad hos *Kelsen*. För olika betraktelsesätt skola fullkomligt skilda världar erbjuda sig. För juristen finns en värld, för moralisten en annan, för naturvetenskapsmannen en tredje o. s. v.! Naturligtvis kan en och samma människa pendla mellan en verkligt vetenskapligt uppfattad värld och mer eller mindre fantastiska föreställningsvärldar. Men vid dessa pendlingar kan det endast röra sig om olika föreställningar hos det föreställande subjektet. Tron att dessa olika världar, som skulle finnas för olika betraktelsesätt, nu också verkligen existerade jämte varandra, det måste emellertid vara den rena meningslösheten. Den ena föreställningen är ju absolut oförenlig med den andra. Det är sålunda uteslutet att uppfatta de olika världarna tillsammans i *en* föreställning. När jag har föreställningen om en av dem, så är logiskt varje föreställning om någon av de andra borta. Sålunda är det omöjligt att uppfatta dem såsom *tillsammans* verkliga. För övrigt hänvisar jag till vad som förut sagts därom, att en idealvärld aldrig kan komma i något som helst förhållande till den naturliga världen utan att därmed själv bliva rumstidligt bestämd, d. v. s. att antagandet av en idealvärld *jämte* den naturliga beror icke på tanke utan på fantasi.

Den som tagit del av vare sig detta eller mina föregående arbeten inser, att jag är fullt beredd på, att jurisprudenten här tror sig kunna göra följande invändning: det är ju i rätten alls icke fråga om något annat böra än statens (rättens etc.) faktiska imperativer. Menar man nu verkligen det, vad famlar man då i andevärlden efter? Dessa imperativer kunna aldrig vara något annat än förmenta led i den *naturliga* världen. De äro intet annat än skrivna eller tänkta ord och ha därför alls intet övernaturligt i sig. Men man kan misstänka, att *Walz*, på samma sätt som andra, t. ex. en *Somló*,¹ så ogenerat göra, ur detta, att »staten förbjuder» att stjäla, sluter till, att man nu också icke *bör* stjäla, såsom om stölden

¹ Juristische Grundlehre, s. 56 ff., s. 430.

finge predikatet pliktvidrighet över sig därigenom, att någon med särskild auktoritet »förbjudit» densamma.¹ På sådant sätt tror man sig få juridiken till en vetenskap om ett rättsligt böra. Men i verkligheten föreligger intet annat än ord, tänkta såsom riktade till individerna, vilka ord, uppfattade av dessa, i allmänhet påverka dem i riktning mot ett visst handlingssätt. Detta tryck får en särskild styrka, genom att orden synas åtföljda av hotelser för fall av olydnad mot dem, i förbindelse med individens hela psykologiska inställning i enlighet med vad som ofta påvisats.² — Men vidare är ju hela läran om de statliga imperativerna från början till slut ett falsarium, varom hänvisas till det föregående.³

* *

*

Mot bakgrunden av vad jag nu utvecklat har man att se *Walz'* påstående i det långa citatet här ovan, att jag företog en transmutation av den naturvetenskapliga positivismens metod på rättsvetenskapen,⁴ ävensom hans fråga, huruvida icke detta berodde på »einen fundamentalen Irrtum, nämlich der dogmatischen willkürlichen Projektion des ideellen Rechtsgegenstandes in die Raum-Zeitwelt».⁵ Det är från min sida alldeles icke fråga om någon transmutation från naturvetenskapen utan endast ett försök, alldeles oberoende av naturvetenskaplig metod, att visa upp vanföreställningarne inom

¹ Redan för omkring 60 år sedan hade dock *Sigwart*, *Logik* I, 1873, visat upp ohållbarheten i att på sådant sätt betrakta imperativet. — Angående rättsvetenskapens ifrågavarande förfalskning av situationen se *Hägerström*, *Objektiva rätten*, s. 117 ff., s. 122 ff. Se även ovan s. 39 ff.

² Se *Hägerström*, *Objektiva rätten*, s. 51 ff., min förutstående utredning om rättspositivismen och rättsmedvetandet, ävensom vad jag i mina *Föreläsningar* I och II anfört om straffets sociala funktion.

³ Se härom ovan dels s. 195 ff. och dels hela kritiken av den historiska rättspositivismen.

⁴ Ovan s. 275 f.

⁵ Ovan s. 278.

den härskande rättsvetenskapen och angiva vissa synpunkter, som måste beaktas i en på erfarenhet i tid och rum grundad rättsvetenskap, i en verklighetstrogen rättsvetenskap, som kan lända samhället till största möjliga gagn. Det är mycket signifikativt, att ett försök att anbringa verklighetstrogn synpunkter inom juridiken betraktas såsom något *för sakens egen natur främmande*, såsom »ein methodischer Kunstgriff» (sic!), bestående i transmutation av metoder från naturvetenskapen. Alldeles såsom om *vetenskapens princip* i sådant avseende kunde vara en annan i juridiken än i naturvetenskapen. En förväxling föreligger här av *juridiken* som vetenskap med de *traditionella föreställningarne* om juridiken som vetenskap. Huruvida den naturvetenskapliga positivismen är fri från oförnuftig begreppsbildning eller icke har för övrigt alltid legat helt och hållet utanför min kapacitet att bedöma.

Vad angår *Walz'* fråga, om jag icke begår ett fundamentalt misstag genom dogmatisk godtycklig »Projektion des ideellen Rechtsgegenstandes» i den rumstidliga världen, innefattar densamma en öppen *petitio principii*, i det att han förutsätter tillvaron av just det, som gentemot honom kan visas vara en orimlighet, nämligen en »ideeller Rechtsgegenstand». Men angående *Walz* och de övriga dubbelvärldsteoretikerna, vilka tro på denna andliga, ideella rättsvärld, kan man väl säga, att de dogmatiskt och godtyckligt projiciera sina rättsideal i den naturliga världen, eftersom de givetvis aldrig i verkligheten kunna skaka denna ifrån sig, icke ens under sina mest inträngande exkursioner in i den andliga världen.

Avståndstagandet i nutida svensk juridik från rättsmetafysiken beror på bristfällig logik.

Detta allt oaktat måste det betecknas såsom allenast en nödvändig konsekvens, när man inom tysk doktrin på detta sätt återför rättsföreteelserna på en andlig värld. Dylikt är logiskt ofrånkomligt, så snart man till given utgångspunkt

tager rättigheter (intressen, rättslägen eller vilket något som helst, tänkt såsom krävande, eller i allt fall såsom föremål för, rättsskydd) och rättsplikter och tror på rättsregler såsom en sak och på deras tillämpning såsom en annan. D. v. s. så snart man överhuvud talar om rättsförhållanden annorlunda än såsom så att säga en annan sida av den faktiska trygghet i avseende å människornas handlingssätt, som rättsmekanismen för med sig, så snart man talar om rättsförhållanden såsom förhanden i kraft av »positiv rätt» eller liknande, då rör man sig med föreställningar om sådant, som icke *kan* finnas i den naturliga världen, utan, om det likväl skall ha existens, måste förpassas till en andlig värld.

Den svenska juridiken, åtminstone den »nutida», *tror* sig stå på en mera verklighetstrogen ståndpunkt genom att undvika det *genanta ordet* »die geistige Welt». Den gör allehanda krumbukter för att komma undan. Hela *underlaget* för dess tankevärld är dock detsamma som den gängse jurisprudensens och därmed sådant — hur mycket än olika meningar sedan kunna bryta sig mot varandra — att det faktiska rättstvånget »nicht identisch mit dem Tatbestand des Rechts ist sondern dass sie diesem irgendwie zuzurechnen ist»¹ och

¹ »Das eine steht bei Gegnern und Anhängern fest»; se slutet av det långa citatet från *Walz*. Jag har redan förut (ovan s. 113) åberopat *Walz'* ifrågavarande uttalande gentemot *Undéns* sätt att tolka »nutida juridik». Trots *Walz'* stora belästheter och kunskaper angående rättsteorierna skulle *Undén* kanske vilja invända, att *Walz* ännu hade alltför liten auktoritet (han är, såvitt jag vet, ännu icke professor) för att tillmätas någon större betydelse. Härtill svaras, att han dock ådagalagt sig vara förtrogen med jurisprudensens divergerande tankebanor, och det är ju endast detta, som i förevarande avseende har betydelse. Emellertid kan jag t. ex. åberopa ett uttalande från förra året av en av Tysklands mest kända romanister, nämligen *Kübler*. Denne inleder sin recension av *Hägerströms* Obligationsbegriff (*Philologische Wochenschrift*, 23. 2. 1929, s. 210) med följande, enligt förf:s uppenbara mening, odiskutabla påståenden: »Die Rechtsordnung ist eine geistige Welt, welche sich über die sinnliche erhebt, von ihr sich nährt und wieder auf sie einwirkt. Sie knüpft Rechtsfolgen an die Vorgänge, die

att man sålunda är logiskt nödgad räkna med realiteter, som endast kunna hänföras till en utanför den naturliga varande värld. *Innan* erinringar härom i utförliga kritiker meddelats, har den svenska juridiken icke låtit någon förstå, att den toge radikalt avstånd från hela grunden för jurisprudentens åskådning. Och *efter* dessa erinringar har man alltjämt underlåtit att visa, att man förstått det verklighetsfrämmande i den gamla grundens karaktär. Går man t. ex. till *Undén*, så påstår denne utan vidare helt frankt (dock visst icke konsekvent, utan godtyckligt också därutinnan, att det blott sker, när så bäst passar sig), att de gamla traditionella begreppen endast användas såsom — fiktioner eller funktionsbegrepp. Men vad är det då man fingerar? Jo, just tillvaron av realiteter, som icke kunna inpassas i den naturliga världen utan endast i en andlig värld. Nu frågas: ligger det någon rim och reson i användningen inom det rättsvetenskapliga arbetet av sådana fiktioner? Om man vet, att en åskådning är falsk, så måste det ju vara den rena meningslösheten att *fortsätta* med denna åskådning under pretext, att man *fingerat* ihop en andlig värld, vari åskådningen skall kunna inpassas. På basis av en sådan fiktion är det givetvis uteslutet att kunna bygga upp något som helst för vetenskapen nyttigt. Därmed blir också *användningen* av dessa fiktioner för vetenskapen fullkomligt ändamålslös. Man kan ju icke draga någon som helst i verkligheten användbar slut-

wir mit unsern Sinnen wahrnehmen. Sie bestimmt z. B., dass wenn jemand einem andern eine ihm gehörige Sache übergibt, Eigentum übergeht, oder dass dadurch, dass jemand einen Schuldschein unterschreibt, ein Schuldverhältnis entsteht, durch welches der Unterschreibende zu einer Leistung verpflichtet, ein anderer gegen ihn forderungsberechtigt wird. Von dem Willensmoment, das dabei häufig eine Rolle spielt, soll hier einstweilen abgesehen werden. Wie es möglich ist, dass aus den Vorgängen der Erscheinungswelt, den Tatsachen, rechtliche Folgen abgeleitet werden können, welche Brücke von der Erscheinungswelt in das intellektuelle Reich des Rechts führt, das zu ergründen ist Aufgabe der Rechtsphilosophie . . . »

sats därav, att en person fingeras ha t. ex. äganderätt till en sak. En sådan fiktion kan icke innebära något annat än fiktionen av en andlig värld, i vilken personen hade denna äganderätt, eftersom äganderätten icke är tänkbar i den naturliga världen och en fiktion av något i sig självt otänkbart givetvis icke kan komma ifråga. Men därmed måste det också vara tydligt, att man från denna äganderättsfiktion *icke kan sluta till någonting* angående personens möjligheter i avseende å saken, *varken* att han kan sälja, förpanta eller eljest rättsligen disponera över den, *eller* att han med utslutande av andra har frihet att för eget bruk använda den, *eller* att han kan vindicera den åter, i händelse den förlorats genom stöld eller på annat sätt, *eller* att han kan utfå skadestånd för sakens förlust eller för skadegörelse å densamma etc. etc. Ty fiktionen kan, såsom redan nämnt, endast innebära, att personens ande har äganderätten. Men vad anden förmår såsom ägare, det kan ingen människa avgöra något om. Naturligtvis vill nu icke en fiktionsteoretiker medgiva, att hans lära innefattar sådana galenskaper. Men detta beror på, att han icke tillräckligt penetrerat saken för att kunna fullt begripa, vad han fingerar och konsekvenserna därav.¹ Ett ganska drastiskt exempel på vart det kan föra, när man

¹ *Undén* skall förgäves söka klara sig undan dessa anmärkningar, åberopande sig på att han icke *fingerar* några rättigheter utan endast laborerar med dem som funktionsbegrepp; helt enkelt därför att identiskt samma orimlighet uppstår, vare sig man fingerar eller laborerar med funktionsbegrepp. Det är språkligt enklare att uttrycka kritiken av »fingerandet» än av »laborerandet med funktionsbegrepp». Detta är anledningen till att jag i texten talat om fiktioner i stället för funktionsbegrepp, vilket jag så mycket hellre ansett mig kunna göra, som ju *Undén* dock med gillande betraktar även fiktionerna; se ovan s. 143. Förvisso kan ett s. k. funktionsbegrepp ha stor betydelse inom vetenskapen, särskilt inom matematiken. Man avser då med funktionsbegrepp ett förhållande mellan begrepp, som *bevistligen* äro reella, på det sätt att de bestämma den rumstidliga världen. Men en sådan användning av »funktionsbegrepp» är på förevarande område *absolut omöjlig*, eftersom de här åsyftade begreppen *bevistligen icke* äro reella i nämnd mening.

giver sig in på ett till synes mera oskyldigt jonglerande med begreppen, utan att närmare känna till dem, ha vi förut sett just i avseende å *Undén*. Denne författare, som tror sig taga avstånd från rättsmetafysiken, åberopar sig till stöd för sina invecklade läror, även sina fiktioner, på *Kelsen*, vilken mera radikalt än någon annan helt enkelt fullständigt utmönstrar *rättens* idealvärld från den värld vi faktiskt leva i!

Jag tillåter mig slutligen att ställa några frågor. Antaget att vad jag sökt hävda angående realiteterna bakom föreställningarne om rättigheter, rättsplikter och rättsregler, angående det s. k. allmänna rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet samt angående samhällsnyttan som ledande princip i juridiken, antaget att allt detta är i det väsentliga logiskt hållbart — finns under ett sådant antagande någon som helst anledning ur någon som helst förnuftig synpunkt att veckla in hela saken på det motsägelsefulla sätt, som *Undén* gjort både i sin »Sakrätt» och sin särskilda »begreppsutredning», eller att, såsom de medvetna rättsidealisterna, öppet laborera med en för människorna dock alltid blott i fantasien given andlig värld? Och om det tankeexperimentet göres, att en person *börjat* sina vetenskapliga forskningar med att söka fullständigt förstå *Hägerströms* rättsfilosofi och studera vad som på sådan grund utarbetats inom juridiken — skulle det ha varit psykologiskt möjligt för en dylik person, såvitt han hade vetenskapliga intressen, att slå in på sådana linjer som vare sig *Undéns* eller den öppna rättsidealismen? Dessa frågor kan det kanske vara orkeslöst att ställa vare sig till en *Undén* eller till en *Walz* och övriga utbildade rättsidealister. Men de äro möjligen ägnade att utgöra en påminnelse för den yngre juristgenerationen därom, att det blir alldeles särskilt meningslöst att laborera med logiskt ohållbara förklaringar av företeelser, för vilka logiskt bindande förklaringar äro *tillgängliga*. I alla tider ha falska åskådningar spirat endast av den anledning,

att argumentation för en verklighetstrogen åskådning icke varit för de åskådande själva tillgänglig. Däri ligger icke på ringaste sätt någon antydning om, vare sig att icke den djupgående rättsfilosofiska grundval, på vilken jag bygger, kunde i en eller annan punkt diskuteras, eller att icke mina egna undersökningar kunna vara behäftade med mängder av misstag och andra bristfälligheter. Däri ligger blott och bart följande. Det är icke vetenskapligt att blunda för, att här föreligger ett hittills okänt försök till rättsvetenskap på uteslutande empirisk grund. Så länge *ingenting har framkommit*, som utvisar, att detta försök i grunden eller till sina allmänna tendenser är ovetenskapligt, måste den, som icke genom sin psykologiska inställning är därtill förhindrad och som vill förfara vetenskapligt, hjälpa till att bygga vidare på den inslagna vägen, att korrigera, vad som kan visas vara misstag, och att dymedelst befrämja utbildandet av en rättsvetenskap, som icke strävar efter något annat än att basera sina resonemang på rumstidligt sammanhang och återigen endast och allenast på rumstidligt sammanhang. Beträffande *Undén* har jag aldrig bestritt, att hos honom en sådan strävan förmärkes. Men jag tror mig ha visat, att de linjer, han samtidigt följer, måste göra denna hans strävan ofruktbar, ja, i högsta grad skadlig genom den extraordinära förvirring, som den drager med sig.

Vad åter angår en sådan forskare som *Walz*, så tror han sig uppenbarligen kunna peka på, att alla försök till empirisk rättsvetenskap gått bankrutt. Såvitt detta skall gälla också min åskådning, beror denna *Walz'* uppfattning på misstag angående denna, som min förutstående kritik av rättspositivismen, särskilt av »gällande rätt», torde vara ägnad att undanrödja¹ och som jag i Andra häftet skall upptaga till

¹ *Walz* är tydligen av den åsikten, att jag på något sätt räknar med existensen av »rättsregler», i allt fall att jag omedvetet inlägger något av metafysisk art i mitt tal om rätten, a. a., s. 149 f.

behandling. Sannolikt beror *Walz'* skepsis emot mina teorier till någon del också på hans uppfattning, att jag skulle ha vissa misslyckade empiriker till mina föregångare. Han har i sådant avseende utletat den i Sverige nästan fullkomligt okände gamla rättsfilosofen *Knapp*, vidare *Seydel* och *Gumpłowicz*. Vi skola nu se, om något samband mellan dem och mig kan upptäckas.

Knapp, Seydel och Gumpłowicz såsom mina föregångare.

Vad först angår *Knapp*, vars åskådning av *Walz* refererats¹ just för att mitt samband med densamma skulle framträda, så må ju sägas, att intet är nytt under solen. Men längre än till detta meningslösa medgivande, som jag är beredd att upprepa angående mitt förhållande till en mängd av mig bekämpade läror, kan jag icke sträcka mig. Den rättsliga begreppsskolastikens verklighetsfrämmande och för människorna skadliga karaktär har naturligtvis hafts på känn sedan många hundra år av mången både lärd och lekmän. Mången har med mer eller mindre djup blick för parollen *summum ius summa iniuria* sökt föra kamp mot »juristeriet». *Knapp* har förstått att det behövdes en på djupet gående rättsfilosofi till »Sprengung der eingebildeten Grundbegriffe» i rättsvetenskapen.² *Knapp* har även gjort en del andra träffande, men blott helt *allmänna* uttalanden om vetenskap och kvasivetenskap. Men vad den sak angår, som här är å bane, har *Knapp* icke kunnat lämna det allra ringaste positiva bidrag. Det är icke nog med, att *Knapp* alls icke förstått, *vari* rättsmetafysiken väsentligen består. För att kunna inaugurerera en »naturforschende Methode» i rättsvetenskapen har han krystat ihop något av det mest underliga, som kan föreställas. Tänkandet delas av *Knapp* i »das vorstellende» och

¹ *Walz*, a. a., s. 143 f.

² *Knapp*, System der Rechtsphilosophie, 1857, s. 1.

»das muskelerregende Denken». Det förra, som delas i »das erkennende» och »das ästhetische Denken», har »die ganze Welterscheinung zur Aufgabe». Det senare har till uppgift »die Unterwerfung der Gegenstände», naturen och människan. Ju mera som föreställes, ju mera vill förverkligas. Men varje förverkligande frammanar ett fördjupande i föreställningarna. »Das vorstellende und das muskelerregende Denken drängen daher einander zu ewigem Umlauf fort...» Efter spinnandet på sådana utgångspunkter fastslår så *Knapp* dessa två satser:

1. Die muskulär erzwungene Unterwerfung der Natur unter die menschliche Gattung ist die *Volkswirtschaft*. 2. Die muskulär erzwungene Unterwerfung des Menschen unter seine Gattung ist die *Sittlichkeit*, die wieder in Moral und Recht zerfällt.»¹

En kritisk analys av en sådan åskådning har ju i detta arbete ingen mening. Åskådningen har i sina grunddrag antytts, blott för att det skall tillfullo inses, att *Knapps* senare anmärkningar om rättstvängets outhärlighet för rättsbegrep-

¹ *Knapp*, a. a., s. 131—144. — Till belysande av argumentationens art citerar jag följande på måfå valda stycke:

»Da der Mensch sich zur Abstraction des Ich (§ 34) und folglich des Du und damit endlich zur Vorstellung der Menschheit erhebt, so kann seine Thätigkeit nicht in eingengter Weise sich blos durch und für den Einzelnen, sondern sie muss sich, kraft dieser aus der gleichen Vereigenschaftung hervorgehenden Vorstellung der gattungsmässigen Verknüpfung, unvermeidlich auch durch und für die *Gattung* vollziehen. Denn indem der Einzelne allein weder förderlich etwas vollbringen, noch was er vollbrachte vor Anderen verschliessen, er also der *Gattung* weder entbehren noch entgegen kann, so drängt alles menschliche Thätigsein aus der beschränkten und doch unabsperbaren Sphäre der *Gattung* hin, in welcher das Denken, vorstellend und muskelerregend, seine Macht aus dem All heraus sammelt und seine Wirkungen über das All hin zerstreut, also allmächtig und allwirksam ist. Die Einzelthätigkeit wächst daher nothwendig zur *Gattungsthätigkeit* empor, deren Werden die Geschichte der Menschheit — die Weltgeschichte — ist».

pet¹ icke kunna stå i något slags släktskap till min egen åskådning. Man förstår ju av det sagda, att vad jag sökt utveckla angående rättsmedvetandets (rättsmoralens) inställning i rättsmaskineriet helt saknas i *Knapps* tankegång. Moralen skall ju enligt honom vara en från rätten skild kategori under det överordnade begreppet sedlighet. Eller, såsom han också uttrycker det, rätten är »die Sittlichkeit minus Moral».² Hela chimären om objektiva värden — vilkens utmönstrande tillhör *grundläggningen* av den rättsfilosofi, på vilken jag bygger — ingår i *Knapps* lära. Sedligheten skall nämligen bestå av *regler*, vunna genom abstraktion »aus dem erfahrungsmässigen Wissen der Ursachen und Wirkungen der menschlichen Handlungen».³

Vidare tror *Knapp* på både rättigheter och plikter. Han opponerar endast emot den gängse tron, att

»die Rechtsverbindlichkeiten seien so intensiv vollkommene Pflichten, dass sie sogar erzwungen werden könnten; die thatsächliche, durch ihre Einfachheit dem phantastischen Denken unbrauchbare und darum ihm ungläubliche Wahrheit ist, das die Rechte um desswillen vollkommene Pflichten erzeugen weil sie, indem nämlich das Erzwingen den geselligen Zwecken entspricht, in der Idee als zu erzwingend vorgestellt und in der Wirklichkeit wirklich erzwungen werden».⁴

Detta är naturligtvis på intet sätt förnuftigare än den av *Knapp* kritiserade gängse föreställningen. Det har ju visats, att tanken på rättigheter överhuvud är en ren fantasi. Huruvida det är mera fantastiskt att tro på *plikter*, så fullkomliga att de kunna uttvingas, än på *rättigheter* av denna fullkomliga art, är en värderingsfråga utan ringaste intresse. Det senare är nu *Knapps* ståndpunkt. Hans sätt att ställa rättig-

¹ *Knapp*, a. a., s. 193 ff. Rätten skall nämligen vara »die gewaltsame (icke »muskuläre», ty då blir det sedligheten) Unterwerfung des Menschen unter das vorgestellte Gattungsinteresse».

² *Knapp*, a. a., s. 175.

³ *Knapp*, a. a., s. 144 ff.

⁴ *Knapp*, a. a., s. 193.

heten i relation till rättstvånget är visserligen typiskt för »nutida juridiken», och såtillvida kan *Knapp* betecknas såsom före sin tid. Men efter vad jag visat i min kritik av *Jhering*¹ är en sådan metod lika orimlig som att bestämma rättigheten fullt oberoende av frågan om rättstvånget. När *Walz* gentemot mig, såsom jag upprepade gånger redan måst nämna, stryker under, att *alla*, de må låta det processuella tvånget vara outhärligt för rättighetsbegreppet eller icke, dock vore fullt eniga därom,

»dass die real erfolgende Zwangsexekution nicht identisch mit dem Tatbestand des Rechts ist, sondern dass sie diesem irgendwie zuzurechnen ist»,

så innefattas däri uppenbarligen också *Knapps* lära, under det att *Walz* är på det klara med, att ett radikalt avståndstagande därifrån tillhör det centrala i min åskådning. Att *Walz* under sådana omständigheter kunnat tala om *Knapp* såsom min föregångare synes bero på någon *lapsus*. — Emellertid har nu *Knapp* följande för lösligheten i hela åskådningen signifikativa yttrande i ämnet:

»Die gewaltsame Unterwerfung des Menschen unter das vorgestellte Gattungsinteresse begründet den Begriff und, für ihren Umfang, das Dasein des Rechts. Die durch sie vertretenen Ansprüche sind die Rechte; die aus diesen Ansprüchen, gemäss der Verschmelzung der Vorstellungen, abstrahirten Sätze sind die Rechtsregeln; die daraus zusammenfliessende allgemeinste Abstraction ist die Idee des Rechts. Je nachdem die Rechtsregeln unbewusst oder bewusst sind, besteht das Recht als Rechtsgefühl oder als Rechtsbewusstsein, welches letztere wieder, je nachdem das Bewusstsein blos die resultirenden Sätze, oder auch die Elemente d. h. die irdische Herkunft der Abstractionen in sich begreift, Rechtsglaube oder Rechtserkenntniss ist.»²

Det är dock väl starkt att sätta min åskådning i något som helst samband med en sådan lära, som här kommit till uttryck. Visserligen har *Walz* måst medgiva, att mina argumentationer äro »weit schärfer und besser methodisch fun-

¹ Se Förra delen, 4 § samt s. 122 ff.

² *Knapp*, a. a., s. 202

diert als die *Knapps*», men detta förringar icke hans misstag. Vi ha nu förut hos *Knapp* sett, att rättstvånget skall vara oskiljaktigt förbundet med rättighetsbegreppet. Men rättstvånget måste ju innefatta en tillämpning av »rättsreglerna». Dessa åter skola nu vara abstraktioner på basis av anspråken, som i sin tur skola vara = rättigheter. Följaktligen är det ingen mening i, utan en tydlig cirkelgång, att låta rättighetsbegreppet förutsätta rättstvånget. — Rättsreglerna skola vara abstraktioner från rättigheterna och giva konsistens åt dels rättskänslan och dels rättsmedvetandet! Här har på ett förvirrat sätt infogats grundtanken från historiska rättsskolan. Vad distinktionen mellan rättskänslan och rättsmedvetandet angår, förbättrar den så mycket mindre saken, som några kriterier för densamma icke kan utletas. I historiska skolan ha emellertid rättigheterna själva sin grund i det allmänna rättsmedvetandet. Men enligt *Knapp* skola de komma — man vet icke varifrån. Från dessa dimfigurer skola nu abstraktioner ske, som äro än omedvetna än medvetna, och allt efter det ena eller andra innefatta rättskänsla eller rättsmedvetande. Sådant är visserligen mindre rättsmetafysik än på tankekonfusion beroende konstruktioner, men får givetvis därigenom icke empirisk karaktär.

Tillräckligt torde vara visat, för att det oomtvistligt måste framgå, att intet av det, som ingår vare sig i min kritik eller i min positiva framställning, har något gemensamt med *Knapps* syn på saker och ting. Det är icke mycket bevänt med att hävda, att metoden skall vara empirisk, om man såsom empiriska ting uppfattar allehanda fantastiska konstruktioner. Och man borde iakttaga något större försiktighet och icke på grund av sådana orimliga exempel på »empirisk» rättsvetenskap taga avstånd från de metoder, som jag tillämpar.

Även om emellertid nu *Knapp* skall vara min egentlige

föregångare,¹ så skall man enligt *Walz* nu också hos *Max Seydel* och *Gumplowicz* finna samma

›methodischen Kunstgriff, der die Rechtswissenschaft zu einer empirischen Wirklichkeitswissenschaft machen soll›,

som hos undertecknad. Se vi då först på *Seydels* lära. Denna utgöres av en »Herrschertheorie». Ty rättens grund är »die Herrschaft, der Grund der Herrschaft ist die Macht», vilken tillkommer en »Herrscherwille», som är att betrakta som rättens källa.² Skola efter min förutstående kritik av rättspositivismen och min utredning av samhällsnyttan som princip i juridiken ytterligare några anmärkningar vara erforderliga för att visa, att hela grundläggningen av *Seydels* lära enligt min åskådning måste vara rent fiktiv? Menar *Walz*, att likheten mellan *Seydels* och min åskådning skulle framgå därav, att av den förra

›sich ergibt die Konsequenz, dass die Wissenschaft den Staat einfach als Tatsache registrieren muss, die als Resultat besonderer naturalistischer Machtkonstellation erscheint›?³

Jag har dock aldrig givit uttryck åt utan tvärtom eftertryckligt åberopat *Hägerströms* utredningar just emot en sådan metafysik samt också själv både genom min framställning av rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet och på annat sätt sökt visa, vilka språng i tanken, som äro nödvändiga, för att en sådan ståndpunkt skall kunna intagas. Man använder sådana ord som »naturalistisk maktkonstellation» och tycker att det låter så empiriskt. Men då denna konstellation kan visas vara en ren fantasiprodukt, så föreligger ju motsatsen till empiri. När *Seydel* i sin inledning ordar om nödvändigheten att låta juridiken slå in på nya banor i enlighet med

¹ Se *Walz*, a. a., s. 143 ff.

² *Seydel*, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873, s. 12 f.

³ *Walz*, a. a., s. 37.

tidens krav på en realistisk uppfattning,¹ så är detta ingenting annat än en — givetvis omedvetet — falsk etikett på en lära med helt och hållet metafysisk grundläggning.

En särskilt starkt framträdande naturalism skall man emellertid enligt *Walz* nu finna hos *Gumplowicz*.² Det skall också medgivas, att *Gumplowicz* i avseende å realistisk blick står i en något högre klass än *Knapp* och *Seydel*. Vad han utifrån sin allmänna sociologiska åskådning för fram är emellertid, såvitt juridiken därav beröres, i det *hela* bakvänt och står i skarpaste motsättning just till vad som är väsentligt i min egen åskådning. Så heter det t. ex. i första kapitlet av *Gumplowicz*' ifrågavarande arbete följande:

»Wer sich um die Wirklichkeit nicht kümmert und sich begnügt, ideale Systeme zu bauen, der mag immerhin den Staat aus der Idee des Rechts deduzieren. Die Wirklichkeit und die Geschichte der Menschheit kennt keine solche Herkunft und Entstehung des Staates. Die Absicht derjenigen, die Staaten gründeten, war *nie* auf höhere Zwecke gerichtet, nur auf Befriedigung menschlicher Macht- und Wohlstands-Bedürfnisse. Auch ist das Recht erst im Staate entstanden und *die Idee* des Rechts ist wohl *uns* staatsgeborenen Menschen heute tief in die Brust gegraben, die Staatengründer kannten diese Idee noch nicht; bei ihnen gab es nur Machtbewusstsein, Machtgefühle und Wohlstandsbedürfnisse. Man kann also wohl die Idee des Rechtes aus dem Staate ableiten, aber nicht umgekehrt den Staat aus einer Idee des Rechts —das Frühere aus dem Spättern.»³

Hur mycket än *Gumplowicz* här sökt taga avstånd från all rättsidealism, har han likväl hamnat i en icke mindre överklig uppfattning, nämligen att rätten *bygger* på *staten*. Med vad jag under ständiga hänvisningar till *Hägerströms* utredningar i det föregående visat, måste ovillkorligen anses ådagalagt, att det är ohållbart att tänka sig en statsorganisation utan rättsmekanismen. Begreppet stat torde icke i någon rimlig mening kunna användas om något annat än själva samhälls-

¹ *Seydel*, a. a., s. V.

² *Allgemeines Staatsrecht*, 3 Aufl., 1907.

³ *Gumplowicz*, a. a., s. 42.

organisationen, som åter är detsamma som individernas samlevnad med varandra, möjliggjord genom en viss standard i handlingssätten, i sin tur åstadkommen genom rättsmekanismen och det tvång densamma utövar. Under sådana omständigheter kan man ju icke reflektera på denna *Gumplowicz'* åsikt, att *staten* skulle vara *prius* i förhållande till *rätten*. Ty så måste hans uttalande tolkas. Också om formuleringen i sådant avseende är något svävande giver framställningen i övrigt vid handen, att detta verkligen är meningen. Jag kan i sådant avseende hänvisa till följande mycket betecknande punkt:

»Die ewige Kraft, die das grosse Wunder des geordneten Staates zu Stande brachte, sie lebt im Menschen und heisst *Gewohnheit*; sie schaffte und schafft dem Staate die *moralischen Mittel*, seine grosse Aufgabe zu erfüllen und diese Mittel heissen Sitte und Recht.»¹

För att tillfullo förstå innebörden av detta uttalande skall först *Gumplowicz'* egen utveckling av detsamma *in extenso* anföras:

»Soll nun unsere Kenntnis vom Staate nicht lückenhaft und oberflächlich sein; sollen wir ihn nicht nur der äusseren Erscheinung nach, sondern auch in seinen treibenden Kräften, in seiner inneren Arbeit und Bewegung kennen lernen; so müssen wir, ausgehend von der Betrachtung dieser ewigen Kraft, aus der Sitte und Recht entspringen, diese letzteren als Mittel und Werkzeuge des Staates einer näheren Analyse unterziehen.

Es liegt in der Natur des Menschen, dass eine öftere Wiederholung einer Handlung oder eines Duldens bei ihm eine Gewohnheit erzeugt und zwar sowohl eine Gewohnheit des Handelns als auch eine Gewohnheit des Duldens. Was er anfangs nur vom Bedürfnis getrieben tut oder unter der Pressure der Gewalt erträgt, das wird, wenn dieses Bedürfnis stetig sich wiederholt oder diese Gewalt andauernd auf ihn einwirkt, bei ihm zu einem gewohnheitsmässigen Handeln oder Dulden. Der Mensch ist eben ein »Gewohnheitstier«; die Gewohnheit wird bei ihm bald »zur zweiten Natur«.

Eine Herrschaft, die sich ihm anfangs gewaltsam, mit allen Mitteln der Macht aufwirft, gewöhnt er sich mit der Zeit, wenn sie sich zu behaupten

¹ *Gumplowicz*, a. a., s. 354.

verstehet, als eine in der natürlichen Ordnung der Dinge liegende zu betrachten. Selbstverständlich ist, dass sich derjenige, der die Macht in Händen hat und die Herrschaft ausübt, noch viel leichter und schneller mit der süßsen Gewohnheit der Herrschaft vertraut macht und dass auch ihm mit der Zeit die angenehme Übung dieser Gewohnheit als etwas erscheint, was in einer »höheren Ordnung« der Dinge begründet und von »Gott« selbst eingesetzt und angeordnet ist.

So bringt es denn die natürliche Kraft der Gewohnheit, die den Menschen in Freud und Leid beherrscht, mit sich, dass sowohl Herrschende wie Beherrschte den ursprünglich mittelst Gewalt geschaffenen Zustand der Dinge, mit der Zeit als einen natürlichen, einer höhern Ordnung entsprechenden, von Gott gewollten, mit einem Worte, als einen sittlichen ansehen. Ja, noch mehr. Der Geist des Menschen ist so empfänglich für äussere Eindrücke, dass er sich von den ihn umgebenden Zuständen formen und bilden lässt. Was ihn umgibt und auf ihn stetig einwirkt, das wird zu einem Elemente seines Denkens, das gibt seiner Denkungsart und Gesinnung Grundlage und Richtschnur. Nicht nur also, dass er die wirklichen Zustände mit der Zeit als sittlich betrachtet; diese Zustände haben seinen Geist und sein Denken so beeinflusst, gemodelt und gebildet, dass er sie schliesslich als sittliche Ordnung hinnimmt. So kommt es, dass die ursprünglich mittelst Gewalt geschaffenen staatlichen Zustände dem Menschen bald als durch höhern Willen festgesetzt erscheinen.

Dazu kommen noch andere mächtige Beweggründe und Rücksichten, die dem Menschen die gewordenen staatlichen Zustände lieb gewinnen liessen, oder zu respektieren geboten. Es muss nämlich auch dem kritischsten und skeptischsten Kopfe sich die Erwägung aufdrängen, dass der durch den Staat geschaffene Zustand ein wohlthätiger ist, dass all' das Grosse und Erhabene, das der Mensch zu schaffen vermag, nur im Staate und durch den Staat entstehen kann. Diese Erwägung wird durch ein sehr kompliziertes und immer den grössten Teil des Volkes umstrickendes Netz von materiellen Interessen wirksam unterstützt. Dieses grosse Netz von materiellen Interessen nämlich, welches durch den Staat geschützt wird lässt wohl den Einen mehr, den Andern weniger an den Gütern des Lebens im Staate Teil nehmen; doch auch diejenigen, die von diesen Gütern am wenigsten geniessen, zittern um den Verlust dieses Wenigen, für den Fall, wenn die durch den Staat aufrechterhaltenen Zustände in ein unbestimmtes und ungewisses Chaos zurücksinken sollten. Auf diesem Interesse, auch an dem Wenigsten, das man besitzt, und auf dieser Furcht vor dem Unbekannten und Unbestimmten, beruht der mächtige konservative Trieb, der im Volke lebt und die mächtigste Stütze des Staates ist.

All' diese Erwägungen aber und Interessen zugleich lassen nicht nur den Herrschenden, sondern auch den Beherrschten in der staatlichen Ordnung und alle dem, wodurch sie bedingt ist, und was sie fordert und festsetzt, eine sittliche Ordnung erkennen, die ihnen Achtung und Ehrfurcht einflösst. Die verschiedensten Bestandteile des Staates, Herrschende wie Beherrschte und Mittelklassen begegnen sich in der gemeinsamen Anschauung, dass von der staatlichen Ordnung ihr Heil und Glück abhängt. So bildet sich denn mit der Zeit im *Staate* die Idee der *sittlichen Ordnung*, die Idee der *Sittlichkeit*, die nichts Anderes ist, als der geistige Niederschlag der *gewordenen staatlichen Zustände*.

Die verschiedene Stellung, die im Staate die einzelnen Bestandteile des Volkes, die Stämme, Klassen oder Stände einnehmen, je nachdem die einen herrschen, die andern beherrscht werden, bringt es mit sich, dass diese einzelnen sozialen Bestandteile zu der im Staate verkörperten »sittlichen Ordnung« eine verschiedene Stellung einnehmen; dass sie diese sittliche Ordnung je nach ihren verschiedenen Stellungen, verschieden auffassen. Während nämlich bei der herrschenden Klasse das Bestehende die höchste Sittlichkeit repräsentiert, leiten die beherrschten Klassen je nach ihren besonderen Stellungen, und Bedürfnissen von dem Bestehenden ein davon in manchen Punkten abweichendes Bewusstsein des Seinsollenden, als Idee der Sittlichkeit, ab. Diese Gegensätze in der Auffassung der Sittlichkeit findet man immer und überall in allen Staaten und die bilden die Prinzipien der verschiedenen Parteien im Staate. Dieser Gegensatz in der Auffassung des Sittlichen mag auch der erste Anstoss dazu gewesen sein, dass sich die Staatsgewalt ihrerseits veranlasst sah, ihre Anschauungen über einzelne Einrichtungen, Zustände und Handlungen im Staate als feste Norm und Bestimmung aufzuzeichnen und dieselbe als Recht zu proklamieren.

Der Natur der Sache nach konnten diese Aufzeichnungen durchaus nicht die ganze sittliche Ordnung im Staate, die Tendenz, die in ihr liegt, den Geist, den sie atmet, erfassen; eben so wenig das *ganze* Leben des Einzelnen mit all' seinen möglichen Handlungen und Unterlassungen; vielmehr konnten sie aus beiden diesen Sphären, aus dem Leben des Staates wie des Einzelnen, nur Einzelnes herausgreifen und darüber Bestimmungen geben. Der Inbegriff dieser von der Staatsgewalt erlassenen und aufgezeichneten Bestimmungen zum Zwecke der Ordnung des Volkslebens im Staate ist das *Recht*.

Zwischen diesen aufgezeichneten Bestimmungen aber, bzw. den einzelnen Lebensverhältnissen, die in ihnen normiert sind, und dem ganzen Kreise des Lebens des Volkes wie des Einzelnen, gähnen allerdings Lücken, auf die sich keinerlei Aufzeichnungen beziehen. Alle diese Lücken bleiben, sowie

der ganze Kreis des Lebens des Einzelnen und des Staates von jener Tendenz beherrscht, aus der die sittliche Ordnung entspringt; der Geist, der in dieser sittlichen Ordnung lebt, hat sich dem ganzen Volke, oder doch wenigstens den herrschenden Klassen mitgeteilt und lebt nun in ihnen als Richtschnur des Handelns auch in *jenen* Fällen, für die keine *Rechts*-Aufzeichnung existiert. Das Sichinnewerden dieses Geistes, das Sichbewusstwerden dieser Tendenz, auf dem die Lebensordnung des Individuums im Staate und des Staates selbst ruht, das ist das *Sittlichkeitsgefühl!*

Aus dieser Betrachtung ergibt sich das Verhältnis der Sittlichkeit (*Moral*) zum Rechte. Die Sittlichkeit ist der nie versiegbare, wie das Leben selbst unerschöpfliche Quell des Rechtes, welches durch das Medium des Gesetzes in Erscheinung tritt. Was *Recht* ist, das war einst bloss *Sittlichkeit* und alle *Sittlichkeit* strebt darnach, *Recht* zu werden. *Recht* ist die im Gesetz sich kristallisierende *Sittlichkeit*; *Sittlichkeit* ist das noch in den tatsächlichen sozialen Verhältnissen des Volkes schlummernde, nach Ausdruck und Gestaltung ringende *Recht*.¹

Lägg så härtill denna anmärkning å s. 373:

»All' und jedes *Recht* hat immer seine Quelle und Wurzel in der *Moral*; aber diese *Moral* var nicht immer dieselbe. *Moral* und *Ethik* sind ebenso wandelbare und wechselnde Ideen wie das *Recht* und sie wechseln und utveckeln sich mit dem *Rechte* oder, besser gesagt, das *Recht* mit ihnen. Jedes *Recht* also ruht auf moralischer und ethischer Basis; nur hat eben *jedes* *Recht* sine *eigene* *Moral* oder was riktigare är, *jede* *Moral* har ihr *eigena* *Recht*.»

I det långa citatet finnas nu åtskilliga iakttagelser, som rent isolerade skulle kunna vara värdefulla genom sin överensstämmelse med fakta, men som i det givna sammanhanget förlora karaktär av vetenskapligt grundade reflexioner. Bland sådana iakttagelser märkas vanans makt, som gör, att människorna lätt förfalska det ständigt upprepade till att vara bestämt av en över dem stående abstrakt ordning, och vidare den betydelse för sinnets inriktning till stödjande av samhällsorganisationen, som följer av den nytta, som densamma för med sig för människorna. Därvid tilldrager det sig ett särskilt intresse, att *Gumplowicz* även lagt märke till det in-

¹ *Gumplowicz*, a. a., s. 354 ff.

direkta gagn,¹ som samhället innefattar för de sämre lottade i detsamma. Men bortsett från sådana spridda iakttagelser är hela framställningen en upp- och nedvändning av verkligheten.

Åskådningen är ju i själva verket intet annat än ett *compositum* av en rättspositivistisk lära av *Austins* typ samt grundtanken i historiska skolan. De skrivna lagarne betraktas ju såsom befallningar utfärdade av statsmakten. »Luckorna» åter skola utfyllas av sedlighetskänslan hos hela folket eller dock åtminstone den härskande klassen. Härmed uppstår en mycket egendomlig dualism, vars konsekvenser *Gumplowicz* tydligen förbisett. Ty i övrigt, när han talar om rättsföreteelserna, dominerar helt och hållet det rättspositivistiska betraktelsesättet.² Egentligen skulle ju med *Gumplowicz'* blandade åskådning finnas rättigheter och plikter, av vilka en del hade sin grund i de från statsmakterna utgående normerna och en annan del vore grundade i den härskande sedlighetskänslan. Men denna konsekvens drager han alldeles icke. Förvisso är rättighetschimären med i hans åskådning. På äkta positivistiskt sätt bestrider han blott, att det skulle finnas några medfödda rättigheter:

»Der Mensch hat nur solche Rechte und nur diejenigen Rechte, die ihm der Staat zuerkennt und die er sich im Staate erkämpft; andere hatte er nie und wird sie auch nie besitzen, trotz aller Rechtsphilosophien und ganzer Naturrechtsbibliotheken.»³

Detta uttalande är ju helt och hållet rättspositivistiskt, och man förmärker här intet spår av sedlighetskänslan såsom omedelbart underlag för rättigheterna och då naturligtvis icke heller för plikterna.

Det som utmärker *Gumplowicz* framför andra rättspositivister är därför egentligen ingenting annat, än att han såsom

¹ Jfr ovan s. 255 ff.

² Se hans a. a., t. ex. s. 374 ff.

³ A. a., s. 17.

sociolog gör särskilda ansträngningar för att historiskt visa upp, att hans positivistiska åskådning står i överensstämmelse med de faktiska förhållandena. Dessa ansträngningar hava emellertid icke blivit framgångsrika. Grundfelet i *Gumplowicz* historiska synpunkter kan sägas ligga däri, att han övertagit den vanliga jurisprudentens slentrianmässiga tro på *sedem* (*Gewohnheit*) såsom föregångare till (moralen och) rätten. Detta fel sammanhänger i sin tur med en föreställning, att rätten i det historiska samhället vore något till sin allmänna art och funktion skilt från det, som i äldre tider sammanhöll människorna i en samhällsorganisation och som av *Gumplowicz* betecknas såsom ett ursprungligen med våldsmakt genomfört herravälde. En av makthavaren *direkt* utövad våldsmakt kan icke tänkas genomförd annat än i en människogrupp, så fåtalig och så enkelt organiserad, att den icke kan ha något att skaffa med de samhällen, som *Gumplowicz* föreställer sig med vare sig staten eller den »förstatliga» stammen. Men för övrigt, också om vi hålla oss till de allra mest ursprungliga gruppbildningar bland människorna, där kanske en ledare härskade endast och allenast genom sin egen person, så vore det ju omöjligt, att någon *likformighet* i handlingssätten, alstrande *vanekänslor*, kunde uppstå, om icke ledaren i sina hotande påtryckningar själv förföre något så när likformigt. Men redan där hava vi ju då — låt vara blott rudiment till — en viss ordning. Och när så den för sammanhållningen eller för makthavarens omedelbara syften nödiga standarden i handlingssätten icke längre kunde uppehållas ensamt genom ledarens egna åtgärder, utan hans »makt» måste delegeras till vare sig av honom själv betrodna eller på annat sätt uttagna personer, så blev det nödvändigt, om gruppen icke skulle upplösas, att både ledaren och hans medhjälpare i sitt influerande på individernas handlingssätt i en viss grad följde *samma* maximer. En på detta sätt ut-

vidgad ordning blev nödvändig till den nödiga handlingsstandardens, till *vanehandlandets*, åstadkommande. I princip, när man historiskt för sådana utredningar som den ifrågavarande betraktar de sociala förhållandena, finns icke ringaste anledning att reservera beteckningen »rätten» för blott senare tiders samhällsorganisation. Rätten, såvitt därmed skall avses en realitet, är ju endast en beteckning för att utmärka just det, varigenom människorna sammanhållits och sammanhållas till samhällen. Att detta undergått de mest väsentliga växlingar under både årtusendenas och århundradenas lopp behöver ju icke föranleda en motsvarande växling i beteckningen. Det är emellertid just detta som man på ett mycket godtyckligt sätt plägar göra. Ty det är mycket godtyckligt att, såsom man gör, beteckna samhällsorganisationen som rättslig intill ett eller annat årtusende tillbaka i tiden, men säga, att dessförinnan fanns ingen »rätt» i samhället. Om också denna inkonsekvens ursprungligen beror på falska föreställningar, tagande sig uttryck i gängse sätt att distinguera mellan sedvana, moral och rätt, så torde å andra sidan »rätstens» reserverande för blott senare tiders samhällsorganisation ha bidragit till underhållandet av de falska föreställningarna ifråga. Alltnog, man ser hur *Gumplowicz* har vänt på saken. Vanehandlandet i äldre tider är — om man icke åsidosätter rumstidlig erfarenhet — en följd av äldre tiders rättsmekanism, på samma sätt som senare tiders vanehandlande är en följd av senare tiders rättsmekanism. Men *Gumplowicz* tror, att det, tvärtom, är genom vanehandlandet, som rätten kommit till! Med denna omvändning av verkligheten sammanhänger sedan hans energiska proklamationer av moralen såsom källan till all rätt. Angående dessas ohållbarhet behöver jag ju endast hänvisa till min framställning om rättsmedvetandets inställning i rättsmaskineriet. Man finner av det sagda, att de särskilda reflexioner, som *Gumplo-*

inrar om dessa ting är nu icke den, att jag skulle skämmas för sådana förbindelser med vare sig trion eller alla de andra. Därom vill jag här överhuvud alls icke ha yttrat något. Vad jag här önskar säga är endast, att det förefaller litet egendomligt, att för var gång jag för framtiden omöjliggjort allt vidare tal om förvantskap med en på arenan framförd auktor, så är man genast färdig på ett annat håll att föra fram en ny, som skall vara min föregångare. Man skulle nästan kunna tro, att det vore fråga om en finurlig aktion för att hindra mig att arbeta vidare på utbildningen av min åskådning. Ty det är ju klart, att det kräves avsevärt mycket mera tid för att avliva alla dessa legender, än för att mer eller mindre lättsinnigt proklamera dem. Vore motivet verkligen av nu nämnd art, kunde jag dock med allra enklaste medel — genom att blott ignorera släktskapsryktena — småningom sätta stopp för trafiken. Men så väl är det tyvärr icke. Och därför har jag intet annat val än att resignera och fortsätta, åtminstone än så länge, att slösa tid och trycksvärta på vederläggning av nya rykten av liknande art. Alltså: min nästa föregångare, om jag får be!

Tillägg.

I behandlingen härovan, s. 212 ff., av vissa stadganden i köpelagen har beklagligtvis några sidors kritik av satsen i 42 §, »Saknade godset vid köpet egenskap, som kan anses tillförsäkrad», såsom lagstiftarens grund för skadeståndstvång mot säljaren blivit uteglömd. Kritiken ifråga avser att påpeka, huru här till skadeståndets rättfärdigande inskjutits en garantikonstruktion på ett egendomligt sätt. Lagstiftaren själv fingerar ju här intet garantiåtagande vare sig uttryckligen eller tacite. Men han meddelar en skadeståndsregel, vars tillämpning stundom skall vara beroende av — huruvida *domaren* har lust att laborera med garantifiktionen eller icke. Därigenom framträder i denna garantikonstruktion en särskild meningslöshet. Ty det är ju klart, att en klok domare icke kan låta sin dom bestämmas av ett falsarium. Och antagandet av säljarens garanti i de fall, då han faktiskt icke har garanterat, är ett falsarium. Om en sakligt inställd domare i sådana fall finner säljaren »skadeståndsskyldig», så måste han därför i verkligheten ha ett annat skäl. Och det torde näppeligen kunna antagas, att han på något sätt skulle vilja motivera sin dom med ett uppdyktat förhållande. Detta åter skulle innebära, att han gäve den i lagen framförda »rättsgrunden» en god dag.

Jag har varit angelägen att få denna sak här påpekad, enär densamma — vars förhållande till 1 §-ens »må anses avtalat» det legat utanför arbetets ram att utreda — står i samband med tankegången i den s. k. tillitsteorien, enligt vilken löftesmottagarens »rätt» skulle vara grundad på hans tillit.



